REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

TOMO
CXLV
Segunda Parte

CUARTO TRIMESTRE DE 1995

RELATORAS: DRA. MARIA DEL PILAR ESPINOSA SALAZAR
DRA. MARIA DEL PILAR VELOZA PARRA

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS
CONSEJO DE ESTADO

CUARTO TRIMESTRE
AÑO DE 1995

Segunda Parte

Presidente
Dr. DIEGO YOUNES MORENO
Vicepresidente
Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ
Secretaria General
Dra. MERCEDES TOVAR DE HERRAN

SECCION PRIMERA

Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
Presidente

Dr. YESID ROJAS SERRANO

Dra. NUBIA GONZALEZ CERON (desde 18 de jul./95 hasta el 30 de nov./95)

Dr. MANUEL SANTIAGO URUETA (desde 1o. de dic./95)

Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

Secretario
Dr. JAIRO PINZON MOLANO

SECCION SEGUNDA

Dr. CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA
Presidente

Dra. CLARA FORERO DE CASTRO

Dr. ALVARO LECOMPTE LUNA

Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

Dr. JOAQUIN BARRETO RUIZ

Dr. DIEGO YOUNES MORENO (hasta 15 de dic./95)

Dra. MARIA EUGENIA SAMPER (desde el 16 de dic./95)

Secretaria
Dra. MYRIAM CECILIA VIRACACHA SANDOVAL
(Encargada)

SECCION TERCERA

Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO
Presidente

Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ

Dr. JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ

Dr. JESUS MARIA CARRILLO BALLESTEROS

Secretaria
Dra. LOLA ELISA BENAVIDES LOPEZ

SECCION CUARTA

Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO
Presidente

Dra.CONSUELO SARRIA OLCOS

Dr. JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO

Dr. DELIO GOMEZ LEYVA

Secretario
Dr. CARLOS ALBERTO FLOREZ ROJAS

SECCION QUINTA

Dr. AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ
Presidente

Dr. LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJIA

Dra. MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF

Dr. MARIO ALARIO MENDEZ

Secretario

Dr. OCTAVIO GALINDO CARRILLO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Dr. ROBERTO SUAREZ FRANCO
Presidente

Dr. JAVIER HENAO HIDRON

Dr. CESAR HOYOS SALAZAR

Dr. LUIS CAMILO OSORIO ISAZA

Secretaria

Dra. ELIZABETH CASTRO REYES

PROCURADURIAS DELEGADAS

1ª Dr. GUSTAVO ADOLFO GARCIA

2ª Dra. LIBIA ZULUAGA URIBE (hasta el 31 de octubre)
Dr. HUGO CAÑIZARES BERBEO (desde el 16 de nov./95)

3ª Dr. FLAVIO RODRIGUEZ ARCE (desde el 1o. de oc./95)

4ª Dr. RAFAEL BALLEN MOLINA (desde el 1o. de oc./95)

5ª Dr. ALIER HERNANDEZ ENRIQUEZ (desde el 1o. de oc./95)

6ª Dra. INES HURTADO CUBIDES

7ª Dra. MARGARITA OLAYA DE OBANDO

8ª Dra. MARIA DEL CARMEN MELO RODRIGUEZ (desde el 16 de nov./95)

9ª Dra. LUZ STELLA PEÑA DE MENDEZ (hasta el 30 de oc./95)

Dra. ALICIA RUBIANO AMEZQUITA (del 1o. de nov./95 al 6 de dic./95)

Dra. NUBIA GONZALEZ CERON (desde el 7 de dic./95)

10ª Dra. ALICIA RUBIANO AMEZQUITA

RELATORAS

Dra. MARIA DEL PILAR ESPINOSA SALAZAR

Dra. MARIA DEL PILAR VELOZA PARRA

SECCION TERCERA

ENAJENACION DE INMUEBLES DESTINADOS A VIVIENDA - Inspección y vigilancia / SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES - Competencia / SOCIEDADES FIDUCIARIAS - Inspección y vigilancia / MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO - Competencia / SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES - Facultades / QUEJAS / MULTAS / POSESION DE BIENES Y HABERES / FALLA DEL SERVICIO POR OMISION - Inexistencia

Ni al Presidente de la República, ni al Ministerio de Desarrollo Económico le estaba asignada directamente la inspección y vigilancia de las actividades relacionadas con la enajenación de inmuebles destinados a vivienda y el otorgamiento de financiación para la adquisición de lotes o viviendas. Estas funciones fueron asignadas desde la vigencia de la Ley 66 de 1968 inicialmente a la Superintendencia Bancaria, y luego, por mandato del Decreto 497 de marzo de 1987, tales funciones de inspección y vigilancia fueron asignadas a la Superintendencia Bancaria con excepción de las sociedades fiduciarias cuya vigilancia integral se conservó en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Le correspondía entonces a la Superintendencia de Sociedades, de acuerdo con el Decreto 1555 de 3 de agosto de 1988, reglamentario de los Decretos 078 y 497 de 1987, dentro de las labores de inspección y vigilancia, atender las quejas relacionadas con: el anuncio y el desarrollo de las actividades de enajenación de inmuebles sin contar con el permiso correspondiente o sin ajustarse a la verdad de los hechos que les constara a los entes territoriales o a la misma superintendencia; el desarrollo de planes o programas de autoconstrucción, así como el anuncio y enajenación de las unidades de vivienda resultantes, sin los correspondientes permisos; la constitución de gravámenes a cualquier otro acto de limitación del dominio, sin previa autorización de la entidad competente y, en general, por la ocurrencia de las circunstancias consagradas en

el artículo 12 de la Ley 66 de 1968 y el Decreto 2610 de 1979, que no estén asignadas a los entes territoriales. Igualmente conforme al artículo 5º del mismo ordenamiento, le corresponde a la Superintendencia de Sociedades multar a las personas que incumplan las órdenes o requerimientos que imparta en ejercicio de sus labores de inspección y vigilancia, "sin perjuicio de la potestad de tomar posesión o disponer de liquidación de los negocios o haberes de la persona..." incurren en alguna de las causales del artículo 12 de la Ley 66 de 1968. Con fundamento en el anterior recuento normativo acerca de la competencia y facultades de inspección y vigilancia atribuidas a la Superintendencia de Sociedades y así mismo frente a las distintas actuaciones cumplidas por dicha entidad, deduce la Sala que por parte de la misma no se dieron las omisiones constitutivas de la falla del servicio, generadora, según los demandantes, de los perjuicios a ellos ocasionados. Las facultades de inspección y vigilancia atribuidas a los entes demandados sólo cobraron vigencia a partir del 1º de julio de 1988, por disposición expresa del Decreto 548 del 25 de marzo de 1988, es decir, cuando ya Asovivienda había iniciado operaciones de recaudo y, desde luego, ya se había recaudado en su mayor parte los perjuicios cuyo resarcimiento se persigue. Significa lo anterior, que no fue la pretendida conducta omisiva de las entidades demandadas la que realmente les ocasionó los perjuicios a los afectados, sino que ellos fueron producto del incumplimiento de Asovivienda de las obligaciones que le correspondía atender como contraprestación por los pagos que los demandantes le habían hecho.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., seis (6) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Daniel Suárez Hernández.*

Radicación: Expediente número 10054.

Referencia: Nación-Mindesarrollo-Superintendencia de Sociedades - municipio de Sincelejo.

Actora: Yadira Montaño A. y otros.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesta por la parte actora, contra la sentencia de 29 de junio de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, mediante la cual se dispuso:

"Primero. Declárase probada de oficio la excepción de caducidad de la Acción en los Procesos números 3713, 3714, 3715, 3716, 3717, y 3718, lo cual impide un pronunciamiento de fondo.

"Segundo. Niéganse las pretensiones de la demanda en el Proceso 3553 (Actor: Yadira Montaño Aguirre y otros), por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

"Tercero. Ejecutoriada esta providencia, *archívese* el expediente".

ANTECEDENTES PROCESALES

1. Las demandas

Las siguientes personas, en escritos presentados ante el Tribunal Administrativo de Sucre, por conducto de apoderada y en ejercicio de la acción de reparación directa, las cuales aparecen relacionadas conforme a los grupos que correspondieron en los procesos respectivos adelantados ante el Tribunal, presentaron las demandas cuyo texto único posteriormente se transcribirá:

Expediente número 3713

María Rebeca Romero, Rodrigo de la Espriella, Nazly Portacio Mercado de Osorio, Carmen Edelfilia Sierra, César Augusto Martínez, Alvaro Fernando Mercado O., Pedro Manuel Sereviche, Angélica Martínez Causil, Bienvenida J. Torres R., Julio Alejandro Martínez, Carmen Barrios de Jiménez, Isabel Marina Vitola Monterroza y Héctor Manuel Peralta, presentaron la demanda el 22 de octubre de 1991.

Expediente número 3714

Carlos Alberto Pacheco, Carlos Enrique Arias y Carmen de la Ossa Ricardo, Armando Manuel Montes Sierra, Yenis Robles Benítez, Jorge Humberto Montalvo Pertuz, Carmelo Segundo Merlano Ramos, Luis Gabriel Ruiz e Isabel Montaño de Ruiz, Edilberto Manuel Bolaños Millán, Libardo de Jesús Agudelo, Alvaro Ruiz Alvarez, Virginia Isabel Pupo, Aida Rosa Osorio Estrada, Saúl Sierra Vergara, Emiro Adolfo Solórzano García, Gregorio Estebán Porras Pérez, Jorge Eliécer Pizano Sierra, Abraham Ricardo Alean Pertuz, Piedad Pilar Peralta Solano, Sidy Rosario Vergara P., Rafael Emiro Vargas, Madeleine Romero, Ruby Oviedo de Díaz, Pedro Jassan Fernández, Yenis Robles Benítez, Armando Montes S., Alfonso Darío Benítez, Iris del Rosario Flórez de Cañaveral, Adolfo Raúl Monterrosa, Domingo F. Guevara G., Andrés Armentera, Edilberto Manuel Bolaños M., Luis Gabriel Ruiz, Salbaida R. Vergara, Alfonso Paul Monterrosa, Plinio Vergel y Carlos M. Sevilla, **presentaron la demanda el 22 de octubre de 1991.**

Expediente número 3715

Adalberto Cortés Suárez, Amparo Monterrosa, Gloria Caraballo, Lady Margarita Vergara, Orlando E. Hernández Paternina, Arelys Pabuena Pérez, José Luis Ramos de la Rosa, Libia Esther Meza de Pérez, María Elena Salcedo de Montes, Nelly del Carmen Yeneris de Cuéllar, Estebana María Amaya, Virginia Elena Peralta Solano, Mirian del Socorro Méndez Montes. **Presentaron la demanda el 22 de octubre de 1991.**

Expediente número 3716

Ana Isabel Alean Mejía, Luis R Bertel y Lucy Bossa, María Nicolasa Morales de Díaz, Ana Fabiola Solarte de Hernández, Silvia Rosa María Flórez, María Clareth Acosta de Montes, Silvia Sierra de Montes, Isaura Isabel Donado de Oviedo, Neftalí Hernández B., Angela J. Soto, Cástulo Sampayo y Mercedes Royeros, Isolina Baiz, Luz Marina Alvis, Yasmir Sofía Centanaro Arrieta, Juana P. Herrera de Cerna, Tomás Hernández A., Julio Anaya, Remberto Antonio Suárez Cotalán, María Nicolasa Morales de Díaz y Belides Funes, **presentaron la demanda el 22 de octubre de 1991.**

Expediente número 3717

Luis Alfonso Figueroa, Eneida del Socorro Barrera, Luis Fernando Díaz O., Yanis A. González Amaya, Rodrigo Antonio Muñoz, Gustavo Rafael Acosta Meza, Carmen Dilia Mercado C., Tulio Manuel Támara, Luz Mariela Vélez, María de la Concepción Rodríguez, Alvaro de Jesús Galván, Arnulfo Arturo Támara T., Alfonso Darío Benítez Ramos, Dilia Posa Padilla, Elcy Yenerys Tuirán y Francisco Manuel Barreto. **Presentaron la demanda el 22 de octubre de 1991.**

Expediente número 3718

Luis Ovidio Galván, María Teresa Vergara de Tatis, Carlos Manuel Canchila, Antonio José Gandara Díaz, Estela Cecilia Montes S., Valentina del R. Cabarcas, Carmen Julia Díaz T., Judith del Carmen Díaz, Samuel Guzmán Alvarez, Nilfrido Carmona, Myriam Esther Guzmán, Marina Castillo R., Humberto Severiche, Remberto Espinosa, Manuel Morelo, Neguit Támara, Carmelo Segundo Merlano, Eucaris Elena Beleño, Judith Díaz Arroyo, Wilfrido Velilla O., Agustín Esteban Zola, Mary Margoth Salgado, Myriam Esther Vertel, Nelly Cecilia Pérez, Cielo del Carmen Vergara, Marta C. González, Angel Rafael Arrieta, Mery Teresa Cárdenas, Ismael Mercado Sierra, Pedro E. Vergara, Gustavo A. Daza, Delfa Dolores Martínez, Alvaro Ruiz S., Omaira María Amell, Jorge H. Montalvo, Miriam Tuirán de Teurán, Carlos A. Pacheco, Edilfonso Arrieta, Guillermo Borja, Gloria Gómez y Fernando Montes, **presentaron la demanda el 22 de octubre de 1991.**

Expediente número 3553

Yadira del Socorro Montaño Aguirre, Amanda Contreras, Adis del Carmen Villalba, Ida Luz Méndez de Senviche, Felisa Osorio de Agudelo, Arinda R. de Paternina P., Emiro Alfonso Aguirre, Juan A. Sánchez M., Digno Rafael Arroyo C., Nelly del Socorro Martínez y Mirna Esther Espinoza A., **presentaron la demanda el 27 de julio de 1990.**

Las personas anteriormente relacionadas, formularon demanda contra la Nación –Ministerio de Desarrollo Económico– Superintendencia de Sociedades y el municipio de Sincelejo, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"*La Nación –Ministerio de Desarrollo Económico– la Superintendencia de Sociedades*

El municipio de Sincelejo

"*Son solidariamente responsables* de los daños y perjuicios que la omisión en el cumplimiento de sus deberes de vigilar, inspeccionar e intervenir a la *Asociación para la Vivienda Social de Sucre* causa en los demandantes dentro de este proceso.

"Por consiguiente:

"*La Nación –Ministerio de Desarrollo Económico– la Superintendencia de Sociedades*

El municipio de Sincelejo

"*Deben pagar* a los ahora actores, todos los daños:

MATERIALES

"Consistente en reintegrarles el dinero que gracias a su decidia (sic) en el cumplimiento de lo deberes de las entidades demandadas se perdieron, y cuyo monto se encuentra establecido en este momento –anexo los recibos expedidos por Asovivienda–.

"Este dinero se debe reintegrar en pesos que tengan el mismo valor adquisitivo del tiempo en que lo entregaron a Asovivienda–".

"Debe pagársele además, el *lucro cesante* es decir la renta que este dinero hubiera producido con una mediana inteligencia, en manos de sus legales propietarios, es decir en manos de los demandantes".

"Debe reintegrárseles todo el dinero que con el fin de recuperar sus ahorros en mala hora entregados a Asovivienda deben invertir, como son las costas de este proceso, honorarios de perito y de abogado.

"Deberá pagárseles los daños morales que son el dolor, desasosiego, sentimiento de impotencia, se generan en quien como mis poderdantes prácticamente lo perdieron todo por obtener lo suficiente para lograr un techo, para enterarse más tarde que no existía ni lote, ni dinero, que gracias al descalabro administrativo de los entes encargados de vigilar a Asovivienda todo se había perdido, estos daños se tasan desde ahora en el valor equivalente a 1.000 gramos de oro fino, a la fecha de la ejecutoria de la sentencia".

2. **Los hechos**

El Tribunal en la sentencia apelada los resume de la siguiente manera:

"*Primero*. A mediados del año 1985 la Corporación sin ánimo de lucro '*Asociación para la Vivienda Social de Sucre' (Asovivienda)*, comenzó a ofrecer en venta, en esta ciudad de Sincelejo, lotes de terreno con todos los servicios públicos, luz, agua, alcantarillado y hasta piscina, la urbanización de la que hacían parte los lotes vendría a constituirse en una moderna ciudadela, dentro de esta ciudad.

"*Segundo*. Para la adquisición de los lotes *Asovivienda daba* facilidades de pago, como que se podían cancelar en hasta 36 cuotas mensuales. Para concretar el negocio celebrado con los compradores un contrato que la Asociación denominó 'Convenios de Vinculación'.

"*Tercero*. Cuando se fueron terminando de cancelar los lotes y las obras de urbanismo, los compradores reclamaron a Asovivienda la escritura de los lotes, encontrándose con la desagradable sorpresa, de que el terreno en donde presumiblemente se levantaría la Urbanización Hermógenes Cumplido, no era de propiedad de la Asociación, que no se había levantado un solo plano de las obras de urbanismo, que no existían ni siquiera planes para realizar estas obras, y lo que es más triste, la plata cancelada por ellos a Asovivienda, no existía.

"*Cuarto*. Debido a que Asovivienda estaba realizando simultáneamente dos planes de autoconstrucción, uno denominado Urbanización 'La Estrella' y el otro 'Urbanización Hermógenes Cumplido' al parecer solicitaron los permisos de que habla la ley en estos casos, para la Urbanización 'La Estrella' y utilizando este permiso vendieron los planes de la Urbanización Hermógenes Cumplido, esa es la razón para que la Superintendencia de Sociedades, de acuerdo con el Oficio C.G. QV 01114 tan solo el 30 de agosto de 1988, conoce de las anómalas condiciones con que funciona la Asociación para la Vivienda Social de Sucre, como es el hecho de que el terreno sobre el que promete Asovivienda levantar la

Urbanización Hermógenes Cumplido, no es de propiedad de esta Asociación, aunque en esa fecha promete inquerir al representante legal de esa entidad para aclarar todo lo relativo a esa urbanización, su actividad se limitó a cruzarse respetuosos oficios con el representante legal de Asovivienda, mientras los compradores perdían su dinero.

"*Quinto*. Es el caso de que *Asovivienda*, promocionó, prometió en venta y captó dinero, ofreció realizar planes de autoconstrucción públicamente, a la luz de todo el mundo, sin embargo, ni la *Superintendencia Bancaria*, ni la *Superintendencia de Sociedades*, ni más tarde la *Alcaldía de Sincelejo*, hicieron algo para evitar que se burlaran los intereses de un puñado de habitantes de Sincelejo, quienes dedicaron sus ahorros de mucho tiempo con el fallido ánimo de tener un techo, teniendo legalmente los medios para intervenir, vigilar, inspeccionar la Asociación tantas veces mencionada.

"*Sexto*. La Superintendencia de Sociedades, tenía la obligación legal de intervenir, supervigilar a Asovivienda desde que entró en vigencia el Decreto 497 de 1987 o sea 1° de julio de 1988, fecha en que legalmente quedó obligada a vigilar las entidades dedicadas a la construcción, a la venta de inmuebles, a las urbanizaciones, sin que hasta la fecha haya realizado alguna actividad destinada a intervenir a esta pirata urbanización, pero gracias al ardid de Asovivienda de operar en la venta de los lotes de la Urbanización Hermógenes Cumplido con el permiso de la Urbanización La Estrella, sólo vino a conocer de las anomalías el 30 del mes de agosto de 1988".

3. **Actuación procesal**

El Ministerio de Desarrollo Económico dio respuesta a las demandas para oponerse a las peticiones contenidas en las mismas. Adujo que para la época de iniciación de los hechos el asunto era de competencia de la Superintendencia Bancaria, entidad adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. De otra parte consideró que la actitud asumida por la Superintendencia de Sociedades había sido diligente.

El apoderado de la Superintendencia de Sociedades también se opuso a las pretensiones de la demanda. Sostuvo que sí había ejercido la función asignada a través del Decreto 497 de 1987, precisando que no es de su competencia el otorgamiento de los permisos para anunciar y/o desarrollar las actividades a que alude la demandante, función atribuida a los municipios. A aquella entidad le compete adoptar las medidas pertinentes cuando se entere de irregularidades en las actividades de un urbanizador o constructor, entre ellas, formular requerimientos, imponer multas,

mediar para lograr acuerdos, tomar posesión de los negocios, bienes y haberes del infractor de la ley de vivienda. Para el caso examinado, si bien se dieron motivos suficientes para que la Superintendencia de Sociedades tomara posesión de los bienes, sin embargo, en vista de que los terrenos sobre los cuales supuestamente se iba a realizar la urbanización no pertenecían a Asovivienda, dado que ésta apenas tenía a su favor unas promesas de venta de derechos herenciales, prefirió no hacer uso de tal potestad y, consecuentemente de la de liquidar la asociación, dadas las proyecciones socioeconómicas perjudiciales que podrían resultar para los efectos con la negociación referida. Lo anterior no significa que la entidad hubiese descuidado sus funciones de inspección y vigilancia. Como excepción de fondo propuso la falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto es al municipio de Sincelejo al que le correspondía adoptar las medidas previstas en el Decreto 78 de 1981, respecto de irregularidades en el registro, anuncio y promoción para adelantar planes de vivienda.

El apoderado del municipio de Sincelejo contestó las demandas y sostuvo que el municipio no tenía por qué conocer de la promoción o venta de lotes, que la personería jurídica de Asovivienda la otorgó la Gobernación del Departamento y no el municipio de Sincelejo, como tampoco patrocinó la reforma de los estatutos de la asociación. Fue enfático en sostener que el municipio desconocía los convenios de vinculación. Manifestó que sólo a través del Oficio 099 de 29 de septiembre de 1988 que se le señaló a Asovivienda las obligaciones que debía cumplir. Sin haber recibido quejas, ni querellas, considera que el municipio no tenía cómo conocer de las posibles anomalías. Adujo la inexistencia en los archivos de alguna constancia de autorización a Asovivienda para que desarrollara planes de urbanización. Precisó además, que si bien la asociación se inscribió como urbanizador en 1988, por revocatoria directa al año siguiente se le canceló la inscripción.

Cabe advertir que en el proceso radicado bajo el número 3553, encabezado por Yadira Montaño Aguirre, el Tribunal por auto de 9 de octubre de 1990 había inadmitido la demanda por encontrar, primero, que había una indebida acumulación de pretensiones y, segundo, que estaba caducada la acción. Tal pronunciamiento, sin embargo, fue revocado por la Sala mediante proveído de 17 de junio de 1991, con ponencia del señor Consejero doctor Juan de Dios Montes Hernández, para, en su lugar, admitir la demanda. Conviene resaltar que los procesos distintos del 3553, radicados entonces bajo los números 3550, 3551, 3552, 3554, 3555, 3556 y 3557, en los cuales también se inadmitieron las demandas, **éstas fueron retiradas y nuevamente se presentaron el 22 de octubre de 1991**, luego de que la Sala revocara el auto inadmisorio antes referido. Estas demandas corresponden a los radicados números 3713, 3714, 3715, 3716, 3717 y 3718 que hoy acumulados

son objeto de estudio en esta providencia. Tal acumulación la dispuso el Tribunal en auto de 28 de octubre de 1992, a solicitud de la parte actora. (fls. 579 a 581).

En sus alegatos de conclusión la apoderada de los demandantes insiste en los planteamientos expresados en el libelo inicial. Reclama responsabilidad administrativa del Presidente de la República por guardar complaciente silencio sobre las quejas que los actores le formularon. Dirige sus cargos así mismo contra la Superintendencia de Sociedades por no cumplir las obligaciones de inspeccionar y vigilar a la asociación mencionada en sus labores de construcción, celebración de promesas de ventas y recibos de dinero para adquisición de inmuebles. De igual manera cuestiona que no se diera noticia al juez penal sobre los posibles delitos cometidos por los representantes de Asovivienda, no tomó posesión de sus negocios, ni ordenó la liquidación de sus haberes, limitándose a cruzar respetuosos oficios que para nada sirvieron. También cuestiona la apoderada de los actores la actitud pasiva del municipio de Sincelejo al otorgar el registro de urbanizadora a Asovivienda cuando ésta no satisfacía los requisitos mínimos para ello.

El Procurador 44 Judicial ante el Tribunal Administrativo de Sucre se pronunció en contra de las peticiones de la demanda en cuanto concierne a la Nación – Ministerio de Desarrollo – Superintendencia de Sociedades. Sin embargo, no mantuvo el mismo criterio para valorar la situación jurídica del municipio de Sincelejo respecto del cual consideró que debían prosperar las súplicas de la demanda.

A su vez, el apoderado de la Superintendencia de Sociedades hace notar que la Superintendencia Bancaria por medio de la Resolución número 00676 de 27 de febrero de 1987 impuso una multa a Asovivienda por la suma de $200.000.00 por adelantar planes de vivienda por el sistema de autoconstrucción sin permiso de la entidad. Relaciona el memorialista las distintas actividades cumplidas por su representada hasta culminar en la imposición de una multa inicial de $50.000 al representante legal de Asovivienda, a quien, posteriormente y ante el incumplimiento de sus compromisos, nuevamente se le multó con la suma de $100.000.00 según Resolución JV 093 de 28 de septiembre de 1989. Infiere de las actividades cumplidas por la entidad que tanto la Superintendencia de Sociedades, como la Bancaria, sí cumplieron con sus funciones de control y vigilancia una vez conocieron de las irregularidades, dado que se ordenaron visitas, se exigieron documentos, se impusieron multas, se realizaron reuniones con los usuarios, y que si no se tomaron otras medidas fue porque las mismas escapaban al ámbito de las funciones asignadas a la entidad. Anota igualmente cómo si los convenios de vinculación se comenzaron a suscribir el 1° de junio de 1985, por un plazo de 36 meses, la entrega de los lotes ha debido cumplirse en junio de 1988, lo cual significa que el daño empezó a causarse antes de que la Superintendencia de Sociedades asumiera las funciones que le correspondían.

4. **La sentencia recurrida**

Consideró el juzgador de primera instancia que en la mayoría de los procesos acumulados había operado el fenómeno de la caducidad de la acción, con excepción del radicado bajo el número 3553. Con los mismos razonamientos que le habían servido de base para inadmitir las demandas, señaló:

> "Para el Tribunal el término de caducidad en esta clase de procesos debe comenzarse a contar a partir de los hechos que motiven las omisiones. O sea que, la fecha que debe tenerse en cuenta para contar la caducidad es aquella en la cual comenzaron a suceder los hechos que hacían imperiosa la intervención del Estado y que por su actitud omisiva se causaron los perjuicios que ahora se reclaman.
>
> "*El acaecimiento de la omisión* comenzó mucho antes del 30 de agosto de 1988, cuando a la Superintendencia Bancaria le correspondía la vigilancia y la inspección de las personas naturales y jurídicas dedicadas a captar dineros públicos para adquisición de inmuebles con destino a la vivienda.
>
> "...la conducta omisiva de *la Nación*, los hechos que la ocasionaron sucedieron antes del 30 de agosto de 1988, fecha que dice el actor debe tomarse para contar la caducidad y que le sirve para estar dentro del término a la fecha de la presentación de la demanda el 27 de julio de 1990.
>
> "Esta Sala de decisión considera que la fecha que debe tomarse para contar el término de caducidad de la acción de Reparación Directa por omisión, *es la del 25 de febrero de 1986*, pues para esa fecha la Nación (Superintendencia Bancaria) conoció los hechos presumiblemente irregulares que por su conducta, al parece omisiva, produjo los perjuicios por no haber actuado como debía, así se deduce del Oficio número 000137 de febrero 26 de 1986 expedido por el Jefe Seccional de la Superintendencia Bancaria y el Requerimiento número 002 de febrero 25 de 1986 de que habla el Gerente de *Asovivienda* en su carta de respuesta de julio 3 de 1986 que obra el folio 396 del Proceso número 3553.
>
> "En resumen, si las demandas presentadas en estos procesos tienen fecha julio 27 de 1990 ya había transcurrido desde el 25 de febrero de 1986 mucho más de los dos (2) años que exige el artículo 136 del C.C.A., para que las acciones pudieran ejercitarse". (fls. 641-642).

Con respecto a los procesos radicados bajo los números 3713, 3714, 3715, 3716, 3717 y 3718, advierte el Tribunal que las demandas se presentaron el 22 de octubre de 1991, fecha que ya no les permitía a los demandantes encontrarse en

término para accionar por cuanto ya habían transcurrido los dos años establecidos para tal efecto por la ley. Resalta el *a quo* cómo los afectados se quejaron por escrito ante la Superintendencia de Sociedades el 19 de agosto de 1988, queja a la cual alude la entidad en el Oficio 01719 de noviembre de 1988, para concluir que por esa época los perjudicados conocían de la actividad administrativa desplegada desde 1986, tanto que el 3 de junio de 1989 los representantes de los usuarios participaron en una reunión con los funcionarios de la Superintendencia, acusando a la entidad de ineficiente, "ya que después de tantos años no se habían visto los resultados positivos". En las anteriores condiciones, aún admitiendo que el 3 de junio de 1989 los demandantes sabían de la conducta omisiva de la administración, a partir de esa fecha comenzarían a correr los dos años para contar la caducidad, razón por la cual a la presentación de las demandas el 22 de octubre de 1991, ya las acciones habían caducado.

Con relación al proceso radicado bajo el número 3553 sobre el cual se pronunció sentencia de fondo, consideró el Tribunal que contra lo afirmado por los demandantes, las superintendencias nada hubieran realizado para protegerlos. Por el contrario, sostiene que la administración sí ejerció las facultades legales asignadas. Otra cosa fue, en criterio del *a quo*, que los hechos irregulares se originaron en una estafa y una captación ilegal de dineros, convenida y planeada sobre terrenos que no pertenecían a Asovivienda y que por tanto le impedían cumplir con los denominados "convenios de vinculación". De todo esto la administración vino a enterarse después de cometidos los ilícitos, en razón a que Asovivienda no pidió autorización y en las oportunidades que lo hizo le fueron denegadas.

Se mostró igualmente de acuerdo al fallador de primera instancia con la posición asumida por la Superintendencia de Sociedades para no tomar posesión, ni ordenar la liquidación de terrenos cuya propiedad no estaba legalizada, impidiendo así la posesión de bienes ajenos y la liquidación de una sociedad carente de bienes. Sostiene además el *a quo* que no es cierto lo dicho por la parte actora ni el sentido de que no se hubieran impuesto multas cuando de ello existe constancia en el expediente.

Con respecto al municipio de Sincelejo, se dice en la sentencia apelada que sólo hasta el 1° de julio de 1988 se le asignaron a los municipios los controles objetivos en las actividades de construcción, o sea que para esa fecha ya había transcurrido un lapso superior a tres años de haberse celebrado los llamados convenios de vinculación. Además, el municipio no otorgó permiso alguno para construir, ni la urbanizadora adelantó obras que le permitieran el control objetivo.

5. Razones de la apelación

Aduce la apoderada de los demandantes que en la sentencia impugnada se olvidó el Tribunal de una decisión del Consejo de Estado, fechada el 10 de agosto de 1977, en virtud de la cual el término de caducidad debe contarse a partir del día en que la superintendencia cesó en sus actuaciones y empezó la acción penal. Sostiene la recurrente que la caducidad no se da en este proceso por cuanto que las demandas fueron presentadas el 21 de octubre de 1989, "cuando todavía las omisiones respecto de la superintendencia se estaban presentando".

Afirma que el propio Presidente de la República omitió atender las quejas de los afectados. Que la administración no dio cumplimiento estricto al Decreto 0497 de 1987 el cual impone la obligación al Ministerio de Desarrollo Económico de inspeccionar y vigilar por medio de la Superintendencia de Sociedades a las personas naturales y jurídicas que se dediquen a la enajenación de inmuebles en planes o programas de urbanización o construcción, así como las consistentes en otorgamiento de crédito para adquisición de lotes o viviendas, o para su construcción.

Manifiesta la impugnante que Asovivienda se registró en la Superintendencia de Sociedades Seccional de Cartagena como urbanizadora sin llenar los requisitos legales, sin que la entidad se hubiera cerciorado sobre la idoneidad y responsabilidad de los directivos de Asovivienda; sin acreditarse la propiedad y libertad del terreno sobre el cual se desarrollaría el plan de vivienda ofrecido; no se exigió concepto favorable sobre los modelos de contratos; no se verificó la aprobación y vigencia de los planos, licencias de urbanismo o construcción y el avance de la obra.

Anota igualmente cómo la superintendencia mencionada tuvo conocimiento el 30 de agosto de 1988 que Asovivienda no era la propietaria del terreno sobre el cual se pretendía levantar la urbanización, a pesar de lo cual se limitó a amonestar por escrito a los representantes legales de la asociación, sin dar aviso al juez penal, sin separarlos de la administración de los bienes, sin tomar posesión de los negocios de Asovivienda y sin ordenar su liquidación. Sostiene que si se hubiera intervenido a la Asociación, se hubiera podido salvar en gran parte el dinero de los demandantes. Con relación al municipio de Sincelejo hace observaciones similares. Posteriormente, en su alegato de conclusión de segunda instancia reitera las anteriores manifestaciones.

El apoderado de la Nación alegó de fondo en esta instancia. Manifiesta que la decisión de Consejo de Estado citada por la impugnante, se dio por hechos de la administración transcurridos en un período determinado, en tanto que en el *sub judice* se habla de conductas omisivas. Tal omisión tendría que contarse a partir de la fecha en que la autoridad administrativa tuvo conocimiento de las actividades que

desarrollaba Asovivienda, o por lo menos desde el momento en que los perjudicados hubieren conocido la omisión de la administración.

Estima que los afectados tuvieron conocimiento de la primera actividad desplegada por la Superintendencia de Sociedades el 30 de agosto de 1988 cuando recibieron respuesta a la queja que habían formulado contra Asovivienda. Así mismo, considera que también puede tenerse como fecha de conocimiento de las omisiones estatales el 22 de abril de 1989, cuando en una reunión de usuarios celebrada en Sincelejo con asistencia del Jefe de la Oficina Seccional de la Superintendencia de Sociedades en la ciudad de Cartagena, quien formuló algunas recomendaciones, como también lo hizo en posteriores reuniones celebradas el 12 de mayo y 3 de julio de 1989, razones por las cuales los actores tuvieron ocasión de enterarse de primera mano de la actividad que la entidad venía adelantando.

Descarta la falla del servicio por parte del Presidente de la República o del Ministerio de Desarrollo Económico por cuanto no era de su incumbencia legal atender la situación examinada. En relación con la Superintendencia de Sociedades sostiene que la entidad procedió de acuerdo y dentro de las facultades que la ley le otorgaba, las cuales por razones obvias no podía desbordar. Anota que el no tomar posesión de los bienes de Asovivienda y no proceder a su liquidación fue por razones de conveniencia no solo jurídica, sino social. Señala así mismo que la competencia para conocer de esta clase de situaciones la adquirió dicha entidad a partir del 1° de julio de 1988 y que los perjuicios sufridos por los demandantes no fueron consecuencia de conductas omisivas de las autoridades competentes, a más de que dada la forma convenida de los pagos mensuales, la entrega y escrituración ha debido cumplirse a partir del 1° de junio de 1988, para así concluir que el daño empezó a causarse con anterioridad a que la Superintendencia de Sociedades asumiera las funciones que por ley le fueron encomendadas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala hará referencia en primer lugar a la declaración oficiosa de caducidad de la acción en cuanto concierne con los expedientes radicados en el Tribunal bajo los números 3713, 3714, 3715, 3716, 3717 y 3718.

Conviene precisar desde ahora que los planteamientos de la parte actora para controvertir el criterio del fallador de primera instancia en cuanto a la caducidad de la acción no son de recibo para la Sala. En efecto, estima la impugnante que como aún en la actualidad continúan presentándose algunas omisiones por parte de las autoridades demandadas, en razón de tales omisiones, no podría declararse la caducidad de la acción, razonamiento que conduciría al absurdo lógico y jurídico de que las previsiones sobre la caducidad de la acción establecidas en el artículo 136 del C.C.A., serían inoperantes en la práctica para aquellos casos en que se

demande a la administración pública por razón de conductas omisivas, pues en tal ocurrencia nunca podría darse aplicación al término de caducidad de dos años previsto en la norma referida.

Ahora bien, para efectos de establecer el término de caducidad de la acción en el *sub judice*, se hace necesario determinar la fecha en que se presentó la pretendida omisión administrativa, es decir, desde cuánto las autoridades competentes, enteradas de la situación provocada por el comportamiento de Asovivienda, estaban en la obligación de tomar las medidas legales requeridas para evitar que los demandantes resultaran perjudicados con el comportamiento de la mencionada asociación.

Al respecto cabe señalar cómo en las demandas expresamente se afirmó que la Superintendencia de Sociedades "...tan sólo el 30 de agosto de 1988 conoce de las anómalas condiciones...". De igual manera debe anotarse cómo la Superintendencia Bancaria y la de Sociedades se enteraron de las ilegítimas operaciones de Asovivienda durante el lapso que va de febrero de 1986 al año 1988. Así, conforme al oficio SC-000137 de fecha 28 de febrero de 1986, dirigido a Orlando Pérez Acosta, para contestarle la comunicación que como usuario le había enviado el 5 del mismo mes y año, la Jefe Seccional de la Superintendencia Bancaria le manifestó que Asovivienda carecía de permiso para captar dineros, anunciar y desarrollar el programa por autoconstrucción denominado "Hermógenes Cumplido", advirtiéndole que debía abstenerse de efectuar cualquier negociación referente a dicha urbanización "y además le informo que este despacho tomará las medidas pertinentes" (fl. 420 expediente No. 3553 de pruebas).

Asumidas por la Superintendencia de Sociedades las funciones que tenía la Superintendencia Bancaria, Jorge Eliécer Pizarro Sierra y otros de los afectados con las actividades de Asovivienda, el 19 de agosto de 1988 presentaron ante la oficina de aquella en Cartagena una queja, a la cual el Jefe Seccional dio respuesta mediante el Oficio número 01114 de 30 de agosto de 1988, en donde refiere las actuaciones oficiales cumplidas y expone las posibilidades legales de intervención (fols. 460-462). Posteriormente, a través del Oficio número 01719 de 18 de noviembre de 1988, el mismo funcionario les informa a los quejosos la concesión de un plazo hasta el 15 de febrero de 1989 para que Asovivienda acredite que los terrenos de la Urbanización "Hermógenes Cumplido" han sido transferidos a su nombre y puedan, entonces sí, correr las correspondientes escrituras a favor de los compradores de los lotes (fl. 386). De igual manera, el 3 de junio de 1989 se realizó una reunión con asistencia de Guído Buelvas Arrieta, representante legal de Asovivienda y su apoderada; representantes de Fedevivienda; representantes de los usuarios; Raymundo Pereira Lentino e Isaura Mariño de Páez como funcionarios

de la Superintendencia de Sociedades. En dicha reunión cabe reseñar que el afectado Jaime Lara "...fue enfático en expresar que ya no creía en la Superintendencia de Sociedades, ya que después de tanto tiempo no se había visto resultados positivos."

Dimana de lo anterior que para las fechas relacionadas los contratantes con Asovivienda ya se encontraban enterados de que la Superintendencia de Sociedades conocía suficientemente la anómala situación que se venía presentando, sabían que "después de tantos años" no existían resultados positivos, es decir, que las omisiones a que se contraen las demandas ya se habían presentado y en tales condiciones, así fuera que el término de caducidad se contara desde el 3 de junio de 1989, última de las fechas anotadas, para la época de la presentación de las demandas, esto es, para el 22 de octubre de 1991, ya había corrido con amplitud el plazo de dos años consagrado en el artículo 136 del C.C.A., para que los interesados intentaran oportunamente el ejercicio de la acción de reparación directa.

Distinta es la situación en cuanto se refiere al proceso radicado bajo el número 3553, encabezado por la señora Yadira Montaño y otros, cuya demanda, según se anotó, fue presentada el 27 de julio de 1990, en razón a que frente a cualquiera de las fechas anteriormente relacionadas estaría presentada en término, es decir, dentro de los dos años que para el ejercicio oportuno de la acción indemnizatoria consagra el artículo 136 del C.C.A.

Así las cosas, se impone entonces hacer un pronunciamiento de mérito en torno de las peticiones de la demanda referenciada, y sobre el particular la Sala formula las siguientes observaciones:

De acuerdo con lo consignado en el expediente, el 28 de agosto de 1983 se fundó la Asociación para la Vivienda Social de Sucre (fl. 453); mediante Resolución número 612 de 21 de noviembre de 1983, expedida por la Gobernación del departamento de Sucre, se le reconoció personería jurídica a dicha asociación (fl. 457); por medio de la Resolución número 804 del 22 de octubre de 1984, también de la Gobernación Departamental de Sucre, se aprobó una reforma estatutaria donde se consagró, entre otros objetivos, la solución de vivienda por medio del sistema de autoconstrucción, en cuyo desarrollo se empezaron a suscribir los denominados convenios, cuyos textos originales se encuentran en el proceso.

Así mismo, a partir del año 1986 la Superintendencia Bancaria comenzó a enterarse de las irregularidades que se daban en el desarrollo de los programas de autoconstrucción adelantados por Asovivienda. Las quejas de quienes habían firmado los convenios de vinculación, condujeron a la entidad a hacer un primer pronunciamiento hacia los usuarios, en el sentido de advertirles que Asovivienda carecía de autorización para captar dineros, o para anunciar y desarrollar el programa

de autoconstrucción denominado "Hermógenes Cumplido". Advirtió así mismo que "debe abstenerse de efectuar cualquier negociación referente a la Urbanización Hermógenes Cumplido, y además le informo que este despacho tomará las medidas pertinentes" (fls. 419 y 420). Ya la entidad había expedido el requerimiento número C02 de 25 de febrero de 1986, mediante el cual se le ordenaba a Asovivienda suspender la promoción, anuncio y recepción de dineros sobre el nombrado plan de vivienda.

Por razón del anterior requerimiento, el señor Guido Vuelvas, en escrito de 4 de agosto de 1986 solicitó a la Seccional de la Superintendencia Bancaria la autorización para captar dineros sobre el promocionado plan. Tal solicitud no fue tramitada, por cuanto no se había acreditado el presupuesto de captación y la inversión de recursos, así como el inmueble "se encuentra totalmente saneado en el sentido de que les puedan otorgar la respectiva escritura de venta, dentro del término de seis meses después de otorgado el permiso para adelantar el plan" (fl. 395). También en el año de 1986 se practicó una visita por parte de la Superintendencia Bancaria, en la cual se constató la recepción de dineros por parte de la asociación. Requerido su representante legal para dar las explicaciones correspondientes, éste, mediante escrito fechado el 15 de diciembre de 1995, aceptó que sí había captado dineros sin el permiso necesario, conducta que llevó a la Superintendencia Bancaria a dictar la Resolución número 00676 de 27 de febrero de 1987 para sancionar a Asovivienda, con una multa por la suma de $200.000.00.

Ahora bien, por disposición del Decreto 497 de 1987, la Superintendencia de Sociedades asumió a partir del 1° de julio de 1988 las funciones de inspección y vigilancia sobre las personas naturales y jurídicas que desarrollaran las actividades de vivienda referidas en la Ley 66 de 1968 y el Decreto 2610 de 1979; las demás quedaron por cuenta del Distrito Especial de Bogotá y los demás municipios.

El 16 de agosto de 1988, el señor Jorge Pizarro y otros enteraron a la Superintendencia de Sociedades de la situación que se presentaba en Asovivienda, resaltando de manera especial el hecho de que la asociación no fuera la propietaria de los terrenos donde se iba a hacer la urbanización. La entidad expidió los Oficios CG. QV 1114 y CG QV 1115 fechados el 30 de agosto siguiente; en el primero, se dio respuesta a quienes presentaron sus quejas; en el segundo, se citó al representante legal de Asovivienda para que compareciera ante la Superintendencia y aportara los documentos que se le indicaron. Sin embargo, el compareciente no acreditó la calidad de propietaria del terreno de la asociación, dado que apenas entregó una constancia sobre la existencia del proceso sucesorio de Hermógenes Cumplido, comprometiéndose a aportar la documentación pertinente. Por Oficio número 01719 de 18 de noviembre de 1988 el Jefe Seccional de la Superintendencia de Sociedades le informa a los afectados que se le había concedido a la asociación un plazo hasta

el 15 de febrero de 1989 "para que acredite que los terrenos correspondientes a la *Urbanización Hermógenes Cumplido* en esa ciudad, han sido transferidos a nombre de ella y pueden, previo el agotamiento del procedimiento señalado en el Decreto 1555 de 1988, correr escritura a favor de todos los prometientes compradores de lotes" (fl. 386).

En ejercicio de las facultades que le concedía el literal c), del artículo 35, de la Ley 66 de 1968, la Superintendencia ordenó una visita a Asovivienda, la cual se practicó los días 27, 28 y 29 de marzo del mismo año, estableciéndose que las ventas sin autorización continuaron haciéndose. Dada la situación jurídica del inmueble, el cual se encontraba en sucesión, Asovivienda no podía transferir propiedad alguna a los prometientes compradores. Sin embargo, los visitadores manifestaron que "mientras no se resuelva el problema de la titulación del terreno a favor de Asovivienda, no es aconsejable ni la toma de posesión ni la liquidación...". Más adelante manifestaron que "...Asovivienda no está funcionando de acuerdo con las disposiciones legales", a más de que encontraron algunas falencias e irregularidades en el sistema de contabilidad de la asociación, hasta el punto de recomendar "una exhaustiva visita de carácter contable", para establecer el destino de los ingresos, las consignaciones efectuadas, los pagos realizados, las devoluciones hechas y los pagos que se efectuaron al representante legal y a los miembros del Consejo de Administración. Por último, los visitadores expresaron que "...Asovivienda se encuentra en las causales 1ª, 5ª y 6ª del artículo 12 de la Ley 66 de 1968, pero, repetimos, no creemos conveniente que se produzca la posesión ni se ordene la liquidación...", por las dificultades que la administración generaría ante la imposibilidad de correr las escrituras públicas respectivas, además de "las imprevisibles consecuencias a los socios usuarios que se han vinculado al programa de vivienda, consecuencias éstas que pueden generar problemas de orden público para las autoridades municipales..." (fls. 429-430).

Resultado de las anteriores observaciones fue el requerimiento contenido en el Oficio número CG. JV. 00974 de 31 de mayo de 1989, cuya respuesta no satisfizo a la entidad, dando lugar a otro requerimiento que se encuentra en el Oficio CG. JV. 01216 de 26 de junio de 1989, para cuya respuesta le concedió plazo hasta el 18 de julio de ese año, el cual fue prorrogado por Oficio número CG. JV. 01386 de 25 de julio, hasta el 4 de agosto siguiente. Cumplido dichos plazos y surtido el trámite de rigor, el Jefe Seccional de la Superintendencia de Sociedades profirió la Resolución número 00080 del 23 de agosto de 1989, mediante la cual impuso una multa de $50.000.00 al señor Guido Vuelvas Arrieta "... por no haber respondido los requerimientos formulados..." (fls. 436 y 437). En el mes siguiente el mismo funcionario dictó la Resolución número 093 de 28 de septiembre de 1989, sancionó al representante legal de Asovivienda con una multa de $100.000.00 "por continuar

ejerciendo sin el lleno de los requisitos legales la actividad de enajenación de inmuebles consistente en la promoción, anuncio y recepción de dineros para el Plan de Autoconstrucción denominado "Hermógenes Cumplido" de la ciudad de Sincelejo... sin contar con el permiso de que trata la Resolución número 3811 de 1981 y el Decreto 078 de 1987" (fl. 446).

Por Memorando QV-039 del 6 de marzo de 1989, el Jefe de la Sección de Quejas - Vivienda, solicita la práctica de una visita a Asovivienda para establecer si funciona de acuerdo con las normas legales vigentes, cuáles libros de contabilidad y documentos en general lleva y si se encuentra incursa en alguna de las causales de intervención consagradas en el artículo 12 de la Ley 66 de 1968, visita que efectivamente se llevó a cabo con resultados desfavorables para Asovivienda.

Con fundamento en los antecedentes fácticos que se acaban de relacionar, estima la Sala, en primer término, que ni al Presidente de la República, ni al Ministerio de Desarrollo Económico les estaba asignada directamente la inspección y vigilancia de las actividades relacionadas con la enajenación de inmuebles destinados a vivienda y el otorgamiento de financiación para la adquisición de lotes o viviendas. Estas funciones fueron asignadas desde la vigencia de la Ley 66 de 1968 inicialmente a la Superintendencia Bancaria y luego, por mandato del Decreto 497 de marzo de 1987, tales funciones de inspección y vigilancia fueron asignadas a la Superintendencia Bancaria, con excepción de las sociedades fiduciarias cuya vigilancia integral se conservó en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Con miras a determinar la pretendida responsabilidad que la parte actora atribuye a la Superintendencia de Sociedades, considera la Sala conveniente hacer una rápida referencia al proceso legislativo que sobre el particular ha orientado lo relacionado con la inspección y vigilancia de las actividades dirigidas a la adquisición y venta de inmuebles para vivienda, para su construcción y crédito, así como de las personas naturales o jurídicas dedicadas a tales actividades.

Punto inicial de este proceso fue la Ley 66 de 1968 mediante la cual la vigilancia e inspección se atribuyó a la Superintendencia Bancaria. Dicho estatuto fue modificado por el Decreto 2610 de 26 de octubre de 1979, así como por los Decretos números 219 de 1969, 1742 de 1981, 497 de 1987, 548 de 1988 y 1555 de 1988. Así, pues, conforme al artículo 3° del Decreto 2610 de 1979, los interesados debían registrarse ante la Superintendencia Bancaria, cumpliendo los requisitos que el mismo ordenamiento consagraba en el artículo 3°, y para el desarrollo de sus actividades debían ceñirse a las disposiciones y exigencias especialmente contenidas en la Ley 66 de 1968 y el Decreto 2610 de 1979.

Al expedirse el Decreto 497 de 1987, "por el cual se distribuyen unos negocios", determinó en su artículo primero "Distribuir entre los Ministerios de

Hacienda y Crédito Público y de Desarrollo Económico, las funciones de inspección y vigilancia sobre las personas naturales y jurídicas que desarrollen las actividades a que se refieren la Ley 66 de 1968 y los Decretos 219 de 1969, 2610 de 1979 y 1742 de 1981". En el artículo segundo, como ya se anotó, atribuyó tales funciones a la Superintendencia de Sociedades. A su vez, mediante el Decreto 1555 de 3 de agosto de 1988, reglamentario en parte de los Decretos 078 y 497 de 1987, se dispuso que al Distrito Especial de Bogotá y a los demás municipios les correspondía "llevar el registro de las personas naturales y jurídicas que se dediquen a las actividades contempladas en la Ley 66 de 1968 y el Decreto 2610 de 1979...". Tales entidades distrital y municipales debían enviar a la Superintendencia de Sociedades el listado de las personas naturales o jurídicas registradas, junto con los anexos presentados. De igual manera, en el artículo 3°, se atribuyó competencia a tales entes públicos para atender las quejas referentes al desmejoramiento en las especificaciones de los planos y sobre el otorgamiento de créditos no sometido a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, con la precisión de que si la queja hace referencia a las causales del artículo 12 de la Ley 66 de 1968, la entidad territorial receptora de la queja, daría traslado inmediato de la misma a la Superintendencia de Sociedades. Por su parte, en el artículo 4° del mismo estatuto se consagró que a esta superintendencia le corresponde en desarrollo de la atribución de ejercer inspección y vigilancia sobre las actividades de las personas dedicadas a las labores reguladas por la Ley 66 de 1968 y el Decreto-ley 2610 de 1979, atender las quejas que se relacionen con los siguientes hechos:

a) Anuncio y desarrollo de actividades de enajenación de inmuebles sin tener el respectivo permiso, o sin ajustarse a la verdad de los hechos que le constan a las autoridades territoriales o a la superintendencia, "en relación con los respectivos planes de vivienda";

b) Desarrollo de planes o programas de autoconstrucción, anuncio y enajenación de las unidades de vivienda sin los correspondientes permisos;

c) Constitución de gravamen o cualquier acto de limitación de dominio, y

d) Por la ocurrencia de cualquiera de las circunstancias consagradas en el artículo 12 de la Ley 66 de 1968 y el Decreto-ley 2610 de 1979, no asignadas a las entidades territoriales anteriormente mencionadas.

Por otra parte, en virtud del Decreto-ley 078 de 15 de enero de 1987, se asignaron al Distrito Especial de Bogotá y a todos los municipios beneficiarios de la cesión del Impuesto al Valor Agregado –IVA–, las funciones de intervención que ejercía el Ministerio de Hacienda y Crédito Público "a través de la Superintendencia Bancaria, relacionadas con el otorgamiento de permisos para desarrollar las

actividades de enajenación de inmuebles destinados a vivienda y con el otorgamiento de permisos para el desarrollo de los planes y programas de vivienda realizados por el sistema de autoconstrucción y de las actividades de enajenación de las soluciones de vivienda resultantes de los mismos, en los términos de la Ley 66 de 1968, el Decreto-ley 2610 de 1979 y sus disposiciones reglamentarias".

En desarrollo del mismo decreto, a las entidades territoriales mencionadas, les correspondía en términos generales: llevar el registro de las personas naturales o jurídicas dedicadas a las actividades contempladas en la Ley 66 de 1968 y el Decreto 2610 de 1979; otorgar los permisos para anunciar y/o desarrollar actividades de enajenación inmobiliaria de las previstas en el artículo 2° de la Ley 66 de 1968, cumpliendo los requisitos que en la misma disposición se relacionan; otorgar permisos para desarrollar planes y programas de autoconstrucción; controlar el otorgamiento del crédito; cancelar el registro de las personas que incumplan sus obligaciones legales; atender las quejas presentadas por el incumplimiento de las disposiciones de la Ley 66 de 1968 y del Decreto 2610 de 1979; ejercer el control para que no se desmejoren las especificaciones contempladas en los planos arquitectónicos; imponer multas sucesivas a quienes incumplan los requerimientos y no se sujeten a las normas de la Ley 66 de 1968 y sus disposiciones complementarias; y visitar las obras para controlar su avance y especificaciones.

Ahora bien, le correspondía entonces a la Superintendencia, de acuerdo con el Decreto 1555 de 3 de agosto de 1988, reglamentario de los Decretos 078 y 497 de 1987, dentro de las labores de inspección y vigilancia, atender las quejas relacionadas con: el anuncio y desarrollo de las actividades de enajenación de inmuebles sin contar con el permiso correspondiente o sin ajustarse a la verdad de los hechos que les constara a los entes territoriales o a la misma superintendencia; el desarrollo de planes o programas de autoconstrucción, así como el anuncio y enajenación de las unidades de vivienda resultantes, sin los correspondientes permisos; la constitución de gravámenes o cualquier otro acto de limitación del dominio, sin previa autorización de la entidad competente y, en general, por la ocurrencia de las circunstancias consagradas en el artículo 12 de la Ley 66 de 1968 y el Decreto 2610 de 1979, que no estén asignadas a los entes territoriales.

Igualmente, conforme al artículo 5° del mismo ordenamiento, le corresponde a la Superintendencia de Sociedades multar a las personas que incumplan las órdenes o requerimientos que imparta en ejercicio de sus labores de inspección y vigilancia, "sin perjuicio de la potestad de tomar posesión o disponer la liquidación de los negocios o haberes de la persona...." incursa en alguna de las causales del artículo 12 de la Ley 66 de 1968.

Con fundamento en el anterior recuento normativo acerca de la competencia y facultades de inspección y vigilancia atribuidas a la Superintendencia de Sociedades

y así mismo frente a las distintas actuaciones cumplidas por dicha entidad, deduce la Sala que por parte de la misma no se dieron las omisiones constitutivas de la falla del servicio, generadora, según los demandantes, de los perjuicios a ellos ocasionados.

A la anterior conclusión se arriba, si se tiene en cuenta que por virtud de lo dispuesto en el artículo 2° del Decreto 497 de 1987, con la modificación del artículo 1° del Decreto 548 de 25 de marzo de 1988, sólo hasta el 1° de julio de 1988 la Superintendencia de Sociedades adquirió competencia en lo relacionado con la adquisición de viviendas. Así mismo, no puede desconocer la Sala que tanto la Superintendencia Bancaria, como la de Sociedades, dentro de las facultades que la ley les otorgaba, cada una en su oportunidad, procuraron manejar la situación irregular que con respecto a Asovivienda se presentaba, con criterio serio y realista, encaminado a buscar la mejor solución para los interesados. El proceso enseña con suficiente claridad que los entes públicos mencionados no solo escucharon las quejas de los usuarios, sino que por los medios legales a su disposición, procuraron que Asovivienda se sometiera estrictamente a la legislación vigente, mediante un proceso previo de información, posteriormente por medio de requerimientos verbales y escritos, se libraron oficios, se practicaron visitas, se hicieron reuniones con los afectados, se propusieron soluciones y, por último, se impusieron las sanciones económicas correspondientes. En tales condiciones, mal podría sostenerse que la administración mantuvo una conducta omisiva y desde luego que no resulta aceptable la manifestación de la parte actora en el sentido de que se limitó al envío de respetuosos oficios. Si la ley señalaba unos parámetros y precisaba unas facultades, mal podía la administración, so pena de violar la misma ley, sobrepasarse en su comportamiento y menos aún, cuando precisamente en el caso examinado, no resultaba aconsejable desde un punto de vista práctico, económico y social, acudir a las medidas extremas de tomar posesión de los haberes e iniciar la liquidación de Asovivienda.

La aludida asociación, es cierto que fue registrada como urbanizadora inicialmente ante la Superintendencia Bancaria y luego ante la Alcaldía Municipal de Sincelejo. Así mismo, no obra en el proceso documento alguno que acredite en favor de Asovivienda la existencia del permiso correspondiente para la captación de dineros y para adelantar la construcción de la urbanización denominada "Hermógenes Cumplido". Frente a esta ilícita e irregular actuación de la referida asociación, primero la Superintendencia Bancaria y posteriormente la de Sociedades, ejercieron el control correspondiente. Solicitaron las explicaciones a que hubiera lugar, le exigieron la comprobación documental sobre la propiedad de los terrenos donde se ejecutaría la referida urbanización y ante su incumplimiento, ante la demora en satisfacer los requerimientos que se hicieron, ante la desobediencia a los compromisos adquiridos y el desacato a los requerimientos formulados, la propia

administración a través en cada caso de la respectiva superintendencia impuso las multas a que había lugar.

Ahora bien, no puede desconocer la Sala que Asovivienda incurrió en algunas de las causales previstas en el artículo 12 de la Ley 66 de 1968 y que por disposición de la misma norma, el Superintendente Bancario primero, y después el Superintendente de Sociedades, "**puede** tomar la inmediata posesión de los negocios, bienes y haberes de las personas jurídicas o naturales que se ocupen de las actividades de que trata esta ley, o disponer su liquidación...". Pese a lo anterior, conviene señalar cómo las medidas extremas anteriores no son de obligatoria aplicación, sino que, por el contrario, son potestativas de la superintendencia, y en tal sentido, la Sala comparte el criterio del *a quo*, respecto del concepto manifestado por quienes como funcionarios de la Superintendencia consideraron que Asovivienda se hallaba incursa en las causales 1ª, 5ª y 6ª del artículo 12 de la Ley 66 de 1968, pero no se mostraron partidarios de acudir a aquellas medidas, primero, "por no tener legalizada la propiedad del terreno que se está enajenando por lotes, consideramos que un tercero en calidad de agente liquidador tendrá demasiadas dificultades en la administración de la Asociación, habida cuenta de la imposibilidad de correr escritura a favor de quienes han cancelado la totalidad del lote", y segundo, "no estamos de acuerdo con la liquidación, pues les traería imprevisibles consecuencias a los socios usuarios que se han vinculado al programa de vivienda, consecuencias éstas que pueden generar problemas de orden público para las autoridades municipales".

Los anteriores razonamientos acompasan con una razonable lógica en el manejo de la situación. Ningún resultado práctico de carácter económico se lograba con tomar posesión de un bien inmueble cuya propiedad se encontraba radicada en cabeza de sujetos distintos de la persona jurídica que ofrecía en venta los lotes de terreno. Sin duda que tal actitud de la administración lo único que hubiera engendrado sería un nuevo problema, esta vez con los copropietarios del predio donde se iba a construir la urbanización, a quienes Asovivienda no les había cancelado el valor de tales terrenos, aparte de las complicaciones que podía presentar el proceso sucesorio requerido para adjudicar el bien a los herederos, y que éstos, a su vez, hicieran la transferencia de sus derechos mediante la escritura pública respectiva en favor de la asociación.

Mal podía la administración, so pretexto de amparar el incierto derecho de propiedad de los demandantes, desconocer o sacrificar los derechos, éstos sí ciertos y reales, que los propietarios tenían sobre el inmueble cuya urbanización se pretendía. Para el agente especial que en estos casos se designa, hubiera sido imposible, en las condiciones examinadas, lograr el traspaso de los lotes a cada uno de los interesados. Nadie puede dar lo que no tiene. Similar es la apreciación sobre la inconveniencia

de la liquidación de una agrupación que carece de bienes o haberes para pagar las obligaciones. Nada práctico se hubiera obtenido al liquidar la Asociación cuando ni ésta, ni sus integrantes, contaban con el capital necesario para asumir esa actuación liquidatoria. Considera la Sala que esa prudente postura de la administración facilitó o permitió que desde 1989 los herederos de Hermógenes Cumplido transfirieran a Asovivienda y a la Cooperativa de Vivienda Familiar de Sucre –Coovifas– sus derechos herenciales, según se desprende de los folios de matrícula inmobiliaria que reposan a los folios 58 y 59 del cuaderno de pruebas, para así lograr más adelante el traspaso de propiedad a los interesados.

Constituía, pues, en tales condiciones, un imposible físico pretender la liquidación de Asovivienda para pagarle a los afectados, cuando lo cierto era que tal asociación carecía de dinero y de haberes que realizados hubieran servido para pagar por las acreencias cuya recuperación se pretende en este proceso, con olvido, estima la Sala, de que ni la Superintendencia de Sociedades, ni el municipio de Sincelejo, fueron los recaudadores de los dineros aportados por los demandantes. Olvidaron éstos, que por su propia cuenta y riesgo entregaron sus aportes económicos a la asociación y que tanto a ésta, como a su representante legal, han debido constituirlos en sujetos pasivos de las acciones judiciales penales o civiles a que hubiere lugar.

Vienen a propósito de la situación comentada, las precisiones recientemente consignadas en providencia de 27 de julio de 1995, con ponencia del señor Consejero doctor Jesús María Carrillo Ballesteros, en el Proceso número 9223, en la cual se manifestó:

> "En consecuencia con lo anterior, la Sala recuerda que cada uno está obligado a velar por su seguridad propia, personal y patrimonial sin que pueda atribuir toda culpa de sus desgracias a la administración pública sin parar mientes en su propia negligencia o descuido.
>
> "Así como debe sancionarse civil y patrimonialmente toda arbitrariedad, abuso o negligencia administrativos cuando quiera que se constituyan en causa de daño para los administrados, así mismo debe ser objeto de sanción, al menos por ausencia de derecho para reclamar, la incuria, el descuido, la negligencia o la pereza de quien se pretende damnificado y procura imputar responsabilidad al Estado. No puede la Sala patrocinar el criterio que conduzca al abuso del derecho de accionar responsabilidad patrimonial del Estado, proyectando en todo caso y en su totalidad los resultados patrimoniales de conductas reprochables a la vez tanto a particulares como a la administración. Como ya se ha dicho es deber de cada uno velar por la integridad de su propio patrimonio, por la seguridad de

sus bienes, respecto de los cuales legalmente el Estado también debe velar por su preservación".

Lo anterior encuentra mayor respaldo, si se toma en consideración que las facultades de inspección y vigilancia atribuidas a los entes demandados sólo cobraron vigencia a partir del 1° de julio de 1988, por disposición expresa de Decreto 548 del 25 de marzo de 1988, es decir, cuando ya Asovivienda había iniciado operaciones de recaudo y, desde luego, ya se habían causado en su mayor parte los perjuicios cuyo resarcimiento se persigue. Significa lo anterior, que no fue la pretendida conducta omisiva de las entidades demandadas la que realmente les ocasionó los perjuicios a los afectados, sino que aquellos fueron producto del incumplimiento de Asovivienda de las obligaciones que le correspondía atender como contraprestación por los pagos que los demandantes le habían hecho.

Ahora bien, en cuanto a la solicitud de declaración de responsabilidad patrimonial a cargo del municipio de Sincelejo, igualmente concluye la Sala que no debe prosperar por cuanto, de una parte, el ente municipal no concedió permiso alguno para que Asovivienda llevara a cabo la urbanización, ni para hacer las ventas de los lotes correspondientes a la urbanización "Hermógenes Cumplido", ni Asovivienda inició las obras indispensables y contratadas para el desarrollo de la urbanización, lo cual hubiera evidenciado la actividad y hubiera permitido el control oficioso por parte de la administración municipal. Adicionalmente, como anteriormente se señaló, para cuando la ley les asignó a los municipios el denominado control objetivo de las actividades de construcción, cuya vigencia comenzó el 1° de julio de 1988, había transcurrido hasta entonces un lapso de tres años desde cuando se empezaron a suscribir los convenios cuyo plazo para cancelación era precisamente de 36 meses.

Las consideraciones anteriores contrarían la acuciosa argumentación de la señora apoderada de la parte demandante, cuyos planteamientos consecuentemente no comparte la Sala. Hay lugar, en tales condiciones, a mantener en firme la sentencia recurrida.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada, esto es, la de 26 de junio de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en los Anales.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, seis (6) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Daniel Suárez Hernández, Juan de Dios Montes Hernández, Jesús María Carrillo B.*

Lola Benavides López, Secretaria.

FALLA EN EL SERVICIO DEL DATT - Inexistencia / VEHICULO AUTOMOTOR - Matrícula / NEXO CAUSAL - Inexistencia / CULPA DE LA VICTIMA / MATRICULA AUTOMOTRIZ - Trámite

No existe fundamento para imputar responsabilidad a la entidad demandada por los perjuicios que dice haber sufrido el demandante, dado que el daño sufrido no le es imputable por cuanto no fue causado por la acción u omisión de uno de sus agentes. En efecto, el DATT de Nariño se limitó a adelantar un trámite de matrícula de un automotor porque para el efecto el interesado allegó toda la documentación que los reglamentos requieren. No se observa en el trámite ninguna falla, o negligencia de la cual puede deducirse responsabilidad en contra de esa entidad. De otro lado, el demandante antes de hacer la negociación debió cerciorarse de la legalidad del automotor que adquiría, trámite que debe adelantarse ante la Sijín, entidad encargada de revisar los automotores y certificar en relación con su procedencia y que no presenten pendientes por hurtos y otros delitos. El daño que puede haber sufrido el demandante, cuya demostración tampoco se acreditó como quiera que no se demostró la retención del automotor, sólo tiene como causa su propia culpa, al no haber tomado las medidas necesarias antes de celebrar la negociación.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., seis de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Daniel Suárez Hernández.*

Radicación número 10282.

Referencia: Demandado: DATT de Nariño.

Actor: Guillermo Rojas Lozada.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia de 15 de septiembre de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, mediante la cual se declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa y se negaron la totalidad de las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. Lo que se demanda

En escrito presentado ante la oficina judicial de Pasto el 30 de mayo de 1993, el señor Guillermo Rojas Lozada, a través de apoderado judicial, formuló demanda en contra del departamento de Nariño y el Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte de Nariño, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"Primero. Que se declara nulo el acto administrativo, contemplado en el formulario número 15514, por medio del cual el 21 de enero de 1991, el DATT de Nariño, autoriza la matrícula inicial del vehículo campero marca Suzuki, modelo 1987, motor número G13 A-532147, chasis número S.J. 51-110476, color rojo a nombre de Carlos Efraín Ortiz Medina, con cédula de ciudadanía número 14955736 expedida en Cerrito-Valle. Por haberse elaborado y autorizado dicha matrícula con irregularidades, omisión, ineficiencia del servicio, impericia por el personal técnico de la Administración, lo que constituye una falla evidente y clara del servicio, por la cual se permitió el daño económico y moral a terceras personas como es Guillermo Rojas Lozada, quien ha sido afectado en su patrimonio por causa de la falla de la administración.

"Segundo. Que se condene al Departamento de Nariño, Departamento Administrativo de Transporte y Tránsito de Nariño a pagar al señor Guillermo Rojas Lozada, por intermedio del apoderado, daños y perjuicios, morales y materiales, que le ocasionaron con la matrícula ilegal del campero, que lo compró confiado en la seriedad de la administración y que resultó hurtado en la ciudad de Medellín, por lo que le fue decomisado por la Policía Nacional.

"a) Perjuicios materiales: Dieciocho millones ochocientos mil pesos ($18.800.000) por concepto de capital y lucro cesante correspondiente a las sumas de dinero que Guillermo Rojas Lozada dejó de recibir desde el mes de abril hasta la fecha, ya que ese vehículo era para alquilarlo a 'Corputumayo' Corporación Autónoma del Putumayo, y a otras instituciones como Ecopetrol de Orito-Putumayo, que alquila vehículos particulares.

Esta suma será actualizada de acuerdo al índice de precios del consumidor.

"b) Daño emergente: Por concepto de gastos, viajes, abogados, documentos y quinientos mil pesos ($500.000).

"c) Perjuicios morales: El equivalente en 500 gramos oro fino, para el demandante, ya que ese impacto sorpresivo de verse detenido en los calabozos de la Sijín (sic) y acusado de hurto y de ver su reputación cuestionada ante la sociedad de Mocoa donde goza de gran aprecio, lo afectó síquica y sicológicamente, además de verse privado injustamente de un medio de trabajo como era su vehículo.

"Tercero. El Departamento dará cumplimiento a la sentencia dentro de los 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria. Todas las condenas serán actualizadas conforme a la evolución del índice de precios del consumidor.

2. **Los hechos**

Para fundamentar las pretensiones se narraron 12 hechos, los cuales permiten ser resumidos así:

1. El 21 de enero de 1991, el Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte de Nariño expide la tarjeta de propiedad de un campero Suzuki, modelo 1987, motor número G13A-532147, chasis SJ51-110476, y le entrega la placa PSK 551. En la matrícula del automotor, así como en la expedición de esa placa se presentaron varias irregularidades, a saber:

a) Se hizo con base en la factura de compra número 243, según la cual el señor Carlos Ortiz Medina compró a la Federación Nacional de Cafeteros el citado automotor.

Esa factura aparecía elaborada en papel común y no en uno con membrete de la Federación Nacional de Cafeteros;

b) Según el manifiesto de aduana número 8137, el automotor figura nacionalizado el 13 de junio de 1988, 6 meses después de su llegada a Buenaventura, es decir, que la diligencia de matrícula se hizo 2 años y 3 meses después de la llegada a Buenaventura. Además, ese manifiesto presentaba varias inconsistencias en las fechas, tales como: bajo el número de radicación aparece un sello que señala como fecha de tal actuación, el 10 de julio de 1988, como fecha del control de pago, figura el 13 de junio de 1988 y la fecha de solicitud de expedición del manifiesto posterior a la de legalización, es "Buenaventura, junio 15 de 1988";

c) Se presentó una fotocopia de la cédula de ciudadanía de Carlos Efraín Ortiz Medina, sin autenticar;

d) El 6 de diciembre de 1990, el departamento de policía de Nariño, Sijín, expide un informe técnico en el sentido de que el automotor no registra antecedentes de tránsito.

2. El primero de marzo de 1991, se celebró un contrato de permuta entre los señores Jesús Mora Pantoja y Hernán Antonio Cárdenas, de una parte y el señor Guillermo Rojas Lozada, de la otra, en virtud del cual este último entregó una motocicleta marca Honda, modelo 88 de 250 c.c., por valor de $1.500.000, además de $3.000.000 en efectivo y quedó adeudando la suma de $1.300.000, a cambio del campero referido. El negocio fue aceptado por Rojas Lozada, al mirar a simple vista los papales en regla y que el campero estaba matriculado en Pasto.

3. El 7 de abril de 1991, el automotor fue decomisado por cuanto figuraba como hurtado en Medellín y matriculado con papeles falsos, incluyendo el certificado de la Sijín.

4. La irresponsabilidad, falta de previsión, y negligencia con la cual obraron los funcionarios de tránsito, constituye una falla en el servicio, con perjuicio a terceros.

3. **La actuación procesal**

Admitida la demanda en auto de 16 de abril de 1993, esa decisión se notificó al señor Director del Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte de Nariño, el 13 de julio de 1993 y al señor gobernador del departamento de Nariño, el 21 del mismo mes.

El término de fijación en lista fue aprovechado por la parte actora para aclarar y corregir la demanda y por los demandados, para dar respuesta. La parte actora puntualizó que la acción instaurada era la de reparación directa, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

> "Primero. Declárase al departamento de Nariño y al Departamento Administrativo de Tránsito y Transportes de Nariño (DATT) responsable por los daños y perjuicios materiales y morales causados al señor Guillermo Rojas Lozada, identificado con la cédula de ciudadanía número 18123768 de Mocoa, por haber autorizado matricular con documentos falsos el vehículo marca Suzuki, modelo 1987, motor 613 A-532147, chasis S.J. 51-110476, placas PSK 551, hechos ocurridos el 21 de enero de 1991, según formulario número 15514, a nombre de Carlos Efraín Ortiz Medina.
>
> "Segundo. Declárase sin valor legal y que adolecen de falsedad, los documentos básicos (factura, manifiesto de aduana y examen técnico de la Sijín), que sirvieron de soporte para la matrícula del vehículo Suzuki antes mencionado, ya que estos conllevan a determinar la falla del servicio por negligencia e imprevisión.

CONDENAS

"Como consecuencia de lo anterior que se condene al departamento de Nariño, Departamento Administrativo de Tránsito y Transportes de Nariño a pagar al señor Guillermo Rojas Lozada, por intermedio del apoderado, daño y perjuicios morales y materiales que le ocasionaron con la matrícula ilegal del campero, que lo compró confiado en la seriedad de la Administración y que resultó hurtado en la ciudad de Medellín, por lo que le fue decomisado por la Policía Nacional.

"a) Perjuicios materiales: Dieciocho millones ochocientos mil pesos ($18.800.000) por concepto de capital y lucro cesante correspondiente a las sumas de dinero que Guillermo Rojas Lozada dejó de recibir desde el mes de abril hasta la fecha, ya que ese vehículo era para alquilarlo a "Corputumayo" Corporación Autónoma del Putumayo, y a otras instituciones como Ecopetrol de Órito-Putumayo que alquila vehículos particulares.

"b) Daño emergente: por concepto de gastos, viajes, abogados, documentos y quinientos mil pesos ($500.000).

"c) Perjuicios morales: El equivalente en 500 gramos oro fino, para el demandante, ya que ese impacto sorpresivo de verse detenido en los calabozos de la Sijín, y acusado de hurto y de ver su reputación cuestionada ante la sociedad de Mocoa donde goza de gran aprecio, lo afectó síquica y sicológicamente, además de verse privado injustamente de un medio de trabajo como era su vehículo.

"d) El Departamento dará cumplimiento a la sentencia dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la ejecutoria. Todas las condenas serán actualizadas conforme a la evolución del índice de precios del consumidor.

"Síntesis de las aclaraciones y corrección de la demanda. La pretensión inicial descrita en el numeral primero queda sin valor.

"La petición de condena y los literales a, b, c y el resto de la demanda siguen como están".

Los entes demandados por su parte dieron respuesta por medio del escrito que reposa a folios 52 y ss. del cuaderno principal. Allí se opusieron a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Alegaron en su favor que lo único que hizo la administración fue realizar los trámites necesarios para la matrícula de un automotor a nombre de Carlos Efraín Ortiz Medina, sin que hubiera existido negligencia. Destacaron que no estaba probado que el manifiesto de aduana fuera falso, sino que por el contrario como todo acto administrativo, gozaba de presunción de legalidad.

Como razones de la defensa expuso las que en síntesis dicen:

Improcedencia de la acción esgrimida. Por cuanto el demandante pretende obtener indemnización de perjuicios a través de la acción de reparación directa, cuando en el petitum, en la primera pretensión, se pide **la declaratoria de nulidad de un acto administrativo contenido en el formulario número 15514, por medio del cual el DATT de Nariño autorizó la matrícula del automotor. En ese caso debió optar por la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.**

Falta de legitimación en la causa por activa. **Se fundamenta este argumento de la defensa en el hecho de que en la demanda se pide la declaratoria de nulidad del acto administrativo por medio del cual se autorizó la matrícula del vehículo con motor número 613A-532147, contenido en el formulario número 15514, cuando resulta que a través de ese formulario se autorizó la matrícula de un automotor diferente, aquel cuyo número de motor es el G13A-532147.**

No falsedad de los documentos base para la matrícula del vehículo. **Se explicó en este punto que todos los documentos presentados para la matrícula contienen actos administrativos, revestidos de presunción de legalidad, la que no ha sido destruida o desvirtuada. Igual ocurre con los documentos privados presentados para tal fin, ya que sobre ellos no ha recaído ninguna decisión judicial que haya declarado su falsedad.**

Ausencia de falla en el servicio. **La actuación de la administración en virtud de la cual se autorizó la matrícula del automotor se hizo con base en documentos originales aportados por el peticionario y en el concepto técnico número 3003 Sijín –C– 997 de 6 de diciembre de 1990, en el cual se da cuenta de que el automotor no registra antecedentes por hurto.**

Con fundamento en estas razones de la defensa, se formularon las excepciones que fueron denominadas así: improcedencia de la acción esgrimida, falta de legitimización en la causa por activa, no falsedad de los documentos que sirvieron de base para autorizar la matrícula del vehículo automotor; ausencia de falla del servicio, falta de personería para actuar, caducidad de la acción e innominada.

En auto de septiembre dos de 1993, a petición del departamento de Nariño coadyuvada por el señor Procurador 36 en lo judicial ante el Tribunal *a quo,* se dispuso el llamamiento en garantía de los señores Fernando Carvajal y Víctor del Castillo, quienes se desempeñaban como jefes de la sección técnica y del grupo de registro y matrículas del DATT de Nariño, en la época en la cual ocurrieron los hechos. Los llamados fueron notificados personalmente los días 17 y 20 de septiembre de 1993. Guardaron silencio.

Precluido el debate probatorio se corrió traslado para alegar oportunidad que fue aprovechada por las partes y el ministerio público. Extrañamente el Tribunal corrió traslado separado al señor agente del Ministerio Público, contrario a lo que perentoriamente dispone el artículo 56 del Decreto 2651 de 1991.

La parte actora al alegar de conclusión pidió que se accediera a las súplicas de la demanda, habida cuenta de que en el proceso se estableció la falla en el servicio en que incurrió la entidad demandada. Destacó que en el plenario se había demostrado la falsedad de los documentos con base en los cuales se autorizó la matrícula del automotor, entre los cuales se encuentran comprendidos los siguientes: la factura de compra, el manifiesto de aduana, y el informe de la Sijín. A continuación alegó que el haber autorizado la matrícula con base en documentos falsos constituía una falla en el servicio de cuya responsabilidad no podía exonerarse con el argumento de que se confiaron en los documentos aportados.

La demandada por su parte repitió los argumentos expuestos para fundamentar las excepciones. El señor agente del Ministerio Público estimó que se debían negar las súplicas de la demanda, dado que el único legitimado para pedir que se anule la inscripción inicial del automotor sería quien figura en la verdadera factura de compra, y no el ahora demandante, quien debe reclamar el incumplimiento del contrato de permuta que celebró con los señores Hernán Antonio Cárdenas y Jesús Mora Pantoja, ante la justicia ordinaria.

4. **La sentencia apelada**

El Tribunal en sentencia de 15 de septiembre de 1994 negó totalmente las súplicas de la demanda, como consecuencia de haber encontrado demostrada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa. La decisión denegatoria de las pretensiones del actor devino como consecuencia del hecho de que al corregir la demanda se pidió declarar responsable a las demandas de los daños causados al actor al haber autorizado matricular con documentos falsos el vehículo marca Suzuki, modelo 1987, motor número 613 A-532147, según formulario número 15514, a nombre de Carlos Efraín Ortiz Medina; mientras que el formulario número 15514, se refiere a un automotor diferente, dado que el número del motor es G13 A-532147. También acogió el concepto del señor agente del Ministerio Público, en el sentido de que la actuación del DATT había sido de buena fe, con base en unos documentos que aparentemente llenaban todos los requisitos necesarios para efectuar la matrícula.

5. **El recurso de apelación**

La parte actora apeló lo así decidido, para que fuera revocada la sentencia y en su lugar se accediera a las súplicas de la demanda. Al fundamentar el recurso, en

primer lugar precisó que la demanda se había presentado para que la demandada fuera condenada a pagar los perjuicios sufridos con ocasión de la falla de la administración, consistente en haber matriculado el automotor a nombre de Carlos Efraín Medina Ortiz, aceptando toda la documentación falsa y otorgándole los visos de legalidad y licitud para circular libremente en todo el territorio nacional, previa seguridad y garantía que ofrece una placa identificadora y una tarjeta que acredita el derecho lícito de propiedad. Atacó la sentencia de primera instancia, porque esta no tuvo en cuenta la demostración de la falsedad de los documentos presentados para la matrícula del automotor y en cambio se valió de un error literal cometido en la demanda por la mecanógrafa, para declarar demostrada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, excepción que nada tiene que ver con el hecho que le sirvió de fundamento. Expuso que un pequeño error literal, numeral o gramatical no puede permitir al juez que se desconozcan principios procesales, entre ellos la sana crítica para valorar la prueba que impone la apreciación de todas en su conjunto. Puso de presente que la sentencia contenía dos errores literales al describir las características del vehículo y se preguntó si entonces esos errores afectarían la providencia. En conclusión pidió que se analizara la prueba en su conjunto para acceder a sus pretensiones, dado que estaba bien demostrada la falsedad de los documentos con base en los cuales el DATT autorizó la matrícula del automotor.

6. **La actuación en esta instancia**

En el término que en esta instancia se concedió para alegar, se guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala confirmará la sentencia apelada en cuanto negó las súplicas de la demanda, pero por razones diferentes de las expuestas por el *a quo*. En efecto, aquí la negativa vendrá como consecuencia de la falta de prueba del nexo de causalidad entre el daño sufrido por el demandante y la actividad de la administración demandada.

El acervo probatorio recaudado demuestra:

1. Que el 21 de enero de 1991, mediante el formulario de trámite número 15514, el jefe de la sección técnica del Departamento Administrativo de Tránsito y Transportes de Nariño, autorizó la matrícula inicial, a nombre del señor Carlos Efraín Ortiz Medina, del campero marca Suzuki, motor número G13 A-532147, chasis número SJ 51-110476, serie número SJ 51-110476, modelo 1987, tipo lona, color rojo, capacidad 8 puestos, servicio particular. A folio 10 del cuaderno principal, copia de ese formulario. En esa misma fecha se expidió a ese vehículo la tarjeta de propiedad a nombre de Ortiz Medina.

2. Que de acuerdo con la documentación que en copia auténtica fue enviada al proceso por el DATT de Nariño, para diligenciar esa matrícula fueron presentados en esa oficina, los siguientes documentos:

a) Factura número 243, de 8 de septiembre de 1988, en la cual consta la venta de ese automotor, realizada a Carlos Ortiz Medina. En esa factura no dice quién fue el vendedor, pero puede inferirse que se trata de atribuir tal calidad a la Federación Nacional de Cafeteros, habida cuenta de que en tal factura aparece una firma que se dice corresponde al director de la división de operaciones de esa entidad y en el encabezado se relaciona el nombre de la entidad, así como su NIT (fls. 10 y 98 del cuaderno principal).

De acuerdo con lo informado por la Federación Nacional de Cafeteros, mediante el oficio número 37385 de 25 de noviembre de 1993, a través de la factura número 243 de 8 de septiembre de 1988, vendió al señor Karl Hobrecker el campero Suzuki, modelo 1987, con motor G13A-53118. Agregó que el campero Suzuki con motor G13A-532147, se lo vendió a la firma Arfin S. A., a través de la factura número 448 de 26 de octubre del mismo año (fl. 155 *ibidem*);

b) Certificado de empadronamiento expedido por el jefe de la sección de estadística y archivo de la aduana de Buenaventura, según el cual con la declaración número 8173 de 1988 se nacionalizó el automotor, importado por la Federación Nacional de Cafeteros (fls. 11 y 99 *ibidem*);

c) Informe examen técnico número 3003 Sijín-C-997 del jefe de la Sijín de Nariño, expedido el 6 de diciembre de 1990, en el cual se hace constar que en esa fecha el automotor referido no registra antecedentes por hurto. Ese informe aparece expedido con destino a tramitar matrícula inicial (fls. 12 y 97 *ibidem*).

A través de juez comisionado, se citó al señor Luis Gonzalo Rosero Enríquez, a quien se atribuye la suscripción de este documento. El citado manifestó que esa no era su firma, que era totalmente falsa (fl. 233 del cuaderno principal).

Según el oficio número 5668 Sijín C-252, visible a folio 154 del cuaderno principal, no aparece radicado en la Sijín el oficio número 3003, es decir, aquel correspondiente al informe técnico relacionado. En ese oficio se informa que en la fecha 6 de diciembre de 1990 aparecen registrados 50 oficios correspondientes a los números comprendidos entre el 3697 y el 3703. En consecuencia, el número 3003 no correspondía a esa fecha.

3. Que el primero de marzo de 1991, entre el demandante, de una parte, y los señores Jesús Mora Pantoja y Hernán Antonio Cárdenas, de la otra, se celebró un contrato de permuta, en virtud del cual Mora y Cárdenas entregaban a Guillermo

Rojas Lozada un automotor marca Suzuki Samurai, placas PSK 551, chasis número SJ-116476, motor número G13 A-532147, y Rojas Lozada a cambio entregaba una moto, más la suma de $4.300.000, de los cuales entregó $2.000.000 a la firma del documento y el resto se pagaría, así: $1.800.000 el primero de marzo de 1991 y los otros $500.000, en el momento de trasladarse la cuenta del carro a la ciudad de Mocoa-Putumayo.

4. Que el 9 de abril de 1991, el señor Guillermo Rojas Lozada formuló denuncia penal en contra de los señores Jesús Antonio Mora y Hernán Antonio Cárdenas, por los delitos de estafa y falsedad. Narró así los hechos que sirvieron de fundamento a la denuncia:

> "Resulta que yo celebré una permuta de una moto marca 'Honda' color blanco, modelo 1988 de 250 c.c. y placas VMT-01 con un campero marca 'Suzuki' Samurai, modelo 1987 placas PSK551 de Pasto, motor número G13A-532147, aumentando como rivete (sic) la cantidad de $4.300.000. De eso tengo cancelado $3.000.000 más la moto que se la entregué en ese mismo momento avaluada en $1.500.000. El negocio lo hice el primero de marzo de este año con Jesús Antonio Mora Pantoja que trabaja en la carrera 10ª 12-137 de Pasto con Hernán Antonio Cárdenas Tobar, quien parece residir en la calle 22 11-102 de Pasto. Ellos debían hacerme el traspaso de propiedad del Suzuki el 25 de marzo de este año y en esa misma fecha yo debía cancelarles el $1.300.000, que están representados en un cheque que yo les entregué por ese valor; estos señores no se presentaron a recibir la platas en la fecha indicada el día siete de abril de este año fue retenido el vehículo por al (sic) Mayor Ortiz y después de hacerle la revisión correspondiente resultó que ese era un vehículo hurtado en la ciudad de Medellín y rematriculado con documentos falsos en la ciudad de Pasto, razón por la cual considero que los denunciados han falsificado los documentos de identidad y me han estafado en la suma de $5.800.000. Los denunciados me engañaron diciéndome que el carro era de ellos y lo habían comprado a un señor Carlos Efraín Ortiz Medina que dizque vivía en el municipio de Aponte (N). El engaño fue tan perfecto que hasta me llevaron a la Sijín de Mocoa (P) para efectuar la revisión y allí salió en regla".

7. Que esa investigación penal en contra de Mora y Cárdenas ha sido adelantada por el Juzgado Veinticinco de Instrucción Criminal radicado en Mocoa, Putumayo. Según las copias de las diligencias penales que conforman el cuaderno número 2 de este expediente administrativo, se ha oído en indagatoria a los sindicados, y se han practicado algunas pruebas, pero no se ha tomado ninguna decisión en relación con la situación jurídica de los sindicados.

Destaca la Sala que carece de respaldo probatorio el hecho relacionado con la retención del automotor. En efecto, no se aportó al proceso administrativo una prueba que permita establecer cuándo ocurrió la retención del vehículo, o la autoridad que hizo tal retención, o la causa por la cual se hizo. Aquí se conoce que el automotor fue retenido porque así lo narraron algunos testigos no presenciales del hecho sino que lo conocen por versión del demandante. En el sumario adelantado por los delitos de estafa y falsedad en contra de Mora Pantoja y Cárdenas Tobar, el fundamento de la investigación lo constituye el hecho de que el automotor resultó hurtado, pero, se insiste, no hay prueba que demuestre tal hecho.

Si aún en gracia de discusión se aceptara la veracidad del hecho, no existe fundamento para imputar responsabilidad a la entidad demandada por los perjuicios que dice haber sufrido el demandante, dado que el daño sufrido no le es imputable por cuanto no fue causado por la acción o la omisión de uno de sus agentes. En efecto, el DATT de Nariño se limitó a adelantar un trámite de matrícula de un automotor porque para el efecto el interesado allegó toda la documentación que los reglamentos requieren. No se observa en el trámite ninguna falla, o negligencia de la cual pueda deducirse responsabilidad en contra de esa entidad.

De otro lado, el demandante antes de hacer la negociación debió cerciorarse de la legalidad del automotor que adquiría, trámite que debe adelantarse ante la Sijín, entidad encargada de revisar los automotores y certificar en relación con su procedencia y que no presenten pendientes por hurto y otros delitos. No procedió así el demandante. Aunque al formular la denuncia afirmó que había llevado el automotor a la Sijín, ese hecho tampoco se demostró en el proceso al contrario, todo indica que los vendedores lo que hicieron fue entregarle el informe técnico número 3003, que a la postre resultó falso, pero el interesado no se dirigió a la autoridad correspondiente a verificar su autenticidad.

El daño que pueda haber sufrido el demandante, cuya demostración tampoco se acreditó como quiera que no se demostró la retención del automotor, sólo tiene como causa su propia culpa, al no haber tomado las medidas necesarias antes de celebrar la negociación.

Destaca la Sala que al rendir indagatoria el señor Hernán Antonio Cárdenas Tobar, este además de asegurar que ignoraba que el automotor fuera hurtado, explicó que él y su socio trataron de deshacer el negocio con Guillermo Rojas Lozada, por cuanto la moto que este les entregó como parte de la negociación, no era colombiana, y no podía ser negociada. Agregó que Rojas Lozada se negó a deshacer el negocio. Se infiere que el demandante tuvo entonces una oportunidad adicional para no resultar defraudado, pero insistió en continuar adelante con la negociación.

Al no haberse acreditado la existencia de los elementos que configuran la falla en el servicio, se impone la negación de las súplicas de la demanda y por consiguiente, el fallo apelado será confirmado en cuanto negó las súplicas de la demanda, aunque por razones diferentes de las expuestas por el *a quo.*

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. REVÓCASE el numeral primero de la sentencia apelada, esto es aquella proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, el 15 de septiembre de 1994.

Segundo. CONFÍRMASE el numeral segundo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha seis (6) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Jesús María Carrillo B., Juan de Dios Montes H., Daniel Suárez Hernández.*

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

CONTRATO DE TRACTO SUCESIVO / CLAUSULAS EXORBITANTES / MULTA CONTRACTUAL / CADUCIDAD DEL CONTRATO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / CLAUSULA PENAL PECUNIARIA / LEY DE CONTRATACION - Aplicación

La jurisprudencia elaborada en vigencia del estatuto contractual de 1983 se fue contemplando y perfeccionando paulatinamente; de comienzo se pensó que la totalidad de las prerrogativas exorbitantes de la administración frente al punto de vista temporal, durante la vigencia del contrato cuando quiera que éste fuese de aquellos que se denominan de tracto sucesivo o que, sin serlo su ejecución se extienda en el tiempo; esta directriz, sin embargo había tomado en cuenta solamente las potestades administrativas de imposición de multas al contratista y a la declaración de caducidad administrativa del contrato. De allí que, más adelante, se advierte cómo el artículo 72, en la frase final de su inciso tercero, consagraba una potestad especial para declarar el incumplimiento del contrato por fuera del término contractual y para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Esta lectura judicial de la ley se conservó hasta el fin de la vigencia del Decreto 222 y la Sala no encuentra razón suficiente para variarla. Conviene advertir, claro está, que la Ley 80 de 1993 despoja a la administración de tal prerrogativa, de modo que en adelante, una vez finalizado el término contractual, y agotada, por lo tanto, la posibilidad de la declaración de caducidad, sólo el juez del contrato podrá declarar el incumplimiento del contratista sin perjuicio de las posibilidades que se desprendan del acto de liquidación unilateral o bilateral. De este modo el Decreto 222 previó el incumplimiento del contratista como supuesto de hecho que podía dar origen a una de estas tres medidas dependiendo de la entidad de dicho incumplimiento, de las conveniencias del interés público y de la vigencia o vencimiento del término contractual: la multa y la caducidad, si el término estaba vigente; la declaración de vencimiento si dicho plazo se había venci-

do; en los dos casos, seguidos de la exigencia de la cláusula penal pecuniaria que también figuraba entre la exorbitancias de los contratos celebrados por el Estado.

CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Efecto evaluativo / INCUMPLIMIENTO PARCIAL DEL CONTRATO

La Sala encuentra que se ha configurado el supuesto fáctico para la aplicación de normas tales como el artículo 1596 del C. C. La ley se preocupó en estos casos por salvaguardar la justicia frente a las consecuencias y efectos de la cláusula penal pecuniaria en cuanto estos hacen alusión a la indemnización de perjuicios, pues es bien conocido que la cláusula en comento reviste además el carácter de mecanismo de persuasión al cumplimiento y de garantía de las obligaciones contractuales. En principio, entonces, "habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio" (art. 1599 del C. C.), lo cual releva en este caso a la administración de la carga de probar el perjuicio que estaría a su deber en condiciones normales; es lo que se conoce como el efecto evaluativo de la cláusula penal. La excepción que –se repite– obedece a criterios de justicia, prescribe que, si bien la cláusula penal actúa como mecanismo de evaluación del daño, sin necesidad de pruebas adicionales, cuando el deudor ha cumplido parcialmente la obligación principal y ha sido recibida por el acreedor, el juzgador reducirá su monto atendiendo la equidad.

CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Administración delegada / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / CLAUSULA PENAL PECUNIARIA

Frente a la voluntad de las partes que individualizaron las obligaciones del contratista (cláusula 8ª), y, de modo genérico, dijeron que su incumplimiento daría lugar a la pena pecuniaria pactada, no es dable al juzgador establecer jerarquías entre las diversas obligaciones para catalogar unas de principales y otras de secundarias como lo pretende el actor, de modo que solamente el incumplimiento de las primeras amerite la pena beneficiándose con la exención de la misma el incumplimiento de las segundas; con mayor razón, cuando se trataba

de un contrato de obra pública ejecutado por el sistema de administración delegada el cual, por sus especiales características, requiere una absoluta claridad en su ejecución y la aplicación en los dineros y de otros bienes oficiales a los trabajos cuyo desarrollo se ha encargado al contratista, relevar al contratista de una obligación de rendir oportunamente sus cuentas resta transparencia a su gestión, y por contera, al gasto público que, por encargo oficial, debe ejecutar. De modo que, aceptado como está por la parte demandante el hecho que se anota y que fue el motivo de reproche de la administración y sin que exista demostración, al mismo tiempo, de ninguna circunstancia que justifique su conducta, pues, hasta donde el juzgador puede deducir del expediente las diferencias con el interventor en ningún momento superaron los límites normales del ejercicio del control, hay que admitir que se produjo el incumplimiento de una de las obligaciones contractuales cuya finalidad no solamente hace relación con la construcción final de la obra contratada sino también con la transparencia del gasto público confiado, a través del mecanismo contractual, por la entidad pública a un particular. Las consideraciones precedentes impiden la anulación del acto en virtud del cual se declaró el incumplimiento y se ordenó la cancelación de la cláusula penal pecuniaria; sin embargo, no se puede dejar al margen la constatación de que algunas de las obligaciones contractuales fueron desarrolladas por el contratista y aceptadas por la administración.

SENTENCIA - Contenido / MODIFICACION JURISDICCIONAL / ACTO ACUSADO

La Sala estima que está en presencia de uno de los casos de aplicación del artículo 170 del C. C. A. Por lo anterior, y sin lugar a declarar la nulidad de las resoluciones impugnadas, se modificará su monto reduciéndolo en un 20% de la sanción impuesta por la resolución acusada.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., veinte de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

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

Radicación número 7757.

Demandado: Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

Actora: Sociedad Skandia de Seguros de Colombia S. A.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la Sociedad Skandia Seguros de Colombia S. A., Juan Bautista Páez Ferro y Estaleiros Amazonia S. A. –Estenave– contra el fallo proferido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca el 4 de junio de 1992, en virtud del cual determinó:

"1. Negar las pretensiones de la demanda.

"2. Condénase a los demandantes en costas".

ANTECEDENTES

En este expediente se acumularon dos procesos; el primero fue iniciado por Skandia Seguros de Colombia S. A. contra la Nación, Ministerio de Obras Públicas –Fondo Vial Nacional–; el segundo, por Juan Bautista Páez Ferro y Estaleiros Amazonia S. A. contra el Fondo Vial Nacional.

Primer proceso. La demanda pidió lo siguiente:

"1ª. Que son nulas las resoluciones número 009896 del 13 de noviembre de 1985, expedida por el Ministro de Obras Públicas y Transporte, como representante legal del Fondo Vial Nacional y la número 006793 del 4 de agosto de 1986, expedida por el mismo Ministro y en la misma condición, por las razones expuestas en esta demanda.

"Subsidiariamente, que se declaren las mismas nulidades en cuanto ordena hacer efectiva a Skandia Seguros de Colombia S. A. la cláusula penal pecuniaria en un diez por ciento (10%) del valor del contrato, en consideración a la obligación adquirida por mi representada, que se contrajo a garantizar exclusivamente el objeto del contrato; o, en su defecto, que en la nulidad que se decrete se considere que la obligación de la compañía de seguros en cuestión estaba limitada a la garantía sobre el valor en moneda colombiana y no en dólares de los Estados Unidos de América, y en proporción los perjuicios demostrados.

"2ª. Que, en consecuencia, y como restablecimiento del derecho, se declare que Skandia Seguros de Colombia S. A. no está obligada a pagar al Ministerio de Obras Públicas y Transportes –Fondo Vial Nacional– cantidad alguna de dinero por concepto de las mencionadas resoluciones acusadas, y se ordena la devolución de las cantidades que por concepto en cuestión haya cancelado tal sociedad; o, en subsidio, según la primera declaración, que tal sociedad sólo está obligada a pagar las cantidades que correspondan a la parte

proporcional de los perjuicios que se demuestren, sobre la base de que la garantía de la aseguradora solamente se otorgó sobre la cuantía contratada en pesos colombianos.

3ª. Que a la sentencia se le dé cumplimiento en los términos del artículo 176 del C. C .A.

"4ª. Que igualmente se condene al Fondo Vial Nacional a pagarle a la demandante las costas del presente proceso, previa regulación" (fl. 7 C. 6).

Los hechos que invocó en apoyo de su *petitum son*, en síntesis, los siguientes:

1. Que el Fondo Vial Nacional y el consorcio conformado por Juan Bautista Páez Ferro y Estaleiros Amazonia S. A. Estenave celebraron un contrato de obra pública distinguido con el número 325 de 1983 sobre el cual se hizo una aclaración el 8 de mayo de 1984 y las adiciones números 281-84, 506, 84, 513, 84 y 76-85 y un otrosí el 7 de febrero de 1985, su objeto fue el diseño y construcción del puerto fluvial sobre el río Amazonas en Leticia, con suministro e instalación del muelle flotante y suministro de equipos para su operación normal, por un valor de "$53.015.758 y US$2.100.000", y con vencimiento el 31 de mayo de 1985.

2°. La firma demandante garantizó, con póliza CU-80105 y anexos 99024, 121724 y 139446 el cumplimiento de dicho contrato y de sus adicionales, garantías que "solamente amparaban el cumplimiento de las obras contratadas".

3°. En la cláusula 8ª, litc. c, se estipuló que el contratista debía llevar la contabilidad y registros de almacén y presentar mensualmente los estados de las cuentas para aprobación del interventor y de la Contraloría; por dificultades surgidas con el interventor, este se negó a recibir los estados de las cuentas por lo cual los contratistas las presentaron a la Contraloría General de la República que expidió varios fenecimientos.

4°. La obra fue construida, entregada y se encuentra en funcionamiento.

5°. Alegando que la Dirección de Navegación y Puertos del referido Ministerio informó a la Dirección de Licitaciones y Contratos del mismo Ministerio que las cuentas de caja y almacén de septiembre de 1984 a julio de 1985 fueron presentadas al Ministerio de Obras Públicas y Transportes el 26 de agosto de 1985, este expidió la Resolución número 009896 del 13 de noviembre de 1985 por medio de la cual declaró "el incumplimiento del contrato número 325 de 1983 y de sus adicionales" (fl. 4 C 6), y se ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria por valor de $13.000.337.85 y ordenó el pago de US$210.000. Contra esta decisión se interpuso recurso de reposición que finalizó confirmando la inicial.

La demandante estimó quebrantados los artículos 62, 19, 64 del Decreto 222 de 1983; 87 del 01 de 1984 y 1602 del C. C., por cuanto "la figura de incumplimiento no está prevista o consagrada en tal estatuto contractual nacional" que sólo contempla las de caducidad administrativa y terminación unilateral "como únicas formas anormales del contrato en su terminación"; agregó que la validez de la declaración de caducidad administrativa del contrato está sujeta a que se haga dentro del plazo contractual; vencido éste, sólo el juez del contrato puede declarar el incumplimiento.

El auto admisorio de la demanda fue notificado a la Secretaría General del Ministerio de Obras Públicas y Transporte quien había recibido delegación del Ministro para el efecto, por virtud de la Resolución número 5115 de 1985; en el acto de notificación constituyó apoderado especial para representar a la Nación y al Fondo Vial Nacional.

El apoderado contestó extemporáneamente la demanda.

El segundo proceso se inició con demanda formulada por Juan Bautista Páez Ferro y la sociedad Estaleiros Amazonia S. A., Estenave en la cual se hicieron estas peticiones, tal y como quedaron luego de su corrección:

"Primera. Que son nulas las Resoluciones números 009896 del 13 de noviembre de 1985 y 006793 del 4 de agosto de 1986, proferidas por el señor Ministro de Obras Públicas y Transporte en su condición de representante legal del establecimiento público nacional denominado Fondo Vial Nacional, por ser tales providencias violatorias de normas superiores de derecho y haber sido expedidas incurriendo en falsa motivación y con desvío de las atribuciones propias del funcionario que las profirió, señor Ministro de Obras Públicas y Transporte.

"Segunda. Que, como consecuencia de la declaración de nulidad a que se contrae la petición primera anterior, y a título de restablecimiento del derecho quebrantado, ese honorable Tribunal determine que mis poderdantes en ningún caso han incurrido en el presunto incumplimiento del Contrato de Obra Pública número 325 de 1983 y sus adicionales, por lo que tampoco puede darse aplicación, como lo hace el Fondo Vial Nacional en las resoluciones demandadas, a la cláusula penal pecuniaria prevista en el citado contrato.

"Tercera. Que, como consecuencia de la declaración de nulidad a que se contrae la petición primera anterior, y a título de restablecimiento del derecho quebrantado, ese honorable Tribunal disponga que mis poderdantes, integrantes del consorcio contratista en el Contrato de Obra Pública número 325 de 1983, no están obligados a pagar suma alguna al tesoro público por el concepto a que se refieren las resoluciones cuya nulidad se pide.

"Cuarta. Que, como consecuencia de la declaración de nulidad a que se contrae la petición primera, y de las declaraciones solicitadas en las peticiones segunda y tercera, y a título de restablecimiento del derecho quebrantado, ese honorable Tribunal se sirva condenar al Fondo Vial Nacional, establecimiento público del orden nacional, a pagar a mis poderdantes los perjuicios de toda índole que las resoluciones cuya nulidad se pide les han causado y que se demostrarán en el curso del proceso o en incidente separado.

"Quinta. Que se condene al Fondo Vial Nacional a pagar las costas y gastos del proceso así como las agencias en derecho" (fls. 77, 78 C2).

Los hechos que sustentan esta demanda son sustancialmente los mismos de la anterior; y como normas violadas señala los "artículos 16, 20, 55 de la Constitución Nacional y todas las demás normas que se refieran a la administración de justicia, en especial los artículos 136 a 141 que se ocupan del Consejo de Estado"; "artículos 61, 62, 63, 64, 65 y 72 del Decreto Extraordinario número 222 de 1983".

En el concepto de la violación expone que la declaración de caducidad administrativa del contrato sólo es posible durante la vigencia del contrato; reprocha la falsa motivación de los actos acusados, por cuanto no existió incumplimiento del contrato, el desvío de poder porque se expidieron con fines distintos de los señalados en la ley; y la incompetencia porque la decisión sobre incumplimiento del contrato le incumbía a la autoridad jurisdiccional.

La entidad demandada contestó la demanda, aceptó unos hechos, dejó la mayoría a resultas de la prueba y adujo, como razones de la defensa, que los actos administrativos cuestionados se ajustaron a derecho; al propio tiempo excepcionó "incumplimiento del contrato", puesto que "...la obligación del contratista no solamente estaba circunscrita a la ejecución de las obras objeto del contrato sino también que estaba obligado a cumplir con aquellas cláusulas contenidas en el contrato y que hacen referencia a la presentación de las cuentas y de los inventarios ante el Fondo Vial Nacional en debida forma. Este incumplimiento fue el hecho que originó la decisión tomada por el Fondo Vial y que se encuentra en las resoluciones que hoy son atacadas por la parte demandante" (fl. 143 C2).

Acumulados los procesos descritos, se dio traslado a las partes para los alegatos finales de la instancia.

El apoderado judicial de la entidad demandada insistió en la ineptitud de la demanda por haber intentado una acción equivocada en el proceso iniciado por Juan Bautista Páez Ferro y Estaleiros Amazonia S. A. Estenave; de otro lado que el consorcio contratista desconoció la tarea fiscalizadora del interventor, circunstancia que condujo "...a despilfarros y a que algunas de las obras contratadas hubieran

sido mal ejecutadas tanto así que con posterioridad a su terminación, el Fondo se vio precisado a repararlas".

La apoderada de Skandia Seguros de Colombia S. A. dedujo de las pruebas, sobre todo de la inspección judicial practicada en el proceso, que se habían acreditado los hechos de la demanda y, entre ellos, la ejecución de la obra y su buen funcionamiento.

El apoderado de Juan Bautista Páez Ferro y Estaleiros Amazonia S. A. –Estenave–, precisa que se trató de un contrato de administración delegada que fue debidamente cumplido de conformidad "con los fondos que se le iban suministrando por la entidad oficial", y que las obras fueron recibidas a satisfacción por ella; en proceso la liquidación del contrato se produjeron las resoluciones acusadas; enfatiza en que la Resolución 9896 está falsamente motivada, pues no hace "una evaluación o ponderación de las graves consecuencias que se derivan para la entidad contratante de tal incumplimiento y que hacen imposible la ejecución del contrato o de los perjuicios que se causan"; insiste en que la figura del incumplimiento no está consagrada en nuestro ordenamiento legal, máxime cuando nunca se impuso una multa para compeler a cumplir al consorcio contratista, que el término contractual estaba vencido y que el contrato se encontraba en período de liquidación. En apoyo de su tesis invoca varios fallos de la Sala, entre ellos, el de 21 de febrero de 1986, actor Sociedad Ingeniería, Explanaciones y Pavimentos Ltda. y de 29 de enero de 1988, exp. 3625, las dos con ponencia del Consejero Carlos Betancur Jaramillo.

Respecto de las cuentas anota:

"...el consorcio contratista en desarrollo del contrato ejecutó y entregó las obras públicas objeto del mismo a satisfacción del contratante, Fondo Vial Nacional, y todos los dineros recibidos del Fondo Vial Nacional para ejecutar dichas obras públicas los legalizó y aún se legalizan mes a mes ante la Contraloría General de la República, porque en su reiterada conducta ilegal y arbitraria el Ministerio de Obras Públicas y Transporte –Fondo Vial Nacional– se ha negado a liquidar el Contrato de Obra Pública número 325/83 y sus adicionales.

"Obran en el expediente a folios 61 a 81 del cuaderno número 1 fotocopias debidamente autenticadas ante notario de los Fenecimientos de Plano emitidos por la Contraloría General de la República por el período comprendido entre el 1° de noviembre de 1983 al 30 de julio de 1985, es de anotar que con posterioridad a esta fecha no se le efectuaron nuevos desembolsos de fondos al consorcio contratista.

"Igualmente obra en el expediente a folios 387 a 392 del cuaderno número 1 el dictamen pericial de fecha octubre 4 de 1991 rendido en este proceso por

los señores peritos, el ingeniero José Arturo Afanador Garzón y Edilberto Rodríguez Valero, que es de anotar no fue objetado, en el cual dictaminan que los dineros recibidos por el consorcio contratista del Fondo Vial Nacional fueron aplicados en su totalidad a las obras contratadas y que "cabe anotar que dichos dineros no fueron suficientes para la culminación de la obra contratada y que el valor ejecutado fue superior a los dineros recibidos" (fl. 547 C6).

El fallo de primera instancia. El Tribunal *a quo* estimó, sobre las excepciones propuestas:

"Es cierto que el Fondo Vial Nacional es una persona jurídica de derecho público, ajena a la entidad territorial llamada Nación y por esa razón su llamamiento al proceso debe hacerse en forma autónoma.

"El magistrado ponente, al valorar los mérito formales del escrito de demanda, inicialmente presentada, entendió que el actor, aunque impropiamente, pretendía demandar al Fondo y así lo dijo en el auto admisorio, sin tacha de una o de otra parte, teniéndose desde entonces como demandado al Fondo Vial Nacional, representado por el Ministro del ramo, quien de otra parte contrató y profirió los actos administrativos aquí impugnados.

"Al constituirse la litis frente al Fondo Vial Nacional exclusivamente, no hay lugar a declarar en esta sentencia la falta de legitimación pasiva de la Nación, pues ella en ningún momento se citó.

"2.3 La demanda presentada por el consorcio constructor del puerto menciona como acción la consagrada en el artículo 85 del C. C. A., cuando en verdad se trata de impugnar actos administrativos proferidos en desarrollo de un contrato.

"La mención equivocada de la acción no da lugar en el presente caso a una declaración de ineptitud sustantiva de la demanda porque ello no desvirtúa la naturaleza de la pretensión.

"De ello se deduce que en estos procesos (los de controversia contractual) hay lugar a dar aplicación al artículo 86 del C. P. C. que dice:

"Admisión de la demanda y adecuación del trámite. El juez admitirá la demanda que reúna los requisitos legales; y le dará el trámite que legalmente le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada".

"Y por tanto corresponde al juez darle al proceso la vía idónea, aun en los casos en que el actor se hubiese equivocado" (fls. 565, 566).

Y respecto de las pretensiones planteadas, expresó:

"...el primer argumento de Skandia dice que ella no estaba garantizando cosa distinta de las obligaciones que define como el diseño y construcción del puerto, instalación del muelle, suministro de equipos para funcionamiento del mismo, y construcción de las instalaciones portuarias, y por tanto no se le puede llamar a responder por el pago de cláusula penal, cuando la sanción se funda en el incumplimiento de obligaciones distintas; y que además, su obligación se limita por el componente en pesos y nunca por la parte en dólares.

"Una revisión de las copias de la póliza que se agregaron nos enseña que la aseguradora se obligó a responder por el cumplimiento general del contrato (folio 19 C1).

"En tales condiciones, no es dable admitir que sólo puede ser llamada en caso de incumplimiento de las obligaciones principales, o por el componente en pesos, y no por el componente en dólares pactados en el contrato, pues su garantía se extiende a todo el negocio celebrado entre Fondo Vial Nacional y el consorcio demandante, que comprende todas las obligaciones inherentes al mismo y por todo el valor pactado.

"Desechado el argumento nos corresponde examinar ahora las restantes razones para auscultar una nulidad de los actos administrativos sancionatorios proferidos en su contra.

"2.5 Se dice por los demandantes que la declaración de incumplimiento del contrato no existe como figura autónoma dentro de nuestro derecho administrativo, y que ella sólo se entiende como fundamento para la declaración de caducidad, y a más que sólo puede hacerse antes del vencimiento del plazo por ejecución.

"Y habrá de responderse que, cuando hay incumplimiento, la administración puede imponer al contratista el pago de la cláusula penal sin acudir a la declaratoria de caducidad del contrato porque aquel no es figura que se comprenda dentro de esta, ya que mientras que el uno es un hecho, que eventualmente puede ser causa de la otra, esta se contiene en un acto; y porque tal facultad de hacer efectiva la cláusula penal, por incumplimiento, no se pierde con el vencimiento del plazo porque en muchos casos sólo allí se sabe de él.

"2.6 Se argumenta contra los actos administrativos demandados que ellos no tienen en cuenta que la finalidad de los poderes exorbitantes de la administración, es la de permitir el cumplimiento del contrato y facilitar su ejecución, sin convertir a esta en juez.

"Se afirma que la declaración de incumplimiento contraría el acta de recibo final de obra, pues mientras aquella dice que se recibió la obra, esta reconoce el cumplimiento de parte del contratista, de las labores, a él encomendadas.

"Tal cargo sería cierto si la administración estuviese afirmando en el presente caso que el contratista dejó de realizar la obra pública contratada, pero no lo es, en la medida en que la administración predica que el contratista incumplió en la obligación de entregar cuentas mensuales de gastos. En esas condiciones son compatibles el acta de entrega final de obra y la declaración de incumplimiento, pues aquella testimonia las condiciones en que se entregaron las instalaciones civiles, el puerto, el muelle y los elementos para la operación fluvial, y esta dice que el contratista dejó de cumplir con una de sus obligaciones contractuales, a saber, la de entregar mensualmente con el visto bueno del interventor, las cuentas mensuales de gastos, justificando así la inversión de los dineros que periódicamente le eran entregados.

"2.7 Finalmente, se impugnan los actos administrativos, porque a juicio del contratista no se causaron perjuicios, y las resoluciones no afirman haberse generado.

"Si bien es cierto esto último, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

"a) Hay una presunción de veracidad en favor del contenido de los actos administrativos, los que implícitamente, al condenar el pago de la cláusula penal, están afirmando que se generaron unos perjuicios indemnizables con el pago de la cláusula penal.

"Quien quiera desvirtuarlo corre con la carga de probar lo contrario.

"b) Siendo la cláusula penal una estimación anticipada que las partes hacen de los perjuicios, para evitarse su prueba no vemos razón para que haya lugar a exigir a la resolución que los impone analizar en qué consisten y de contera probarlos pues todo ello sería violatorio del artículo 1599 del Código Civil que dice:

"Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio".

"c) En el presente caso, sí se causaron perjuicios como consecuencia del incumplimiento del contratista en la entrega de las cuentas.

"El oficio firmado por el señor Ministro de Obras Públicas que aparece a folio 1 del cuaderno 2 y los distintos oficios enviados por el interventor v. gr. (fl. 5 cuad. 2), enseñan que la no entrega oportuna de las cuentas trajo consigo

serios inconvenientes a la administración traducibles en la imposibilidad de liquidar el contrato, el despilfarro de recursos y la no terminación oportuna y adecuada de las obras.

"Hay lugar a condenar en costas en favor del demandado porque la Nación estuvo apoderada por abogado externo.

"Por todo ello, hay lugar a negarse las pretensiones de los demandantes" (fls. 566, 570).

Los recursos de apelación. La decisión anterior fue apelada, primero, por la compañía de seguros la cual, en el escrito de interposición del recurso, señaló:

a) Que la sentencia no indicó a cuál de los procesos acumulados se refería;

b) Que tampoco se ocupó del incumplimiento del contrato que sirvió de fundamento a las resoluciones acusadas;

c) Dejó de analizar las pruebas atinentes al cumplimiento contractual por el consorcio contratista;

d) Discute la interpretación que la Sala ha hecho del artículo 72 del Decreto 222 de 1983 y señala que, en todo caso, la entidad pública estaba en "la obligación de demostrar el incumplimiento". En la adición del recurso dirá además que "...es el incumplimiento requerido para decretar la caducidad, el único incumplimiento al cual alude el artículo 72 de ese decreto, utilizado en la expresión" en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento, queriendo así significar, con interpretación coherente, que sólo procede exigir el pago de la pena pecuniaria cuando se produce la declaratoria de caducidad por haberse dado el incumplimiento del contratista en la ejecución del contrato.

"Es que la lógica rechaza exigir el pago de esa pena por muerte del contratista, o por su incapacidad física permanente, por ejemplo.

"Lo que significa, entonces, el artículo 72 citado, *in fine*, es que la pena pecuniaria no es exigible **sino en los casos en que se decreta la caducidad por la causal del incumplimiento del contratista".**

e) El retardo en la rendición de cuentas, alegado en las resoluciones acusadas, y explicado y justificado por la conducta del interventor, jamás puede ser suficiente conducta para exigir sobre ella la causal de incumplimiento del contrato. Los retardos sólo pueden originar multas, o sea medidas de compulsión, y en modo alguno afectaron, ni pueden afectar, la ejecución debida del contrato o la ejecución de la obra contratada";

f) "La compañía aseguradora garantizó la ejecución de la obra, no la rendición oportuna de cuentas, que era una obligación accesoria. De igual modo, tampoco la aludida garantía comprometió a la aseguradora para responder por el componente en dólares, sino exclusivamente en pesos colombianos".

g) Los retardos en la rendición de cuentas no produjeron perjuicios a la entidad estatal y el artículo 1599 del C. C., invocado por el Tribunal, no es aplicable a estos contratos.

También apeló el apoderado del consorcio contratista cuyo disentimiento se manifiesta en que "jurídicamente carece de toda justificación que sea legalmente posible declarar el incumplimiento de un contrato de obra pública cuando el objeto principal de dicho contrato, que no es otro que la ejecución o realización de la obra pública objeto del mismo, se encuentra plenamente realizado y ejecutado. En realidad de verdad la aceptación de tal tesis constituiría una verdadera monstruosidad". De ello no se ocupa la sentencia apelada. Expresa igualmente que debió probarse el perjuicio sufrido por la entidad pública.

El señor agente del Ministerio Público conceptúa en estos términos:

"El texto de un acuerdo negocial no puede escindirse para significar que por contener obligaciones principales y secundarias, las partes sólo están obligadas al cumplimiento de las primeras.

"El contrato es una unidad convencional que no puede escindirse sin desnaturalizar su esencia y que compromete por igual a las partes.

"En el caso en comento, el consorcio se comprometió para con el Fondo Vial Nacional, no sólo a ejecutar los trabajos para el adecuado funcionamiento del puerto fluvial sobre el río amazonas (cláusula primera del Contrato número 325 de 1983), sino que se obligó a llevar la contabilidad y los registros del almacén, a presentar mensualmente los estados de las cuentas para la aprobación mensual del interventor y de la Contraloría y a rendir cuentas de caja y almacén relativos a la inversión efectuada, dentro de los diez primeros días de cada mes (cláusulas octava, vigésima segunda y vigésima tercera del Contrato número 325 de 1983).

"La Resolución número 009896 de noviembre 13 de 1985 declaró el incumplimiento del Contrato número 325 de 1983 porque encontró que las cuentas mensuales de caja y almacén relativos a la inversión efectuada correspondientes a los meses de septiembre de 1984 a julio de 1985 fueron presentadas a la sección de contabilidad del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, el 26 de agosto de 1985, pero sin la revisión y aprobación de la interventoría, ni la de la Dirección de Navegación y Puertos.

"Este hecho, no desvirtuado por los demandantes, no sólo sirvió de apoyo a la Resolución número 006793 del 4 de agosto de 1986, que confirmó la Resolución 009896/85, sino que indujo al a quo para denegar las pretensiones de las demandas.

"Naturalmente que, declarado el incumplimiento de la relación contractual, debía hacerse efectiva la cláusula penal pecuniaria, estipulada a título de pena en la cláusula vigésima séptima del contrato principal.

"Es obvio que la Administración pudo apremiar con multas al consorcio contratista para que cumpliera con la obligación pactada de rendir oportuna y reglamentariamente las cuentas mensuales de caja y almacén, relativas a la inversión efectuada correspondiente a los meses de septiembre de 1984 a julio de 1985, pero no es lógico pensar que esa falta de apremio inhibiera al Fondo para hacer efectiva la cláusula penal por incumplimiento una vez venciera el contrato.

"Sobre la materia esa honorable Sala tuvo oportunidad de pronunciarse así:

"...La imposición de las sanciones por el incumplimiento no tiene que ir necesariamente unida a la declaratoria de caducidad administrativa del contrato, porque este fenómeno consiste en la terminación anticipada del contrato y el incumplimiento, a veces, se verifica –como en el caso *sub judice*– justamente cuando vence el contrato de entrega de la mercancía. Por eso se concluye que si ya no era viable declarar la caducidad administrativa, las sanciones por el incumplimiento sí eran oportunas.

"Teniendo en cuenta que la multa es una sanción de apremio para que el contratista satisfaga sin más dilación la obligación respectiva, ella resulta improcedente al terminar el contrato cuando, por el mismo hecho, la prestación contractual se le ha convertido en la obligación de pagar el valor de la cláusula penal pecuniaria". (Sentencia agosto 13 de 1987. Consejero Ponente, doctor Antonio J. de Irisarri R. Actor, Monsalve Vélez Ltda. exp. 4145. Extractos agosto de 1987, pág. 1186).

"En ese orden de ideas, bien hizo la administración en declarar el incumplimiento del contrato y ordenar hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria.

"Sin embargo, dada la circunstancia de que el consorcio contratista ejecutó la obra contada a satisfacción del Fondo, sería justo pensar en atenuar la cuantía de la sanción, en proporción a la magnitud del incumplimiento. Porque no es lo mismo aplicar la totalidad de la cláusula penal pecuniaria a quien no ha ejecutado la obra o la ha ejecutado sólo parcialmente, que a quien la ha realizado en su totalidad.

"Ha debido la administración, durante la ejecución del contrato, hacer uso de la facultad exorbitante de imponer multas, para obligar al contratista a presentar los estados de cuentas conforme con lo estipulado en el contrato, y no esperar a que el contrato terminara para declarar el incumplimiento del mismo.

"Por lo expuesto, esta delegada solicita, respetuosamente a esa honorable Sala, revocar la sentencia apelada, para que en su lugar se confirmen las Resoluciones 009896 de 1995 y 006793 de 1986, en cuanto se declara el incumplimiento del Contrato número 325/83; pero se modifique el artículo 2° de la primera resolución para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, en una proporción menor a la estimada por la administración" (fls. 514, 517).

LA SALA CONSIDERA

Teniendo en cuenta que el fallo debe dar respuesta a todas las cuestiones planteadas en los dos procesos que se acumularon durante su trámite, con miras a lograr una claridad mayor, la Sala abordará inicialmente el estudio del proceso que iniciaron Juan Bautista Páez Ferro y la Sociedad Estaleiros Amazonia S. A., Estenave (segundo proceso en el registro de los antecedentes que se ha hecho antes), para luego hacerlo con el proceso iniciado por Skandia Seguros de Colombia S. A. (primer proceso en el mismo registro).

La controversia surge porque el 13 de noviembre de 1985, el Ministro de Obras Públicas y Transporte, en su calidad de representante legal del Fondo Vial Nacional expidió la Resolución número 9896 en virtud de la cual dispuso:

"Artículo primero. Declárase el incumplimiento del contrato número 325 de 1983 y de sus adicionales correspondientes celebrados entre el Fondo Vial Nacional y el consorcio contratista conformado por Juan Bautista Páez Ferro y Estaleiros Amazonia S. A. 'Estenave', según lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.

"Artículo segundo. Ordénase hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato, es decir, trece millones setecientos treinta y siete pesos con 85/100 ($13.000.337.85) moneda corriente, y doscientos diez mil dólares de los Estados Unidos de América (US$210.000), a la tasa correspondiente al cambio oficial a la fecha de la firma de la presente resolución.

"El valor de la cláusula penal pecuniaria podrá deducirse de las sumas que adeude el Fondo Vial Nacional al consorcio contratista, o de la garantía del presente contrato, y si esto no fuere posible, se cobrará por jurisdicción coactiva.

"Artículo tercero. Notifíquese la presente resolución a la Compañía Aseguradora 'Skandia Seguros de Colombia S. A.', que expidió la póliza número CU-80115 y los Anexos números 99024, 12724, 136467 y 139446 que garantizan el cumplimiento general del contrato, el pago de las multas y demás sanciones que se le impongan al consorcio contratista en ejecución del contrato principal número 325 de 1983, aclaración de mayo 8 de 1984, sus adicionales números 281-84, 506-84, 513-84 y 076-85 y un otrosí de fecha febrero 7 de 1985" (fl. 43 C.1).

La decisión administrativa anterior tomó como fundamento, el quebranto, por el consorcio contratista, de la obligación que había adquirido en la cláusula 8ª y 22 del contrato deducido del "memorando TNO1311 del 24 de septiembre de 1985 suscrito por el Director de Navegación y Puertos...".

En el expediente se ha establecido lo siguiente:

a) El 18 de agosto de 1983, el Fondo Vial Nacional y el consorcio integrado por Juan B. Páez F. y Estaleiros Amazonia S. A., Estenave, suscribieron el contrato número 325 cuyo objeto consistió en la ejecución de "...los siguientes trabajos para el diseño y construcción del puerto fluvial sobre el río Amazonas, en Leticia así: diseño, construcción y transporte, seguro de transporte, supervisión de montaje, suministro e instalación del muelle flotante que se especifica en la oferta y demás documentos, y suministro de los equipos para su normal operación, diseño de punto fijo, construcción de los accesos necesarios, todo a satisfacción del Fondo"; el valor del contrato se fijó en $53.015.758 y US$2.100.000 y la remuneración del contratista se pactó en el 15% del valor de las obras civiles con las exclusiones previstas en la cláusula 6ª; entre las obligaciones que adquirió el contratista para el desarrollo del objeto contractual se encuentra la prevista en la letra c) de la cláusula 8ª, según la cual era de su cargo "llevar la contabilidad y los registros del almacén rigiéndose a las normas establecidas por la Contraloría General de la República y presentar mensualmente los estados de las cuentas correspondientes, para la aprobación del interventor y de la Contraloría" (fl. 160 C.1); y en la cláusula 25 se estipuló que "las divergencias que ocurran entre el interventor y el consorcio contratista relacionadas con la supervisión, control y dirección de la obra, serán dirimidas por el Director de Navegación y Puertos del Ministerio de Obras Públicas y Transporte y si subsiste, por el Ministro de Obras Públicas y Transporte cuya decisión será definitiva" (fl. 164 C.1);

b) Este contrato fue objeto de varias adiciones relativas al monto y al plazo, las que se consignaron en contratos adicionales que están agregados a folios 53 a 66 del C.1;

c) Previa una entrega parcial que registra el acta de recibo parcial de 6 de enero de 1985 (fls. 230 del C.1), los representantes del MOPT, del interventor, del contratista y el auditor regional de servicios gubernamentales y hacienda de la comisaría del Amazonas, suscribieron el "acta final del recibo de la obra, en la cual hicieron constar entre otras cosas, las siguientes:

"Los trabajos contratados y ejecutados comprenden la construcción de un muelle flotante sobre el río Amazonas aguas abajo del muelle viejo, obras civiles en tierra y obras de enlace o conexión entre las dos mencionadas anteriormente y que consistieron básicamente en la fabricación y montaje de un puente fijo metálico.

"A. Muelle flotante

"Está compuesto por un flotante principal, y un flotante intermedio que desliza verticalmente sobre dos torres guías, cimentadas en pilotos de acero, un punto fijo en la orilla del río cimentado igualmente en pilotos de acero y dos puentes móviles.

"Todo lo anterior construido en estructuras de acero. Estos trabajos ya fueron recibidos por el Ministerio de Obras Públicas según acta de recibo parcial firmada el 8 de enero de 1985 la cual se adjunta como anexo de la presente acta.

"B. Trabajo de fabricación pilotaje y montaje del puente fijo.

"El puente estructuralmente es de acero lo mismo que los pilotos de cimentación. Tiene una longitud de 91 m y paso para un solo vehículo, se encuentra terminado en su parte estructural, su madera colocada y la pintura en sus retoques finales.

"C. Obras civiles en tierra.

"Mencionamos el estado de los trabajos ejecutados en los frentes en que se laboró.

"1. Vía principal de entrada al muelle.

"Su longitud es 144 mts. y un ancho de 7.0 mts. que se reduce a 5.50 m en el empate con el puente fijo. Tiene su calzada terminada en adoquines de concreto lo mismo que sus bordillos. Queda pendiente protogar (sic) en concreto las dos pequeñas cunetas de desagüe que se excavaron en la zona anterior al empate con el puente fijo. En esta vía quedaron instalados los ductos principales para las redes eléctricas telefónicas, y agua potable, esta última en servicio, así como las cajas de inspección y los ramales de salida para extender estas redes para servicio del muelle flotante y a construcciones futuras.

"2. Vía de entrada a la bodega y patio de almacenaje.

"La vía y el patio tienen un área de 516 m^2. La totalidad de esta área tiene construida en su base en arena-cemento de espesor de 0.30 m y los bordillos respectivos. Los adoquines de concreto están colocados en un área de 70 m^2, el resto de la zona le falta colocar los adoquines los cuales ya quedaron fabricados y se encuentran en la obra.

"3. Caseta de portería.

"La caseta se encuentra terminada con sus servicios de agua y los muros interiores en pintura al agua, y la parte anterior de los muros pintura graniplast, cielo raso interior y exteriormente colocados.

"Módulo de oficina terminado totalmente en iguales condiciones a los módulos de vivienda.

"La bodega quedó terminada con sus pinturas al agua en el interior y graniplast, en las fachadas exteriores no se colocó cielo raso ni en el interior ni en los aleros exteriores porque de acuerdo entre el contratista y la interventoría se consideró no justificable la inversión.

"5. Cerramiento.

"La cimentación y muro en ladrillo hueco quedó terminado en su totalidad exceptuando el remate en la caseta de la portería y los pequeños cierres donde van a quedar instalados los portones de entrada y salida en la vía principal.

"La postería en tubos de 2" y las ristras en tubo de 1" para fijación de la malla eslabonada quedó instalada en la totalidad del muro construido. En el costado noroccidental a varios pies de amigo quedó pendiente el atraque en concreto, la malla eslabonada con excepción de 90 m en el costado sur que está colocada pero no fijada, quedó instalada, templada y soldada en el rostro de este costado así como los otros costados.

"Los portones de entrada y salida están sin colocar. En la obra se encuentran construidos los cuatro marcos de los portones. Falta construir la puerta metálica pequeña al lado de la portería.

"II. Entran al consorcio contratista al autor Hernando Ruiz Insuasty, almacenista de la intendencia fluvial vertiente del Amazonas quien junto con el ingeniero Pablo Emilio Gerrero reciben a nombre del MOPT materiales, herramientas y demás elementos de almacén mediante conteo físico de cada uno de ellos en presencia del almacenista del consorcio señor Jesús Valera y los ingenieros residentes del consorcio y la interventoría, señores Miguel A. Soto Roa y Armando Aldana Esmenal. También hace entrega el consorcio mediante

conteo físico de la maquinaria y equipos en la obra, tanto los compradores en el consorcio con fondos del contrato, como los suministrados por el MOPT.

"Igual entrega hace el consorcio al MOPT de los equipos de oficina lo anterior en presencia de los mismos representantes mencionados anteriormente. Queda entendido que el inventario general que se hizo el día 25 de junio de 1985 para la presente entrega, fue hecho en su totalidad mediante conteo físico el cual queda consignado en acta de inventario debidamente firmado por los participantes, el cual constituye elemento para la liquidación del contrato, y que se adjunta como documento integral de la presente nota. Se deja debidamente aclarado que en este inventario no quedan establecidos los sobrantes ni los faltantes a que haya lugar debido a que la cuenta mensual final que debe hacer entrega al consorcio contratista para la liquidación del contrato, y en la cual ha de figurar contablemente la información correspondiente a las tres denominaciones almacén, maquinaria y equipo, y equipos de oficina no se ha ejecutado por tanto no se pueden hacer las comparaciones" (fl. 8 C.3).

En la misma acta se relaciona luego el "...Estado en que se encuentran las cuentas mensuales de Caja y Almacén que debe rendir al consorcio Juan B. Páez, Estenave al MOPT y a la Contraloría General de la Nación, así como los inventarios solicitados por la interventoría".

"Cuentas

"La primera cuenta corresponde al mes de noviembre de 1993, la cual tiene su balance respectivo.

"Mes de diciembre de 1983 presenta balance mensual.

"Las cuentas de enero de 1984 a noviembre de 1984 presentan balance mensual.

"La cuenta del mes de diciembre de 1984 presenta el balance mensual.

"Pero no está acompañada por el balance de cierre o ajuste del año.

"La cuenta de enero de 1985.

"No presenta balance mensual, pero presenta la documentación de los comprobantes de pago, asientos de contabilidad, conciliación bancaria, boletín de caja y almacén respaldado con sus comprobantes de salida y entrada.

"La cuenta de febrero de 1985.

No presenta balance mensual, tiene comprobante de pago, conciliaciones bancarias, boletín de caja, boletín de almacén con comprobantes de salida.

"Cuenta del mes de marzo de 1985.

"No tiene balance mensual. Presenta conciliaciones bancarias, boletín diario de caja, boletín diario de almacén con comprobantes de salida.

"Mes de abril de 1985.

"Tiene la siguiente información únicamente, comprobantes de pagos excepcionales uno por valor de $5.000 correspondiente a caja menor Bogotá cancelado con cuenta del Banco de Bogotá y uno por $38.092.30 cancelado a Juan B. Páez por concepto de alquiler de equipo con cuenta del Banco en Leticia. La documentación de la cuenta de este mes está sin legajar.

"Mes de mayo de 1985.

"Todavía se encuentra en proceso de pago un gran número de comprobantes.

El contenido del acta anterior permite deducir que el contratista logró cumplir en un gran porcentaje la obra contratada, como es el muelle flotante y el puente fijo; en la vía principal de entrada al muelle "queda pendiente proteger en concreto las dos pequeñas cunetas de desagüe..."; en la vía de entrada a la bodega y el patio de almacenaje quedaron sin adoquinar 446 m^2 aunque los adoquines que quedaron son fabricados, es decir, pendientes de su colocación; se terminó la caseta de la portería, así como los módulos de vivienda, oficina y bodega y el cerramiento faltando "el atraque en concreto" en el costado noroccidental, y la fijación de 90 m de malla que quedó colocada; sin colocar quedaron también los portones de entrada y salida y, sin construir, "la puerta metálica pequeña al lado de la portería";

c) La Resolución número 9896 de 13 de noviembre de 1985, por medio de la cual se declaró el incumplimiento del contrato y se dictaron las otras disposiciones que en este proceso se impugnan, se apoyó en estos motivos:

"Que la cláusula octava (obligaciones del consorcio contratista) literal c) del contrato principal número 325 de 1983 contempla como obligación del consorcio contratista, la de "llevar la contabilidad y los registros de almacén rigiéndose (sic) a las normas establecidas por la Contraloría General de la República y presentar mensualmente los estados de las cuentas correspondientes para la aprobación del interventor y de la Contraloría". Así mismo, en la cláusula vigésima segunda (Rendición de Cuentas) el contrato precitado estipula que "el consorcio contratista se obliga a rendir cuentas de caja y almacén relativas a la inversión efectuada, dentro de los 10 primeros días de cada mes, sometiéndose para ello a las normas establecidas por el Fondo y la Contraloría General de la República. Si dichas normas fueren cambiadas, el consorcio contratista se compromete a poner en práctica las nuevas normas.

"Los comprobantes de gastos y los que sirvan de base para las cuentas respectivas lo mismo que los balances de caja y almacén serán revisados previamente por el interventor quien deberá ponerles el visto bueno si los hallare correctos o hacer las observaciones del caso", y la cláusula vigésima tercera (contabilidad y estadística) establece que "el consorcio contratista se obliga a permitir al interventor el examen de la contabilidad y estadística que lleve de las obras, objeto de este contrato, el cual rendirá a la dirección correspondiente los resúmenes estadísticos en los formularios que dicha entidad le suministre.

"También queda el consorcio contratista obligado a entregar al interventor con destino a la misma dirección la relación de todos los gastos ocasionados en la construcción de la obra acompañada de los respectivos comprobantes. Con lo justamente aceptado en esta relación, la dirección llevará la correspondiente contabilidad de costos. La interventoría relacionará los gastos que no cargó en la contabilidad de costos por las razones que tuvo para omitirlas".

"Que según el memorando TN 01311 del 24 de septiembre de 1985 suscrito por el Director de Navegación y Puertos y dirigido a la Dirección de Licitaciones y Contratos, las cuentas mensuales de caja y almacén relativas a la intervención efectuada, correspondiente a los meses de septiembre de 1984 a julio de 1985 fueron presentadas a la sección de contabilidad del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, el 26 de agosto de este año, pero sin revisión y aprobación de la interventoría correspondiente, ni la de aquella dirección.

"Que lo expuesto anteriormente demuestra con claridad meridiana el incumplimiento por parte del consorcio contratista, ya que de acuerdo con lo convenido en el contrato 325 de 1983 las cuentas de caja y almacén debían rendirse dentro de los diez (10) primeros días de cada mes 'por la cual se declara un incumplimiento y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria' ".

"Con los requisitos correspondientes y no como efectivamente se hizo" (fl. 42 C.1).

Como se puede observar, la razón de la decisión administrativa, la constituye la no rendición oportuna de las cuentas a que se había obligado el contratista, esta circunstancia está probada (basta repasar el acta de recibo final) y no ha sido discutida por el demandante salvo en cuanto señala que el interventor se negó a recibirlas, hecho éste que no logró demostrar en el proceso.

La realidad fáctica que se deja descrita y los argumentos expuestos por el consorcio contratista inducen a la Sala a reflexiones de este orden, dejando establecido que concuerda en la solución del *a quo* respecto de las excepciones propuestas:

1. La jurisprudencia elaborada en vigencia del estatuto contractual de 1983 se fue completando y perfeccionando paulatinamente; de comienzo se pensó que la totalidad de las prerrogativas exorbitantes de la administración frente al punto de vista temporal, durante la vigencia del contrato cuando quiera que este fuese de aquellos que se denominan de tracto sucesivo o que, sin serlo, su ejecución se extienda en el tiempo, esta directriz, sin embargo, había tomado en cuenta solamente las potestades administrativas de imposición de multas al contratista y la declaración de caducidad administrativa del contrato. De allí que, más adelante, se advirtiése cómo el artículo 72, en la frase final de su inciso tercero, consagraba una potestad especial para declarar el incumplimiento del contrato por fuera del término contractual y para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria. Esta lectura judicial de la ley se conservó hasta el fin de la vigencia del Decreto 222 y la Sala no encuentra razón suficiente para variarla. Conviene advertir, claro está, que la Ley 80 de 1993 despoja a la administración de tal prerrogativa, de modo que –en adelante–, una vez finalizado el término contractual y agotada, por tanto, la posibilidad de la declaración de caducidad, sólo el juez del contrato podrá declarar el incumplimiento del contratista sin perjuicio de las posibilidades que se desprendan del acto de liquidación unilateral o bilateral.

De este modo, el Decreto 222 previó el incumplimiento del contratista como supuesto de hecho que podía dar origen a una de estas tres medidas dependiendo de la entidad de dicho incumplimiento, de las conveniencias del interés público y de la vigencia o vencimiento del término contractual: la multa y la caducidad, si el término estaba vigente; la declaración de incumplimiento si dicho plazo se había vencido, en los dos casos, seguidos de la exigencia de la cláusula penal pecuniaria que también figuraba entre las exorbitancias de los contratos celebrados por el Estado.

2. Indica lo anterior que, en el caso analizado, la administración estaba legalmente autorizada para declarar el incumplimiento de su contratista, razón por la cual esta perspectiva propuesta por el demandante no es de recibo para deducir la ilegalidad del acto administrativo impugnado.

3. En la cláusula 27 los contratistas estipularon:

> "Penal pecuniaria. En el caso de incumplimiento o declaratoria de caducidad, el consorcio contratista pagará a título de pena una suma equivalente al 10% del valor del contrato. El valor de la cláusula penal que se haga efectiva se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a la entidad contratante" (fl. 164 C.1).

Frente a la voluntad de las partes que individualizaron las obligaciones del contratista (claúsula 8ª), y, de modo genérico dijeron que su incumplimiento daría

lugar a la pena pecuniaria pactada, no es dable al juzgador establecer jerarquías entre las diversas obligaciones para catalogar unas de principales y otras de secundarias como lo pretende el actor, de modo que solamente el incumplimiento de las primeras amerite la pena beneficiándose con la exención de la misma el incumplimiento de las segundas; con mayor razón, cuando se trataba de un contrato de obra pública ejecutado por el sistema de administración delegada el cual, por sus especiales características, requiere una absoluta claridad en su ejecución y en la aplicación de los dineros y de otros bienes oficiales a los trabajos cuyo desarrollo se ha encargado al contratista; relevar al contratista de la obligación de rendir oportunamente sus cuentas, resta transparencia a su gestión y, por contera, al gasto público que, por encargo oficial, debe ejecutar. De modo que, aceptado como está por la parte demandante el hecho que se anota y que fue el motivo de reproche de la administración y sin que exista demostración, al mismo tiempo, de ninguna circunstancia que justifique su conducta, pues, hasta donde el juzgador puede deducir del expediente las diferencias con el interventor en ningún momento superaron los límites normales del ejercicio del control, hay que admitir que se produjo el incumplimiento de una de las obligaciones contractuales cuya finalidad no solamente hace relación con la construcción final de la obra contratada sino también con la transparencia del gasto público confiado, a través del mecanismo contractual, por la entidad pública a un particular.

4. Las consideraciones precedentes impiden la anulación del acto en virtud del cual se declaró el incumplimiento y se ordenó la cancelación de la cláusula penal pecuniaria; sin embargo, no se puede dejar al margen la constatación de que algunas de las obligaciones contractuales fueron desarrolladas por el contratista y aceptadas por la administración; en efecto, ya se anotó antes cómo la mayor parte de las obras contratadas fueron construidas por el contratista y recibidas por la entidad estatal mediante un acta de recibo parcial y otra de recibo final de la obra, restando solamente algunos aspectos secundarios para los cuales, según lo estimaron los expertos que rindieron su dictamen en el proceso, los dineros entregados por el Fondo resultaron insuficientes (fls. 387 y ss. del C.1), asunto éste no contradicho por la entidad pública. Sobre el particular precisa el dictamen:

> "Del análisis de los documentos se concluye que los dineros recibidos del Fondo Vial Nacional fueron aplicados en su totalidad como lo demuestran la rendición de las cuentas presentadas por el consorcio contratista al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, Fondo Vial Nacional a la Contraloría General de la República (se adjunta fotocopia de los balances). Cabe anotar que dichos dineros no fueron suficientes para la culminación de la obra contratada y que el valor ejecutado fue superior a los dineros recibidos" (fl. 389 C.1).

Se confirma lo anterior con la diligencia de inspección judicial practicada por el *a quo* en la cual se logra constatar que las obras se encuentran en funcionamiento; obviamente, tal inspección se practica tiempo después de la entrega de las obras pero esta circunstancia no le resta eficacia probatoria por cuanto los hechos allí relacionados encuentran soporte adicional en las actas de entregas y en el concepto pericial.

5. En estas condiciones, la Sala encuentra que se ha configurado el supuesto fáctico para la aplicación de normas tales como el artículo 1596 del C. C. a cuyos términos:

> "Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal".

Y el inciso final del artículo 867 del Código de Comercio prescribe:

> "Cuando la prestación no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte".

La ley se preocupó en estos casos por salvaguardar la justicia frente a las consecuencias y efectos de la cláusula penal pecuniaria en cuanto éstos hacen alusión a la indemnización de perjuicios, pues es bien conocido que la cláusula en comento reviste además el carácter de mecanismo de persuasión al cumplimiento y de garantía de las obligaciones contractuales. En principio, entonces, "habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio" (art. 1599 del C. C.), lo cual releva en este caso a la administración de la carga de probar el perjuicio que estaría a su debe en condiciones normales; es lo que se conoce como el efecto evaluativo de la cláusula penal. La excepción que –se repite– obedece a criterios de justicia, prescribe que, si bien la cláusula penal actúa como mecanismo de evaluación del daño, sin necesidad de pruebas adicionales, cuando el deudor ha cumplido parcialmente la obligación principal y ha sido recibida por el acreedor, el juzgador reducirá su monto atendiendo a la equidad.

6. En frente de lo dicho la Sala estima que está en presencia de uno de los casos de aplicación del artículo 170 del C. C. A. en la parte final que prescribe:

"Para restablecer el derecho particular, los organismos de lo contencioso administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar éstas".

7. Por lo anterior, y sin lugar a declarar la nulidad de las resoluciones impugnadas, se modificará su monto reduciéndolo al 20% de la sanción impuesta por la resolución número 9896 de 13 de noviembre de 1985.

El proceso que se inició por Skandia Seguros de Colombia S. A., cuyas pretensiones y sus causas se registraron al comienzo de este fallo se resuelve, en parte, con las consideraciones consignadas para el proceso anterior; en efecto, la Resolución 9896 de 13 de noviembre de 1985 del Fondo Vial Nacional, luego de haber declarado el incumplimiento del contrato por parte del consorcio contratista y dispuesto el cobro de la cláusula penal pecuniaria, determinó en su artículo tercero:

"Notifíquese la presente resolución a la Compañía Aseguradora" Skandia Seguros de Colombia S. A. "que expidió la póliza número CU-80105 y los Anexos números 99024, 12724, 136467 y 139446 que garantizan el cumplimiento general del contrato, el pago de las multas y demás sanciones que se le impongan al consorcio contratista en ejecución del contrato principal número 325 de 1983, aclaración de mayo 8 de 1984, sus adicionales números 281-84, 506-84, 513-84 y 076-85 y un otrosí de fecha febrero 7 de 1985" (fl. 43 C.1).

Atrás se dejó establecido lo relativo al incumplimiento contractual y a la exigencia parcial de la cláusula penal pecuniaria respecto del contratista; resta por ver la incidencia de tal disposición sobre la compañía de seguros dado que, a su juicio, las garantías "solamente amparaban el cumplimiento de las obras contratadas"; su argumento consiste en sostener que garantizó la construcción de la obra mas no la presentación oportuna de las cuentas; un repaso de las pólizas y del contrato dejan luces suficientes sobre este particular.

En la cláusula 14 se estipuló:

"Garantías. El consorcio contratista se compromete a constituir a favor del Fondo, de acuerdo con las estipulaciones vigentes de la Contraloría General de la República, las siguientes fianzas:

*"a) Para garantizar el cumplimiento general del contrato, el pago de las multas y demás sanciones que se le impongan, una fianza equiva*lente al 10% del valor del presente contrato, dentro de los 18 días hábiles siguientes a la fecha de expedición del registro presupuestal de fondos.

"Esta fianza tendrá una vigencia igual al plazo del contrato y tres (3) meses más" (fl. 161 C.1).

("...").

"En los certificados de seguros figurarán las siguientes cláusulas adicionales:

"Primera. Se entenderá incumplido el contrato garantizado que vincula el consorcio contratista y el Fondo cuando éste profiera la resolución que así lo declare y ésta se encuentre ejecutoriada.

"Segunda. La obligación de la aseguradora es alternativa así:

"a) Terminar satisfactoriamente las obras objeto del presente contrato, garantizado con una persona natural o jurídica inscrita en el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, con calificación suficiente.

"b) Pagar la suma asegurada. En el primer evento la aseguradora podrá subrogarse en las obligaciones del consorcio contratista para con el Fondo, en cualquier momento, cuando el programa de trabajo e inversiones anexo al contrato garantizado sufra atraso o la interventora manifieste incumplimiento no debido a fuerza mayor.

"En el segundo evento el pago se hará directamente al Fondo.

"Tercera. Cuando el Fondo dé por terminado el contrato en atención a las previsiones a que se refiere el artículo 13 del Decreto extraordinario 222 de 1983, la obligación de la aseguradora dejará de ser alternativa y se traducirá por la obligación exclusiva de indemnizar los perjuicios causados por tal motivo al Fondo.

"Cuarta. Se entienden incorporados al presente contrato de seguro, todas las estipulaciones del contrato garantizado e igualmente todos los documentos que lo determinan, regulan y complementan y adicionan (fl. 162 C.1).

En la póliza CU 80105 expedida por la compañía demandante, se dijo:

"Objeto de la garantía: Garantizar el cumplimiento general del Contrato número 325 de 1983, el pago de multas y demás sanciones que se impongan, para el diseño y construcción del puerto fluvial sobre el río Amazonas en Leticia por el sistema de administración delegada, así: diseño, construcción y transporte, seguro de transporte, supervisión de montaje, suministro e instalación del muelle flotante, suministro de los equipos para su normal operación, diseño del punto fijo, construcción de los accesos necesarios, construcción de las instalaciones portuarias, así como los estudios y diseños y demás obras necesarias para el adecuado funcionamiento del puerto". Ver hoja adicional (fl. 19 C.1).

Las "cláusulas adicionales" son de este contenido:

"Primera. Se entenderá incumplido el contrato garantizado que vincula el consorcio contratista y el Fondo cuando éste profiera la resolución que así lo declare y ésta se encuentra ejecutoriada.

"Segunda. La obligación de la aseguradora es alternativa así:

"a) Terminar satisfactoriamente las obras objeto del presente contrato garantizado con una persona natural o jurídica inscrita en el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, con calificación suficiente.

"b) Pagar la suma aseguradora en el primer evento la aseguradora podrá subrogarse en las obligaciones del consorcio contratista, para con el Fondo en cualquier momento, cuando el programa de trabajo e inversiones anexo al contrato garantizado sufra atraso o la interventoría, manifiesta incumplimiento no debido a fuerza mayor.

"En el segundo evento el pago se hará directamente al Fondo.

"Tercera. Cuando el Fondo dé por terminado el contrato en atención a las previsiones a que se refiere el artículo 13 del Decreto extraordinario 222 de 1993, la obligación de la aseguradora dejará de ser alternativa y se traducirá por la obligación exclusiva de indemnizar los perjuicios causados por tal motivo al Fondo.

"Cuarta. Se entienden incorporados al presente contrato de seguro, todas las estipulaciones del contrato garantizado e igualmente todos los documentos que lo determinan, regulan y complementan y adicionan" (fl. 21 C.1).

En los anexos de la póliza expedidos con ocasión de los contratos adicionales se repitieron estas especificaciones.

La sola lectura de las cláusulas correspondientes del contrato garantizado y de la póliza correspondiente dejan sin asidero la argumentación de la demandante, puesto que no queda duda de que la garantía se extendió al "cumplimiento general del contrato", vale decir, a la totalidad de su contenido obligacional dentro del cual se encuentra la rendición oportuna de las cuentas.

Por tanto, y con las modificaciones que la Sala hará de los actos administrativos cuestionados, sus efectos se extienden a la compañía de seguros.

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

FALLA:

Primero. Revócase la sentencia apelada y en su lugar se dispone:

Segundo. Modifícase la Resolución número 009886 de 13 de noviembre de 1985 proferida por el Fondo Vial Nacional hoy Instituto Nacional de Vías, en lo que se refiere al monto de la pena impuesta por esta entidad, y la Resolución número 006793 del 4 de agosto de 1986 que confirmó el acto administrativo anterior, así:

El monto de la pena pecuniaria será por la suma de dos millones seiscientos mil sesenta y siete pesos con cincuenta y siete centavos ($2.600.067.57) y cuarenta y dos mil dólares (US$42.000).

Lo pagado en exceso en pesos colombianos será restituido debidamente actualizado, bien sea al contratista o a la entidad aseguradora por el Instituto Nacional de Vías de conformidad con lo estatuido en el artículo 178 del C. C. A. El valor en dólares lo será en su cantidad nominal, o, en pesos colombianos liquidados al tipo de cambio oficial al momento del pago.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al tribunal de origen, publíquese en los Anales.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en Sala en sesión de fecha veinte de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente Sala; *Juan de Dios Montes Hernández, Daniel Suárez Hernández, Jesús María Carrillo Ballesteros.*

Lola Benavides López, Secretaria Sala.

ACTO CONTRACTUAL - Imposición de multa / POLIZA DE CUMPLIMIENTO - Efectividad / ACCION CONTRACTUAL - Procedencia / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO - Improcedencia / LEY DE CONTRATACION - Aplicación / INTERPRETACION DE LA DEMANDA

Los actos impugnados se refieren a la imposición de multas y a la efectividad de la póliza de cumplimiento por razón del incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista; Se trata, por lo tanto, de actos administrativos contractuales típicos cuyo control jurisdiccional está sujeto por la ley de ejercicio de las acciones previstas en el artículo 87 del C.C.A., circunstancia que había clarificado suficientemente la jurisprudencia bajo la vigencia del Decreto 222 de 1983 y que no ha variado con el régimen introducido por la Ley 80 de 1993, cuyas novedades, en el aspecto, se refieren a los actos separables de los contratos. De modo que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es atinada en estos casos, circunstancia que, sin embargo, para el caso concreto no impide un pronunciamiento jurisdiccional de fondo, pues, por virtud del deber judicial de la interpretación de la demanda se puede situar lo pretendido dentro de la acción correcta, hecha la consideración de que las dos hacen parte del contencioso resarcitorio.

CONTRATO ESTATAL / EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO - Requisito / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Justificación / EQUIDAD / BUENA FE

La Corte Suprema de Justicia ha encontrado en la equidad el fundamento de esta especie de justificación para el incumplimiento contractual de uno de los contratantes y ha señalado los requisitos que dan cabida a la excepción: "que existe entre las partes una relación bilateral obligatoria, en que la parte perseguida sea efectivamente

deudora de una prestación emanada de esa relación, y al mismo tiempo acreedora de una contraprestación no efectuada aun por la otra. En segundo lugar se requiere que el contratante a quien se demanda la ejecución, no se halle forzado por el contrato a satisfacer primero su obligación... El tercer requisito... es la buena fe. Un contratante a quien se exige la ejecución de sus compromisos, no puede resistirse a pagar su prestación, fundándose en la inejecución de los compromisos correlativos del demandante, sino en cuanto esta negativa, justificada por lo demás, es compatible con la lealtad y la confianza recíproca necesarias en la ejecución de los contratos" (sentencia de 15 de diciembre de 1973). Obviamente, la procedencia de la excepción indicada queda sujeta a estos requisitos en cuanto tiene que ver con los contratos que celebran los particulares. En lo que hace a los contratos del Estado, la doctrina se ha dividido entre quienes aceptan la aplicación de la excepción y quienes la rechazan; quienes la acepta se fundamentan en principios de equidad y buena fe; quienes la rechazan toman apoyo en el interés público que nutre el contrato del Estado y que convierte al contratista particular en un verdadero colaborador del servicio público que se trata de satisfacer con el objeto contratado.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., octubre veintiséis (26) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

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

Radicación número 7883.

Actora: Sociedad Ingeniería Eléctrica Civil y de Telecomunicaciones, Ingecitel Ltda.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 19 de marzo de 1992, por cuya virtud decidió:

"1°. Niégase las pretensiones de la demanda.

"2°. Declárase no probada la objeción por error grave.

"3°. Sin costas. (Fl. 330 C.1)

ANTECEDENTES DEL PROCESO

1. El 19 de diciembre de 1987, la sociedad, Ingeniería Eléctrica Civil de Telecomunicaciones Limitada - Ingecitel Ltda.-, demandó, en acción de nulidad y restablecimiento del derecho a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, D.E., con el fin de que se declarase la nulidad de las Resoluciones números 320 de 25 de mayo y 471 de 31 de julio de 1987, expedidas por la gerencia de la empesa demandada, por medio de las cuales se impuso una multa de $3.678.434.90 a la sociedad demandante y se ordenó hacer efectiva la póliza de cumplimiento del contrato.

A título de restablecimiento del derecho pidió se declarase que la compañía de Seguros del Estado S. A., "no tiene que cancelar suma alguna en razón de la Póliza de cumplimiento número 204330 y su Modificación número 80782".

Los hechos que la demandante invocó como fundamento de sus pretensiones se puede resumir de la siguiente manera:

a) Demandante y demandada celebraron el Contrato número 463 cuyo objeto fue "la renovación de 20 kilómetros de tuberías de acueducto en diferentes sectores de la ciudad de Bogotá, incluyendo el suministro de materiales y construcción de obras civiles";

b) Seguros del Estado S. A. expidió la Póliza de cumplimiento número 204330 y su Modificación 80782 cuya vigencia se extendió hasta el 6 de septiembre de 1987;

c) El 25 de mayo de 1987 la gerencia de la empresa demandada expidió la Resolución número 320 que impuso una multa de $3.678.434.90 a la contratista y ordenó hacer efectiva la póliza de cumplimiento;

d) Interpuesto el recurso de reposición, la decisión fue confirmada mediante la Resolución número 471 de 31 de julio de 1987;

e) Durante el desarrollo del contrato la empresa demandada incumplió en forma ostensible las siguientes obligaciones:

– "Elaboración de actas de suspensión de obra, según se estipuló en las cláusulas 9ª literal c) y 27 del contrato..."

– "Elaboración, comprobación y trámite de las actas mensuales de obra ejecutada, convenidas en las cláusulas 20ª y 29ª."

– "Pago oportuno de las cuentas de cobro por avances de obra-"

– "Entrega oportuna de los materiales de construcción, durante la vigencia del contrato".

– "Interventoría permanente sobre las obras objeto del contrato".

La impugnación invocó un cargo único en contra del acto administrativo cuya nulidad reclama; dicho cargo se expresó así:

"Unico cargo. Norma violada: Artículo 1609 del Código Civil. Esta norma consagra la *Exceptio Non Adimpleti Contractus,* al establecer que "en los contratos bilaterales, ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado mientras el otro no lo cumpla por su parte o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempos debidos", principio este aplicable a los convenios administrativos, según los ha sostenido el Consejo de Estado, como defensa de los contratistas ante la administración que también incumple.

"En el caso que nos ocupa está comprobado que la entidad contratante incumplió una serie de obligaciones a que se comprometió contractualmente (hecho 6.), en consecuencia, mal podía inponerle sanciones al contratista por presuntos incumplimientos si ella a su vez estaba violando el contrato en forma ostensible y además tampoco se allanó a cumplir con sus obligaciones en la forma y tiempo establecidos contractualmente". (Fl. 6 C.1)

En la adición de la demanda agregaría que "Los actos acusados en este proceso fueron proferidos con evidente abuso y desviación de poder, toda vez que hubo una clara intención retaliatoria del Gerente de la Entidad demandada contra la Sociedad demandante, como quiera que el Representante Legal de esta última había formulado denuncio penal contra el Gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá por graves irregularidades. No obstante el impedimento existente, de conformidad con el artículo 30 del C.A. en concordancia con el artículo 142, numeral 7 del C. de P.C., el Gerente expidió los actos acusados". (fl. 37 C. 1).

2. La entidad demandada contestó la demanda; aceptó los hechos, salvo el sexto relativo a los pretendidos incumplimientos del contrato porque:

– El contrato jamás fue suspendido; lo que existió fue una prohibición del interventor al contratista de "abrir nuevos frentes de trabajo hasta tanto el contratista entregara las obras iniciadas, dado que por la naturaleza del contrato las actividades debían desarrollarse en un orden lógico preestablecido" que el contratista pretendía desconocer.

– Siempre se suscribieron las actas de obra ejecutada.

– También se hizo el pago oportuno de las cuentas sin reclamación alguna de la contratista.

– No sólo se le entregaron oportunamente los materiales sino que inclusive se efectuaron entregas anticipadas de los mismos.

Señala, en consecuencia, que la empresa contratante cumplió con todas sus obligaciones contractuales al contrario de la firma contratista que incumplió en forma ostensible las suyas, circunstancia que determinó la declaración de caducidad administrativa del contrato.

3. En los alegatos de conclusión la parte actora, además de estimar probados la totalidad de los hechos de la demanda, precisa sobre algunos aspectos específicos lo siguiente:

> "...por el objeto del contrato los términos de exigibilidad de las obligaciones eran muy inciertos. En efecto, a la Sociedad actora le tocaba renovar redes en una extensión de 20 kilómetros en sitios que previamente le señalara la Empresa de Acueducto: Así por ejemplo, un día estaban trabajando en el Minuto de Dios, y otros los enviaban al barrio Ilarco, y otros los mandaban para el barrio Sears. Forma de trabajo que hubiera desbordado la capacidad logística de las más grandes compañías de ingeniería en el país." (Fl. 239 C.1)

En cuanto a los incumplimientos que se reprochan a la entidad pública señala:

> "Por vía de ejemplo, las actas mensuales de obra que debían elaborarse mes a mes, inmediatamente después del período a evaluar, en la mayoría de los casos se hicieron con retraso, lo que acarreaba un grave perjuicio económico para Ingecitel Ltda., toda vez que con base en ellas era que debía pasar sus cuentas de cobro. Veamos pues:
>
> "El acta de liquidación de obra número 1 que correspondía al trabajo elaborado entre el 25 de agosto y el 25 de septiembre de 1986, tan sólo se elaboró hasta el 10 de noviembre de 1986, cuando ha debido elaborarse el 26 de septiembre a más tardar. (Fl. 62. C. ppal). El Acta número 2 se elaboró en noviembre 26 de 1986 y correspondía al período comprendido entre el 25 de septiembre y el 25 de octubre. (Fl. 63 C. ppal.). El desfase en las actas de reajuste de cuentas es aun más notorio, tal como puede apreciarse en las actas respectivas que se allegaron en la Inspección judicial.
>
> "En la correspondencia que obra en el proceso, figuran varias comunicaciones del contratista a la entidad en las cuales solicita le asignen frentes de trabajo, porque en varias ocasiones se suspendió por parte de la Empresa la ejecución del contrato sin que se elaboraran por parte de la Empresa las actas de suspensión respectivas.

"La demora en el pago de las cuentas de cobro fue evidente, tal como aparece también en la correspondencia cruzada, y en ninguna manera es excusa válida la aducida por la apoderada de la Entidad, quien justifica dichos retardos por cuanto no se pagaba hasta el recibo de las obras a satisfacción, cuando precisamente los pagos se iban haciendo en forma parcial a medida que se levantaban las diversas actas de obra. Actas que eran elaboradas por el representante de la entidad, y que en señal de conformidad debían ser rubricadas por el presentante (sic) legal de la firma contratista.

"El retardo de la Entidad en la entrega de materiales a Ingecitel Ltda., fue otro punto de conflicto durante la ejecución del Contrato número 463, este aserto encuentra su prueba en la correspondencia cruzada, en donde aparecen varios reclamos del contratista por este aspecto". (Fl. 241, 242 C.1).

El señor Agente del Ministerio Público se sirve de la directriz expuesta por la Sala en sentencia de 16 de febrero de 1984 (exp. 2509) en relación con la excepción de contrato no cumplido para concluir, en el caso concreto, que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad de que están revestidos los actos administrativos impugnados.

4. En este estado del proceso el tribunal llamó, a título de litisconsorte, a la compañía Seguros del Estado, la cual coadyuvó "...las pretensiones solicitadas en el libelo principal...", ratificó los hechos y pidió pruebas. Dentro del período probatorio, el apoderado de la demandante objetó, por error grave, el concepto pericial practicado en el proceso.

5. El Tribunal *a quo* desestimó la objeción que, por error grave, había formulado la parte demandante, pues,

"En el escrito de proposición de la objeción el reclamante se limita a afirmar que el trabajo pericial no tiene un debido sustento, tal escrito olvida que:

" a) una tesis que carece de fundamento, no por ello resulta equívoca, ya que la falta de éstos conlleva a demeritar su seriedad y restarle valor probatorio pero no a concluir su error;

" b) aparte de afirmar el error grave de la prueba pericial, debe explicarse en qué consiste además de probarse;

" c) el demandante omitió solicitar pruebas que acreditarán su versión "(fl. 322).

Encontró una equivocación en la invocación de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que se hizo en la demanda pero concluyó que, por esa sola circunstancia, no había lugar a calificarla de inepta.

En cuanto al fondo de las pretensiones, después de hacer algunas anotaciones relativas a las objeciones que el señor Agente del Ministerio Público formulara a la demanda, sostiene:

"Ello sin embargo, no obstaculiza se reclame la prueba de los hechos que sirven de sustento a su demanda, de manera concreta pues correspóndele en primer lugar, y como regla general probar el supuesto de hecho de la norma sustantiva que consagra sus propuestas, a saber, el contrato no cumplido y la de desviación de poder.

"Alegándose como primerísima razón, que el interventor no levantó actas de suspensión de obra, tenemos que ello no sólo no se probó, sino además que tal obligación no se pactó en el contrato, ni surge de la ley, entre otras razones porque resulta no racional, que en el contrato se pactara su suspensión ya que se celebra para ejecutarlo.

"Y como se alegara enseguida otra serie de circunstancias, correspondiéndole al actor probar.

"E igualmente deberá establecer, si la denuncia penal fue formulada antes de los actos administrativos demandados, y si estos tuvieron un afán de venganza por la formulación de aquella.

"Pero además, para que la excepción se le admita, ha de probar no cualquier clase de incumplimiento, sino uno que tenga verdadera relievancia dentro del contrato.

"Imputándose a la administración el retardo en el pago de las actas mensuales de obra encontramos que ellas fueron firmadas por los dos contratantes (folios 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75 del C. 1), y el único elemento adicional al respecto son los documentos que aparecen a folio 122 cuad. número 1, donde éste confiesa su propio incumplimiento.

"Atribuyéndose a la administración la mora en el pago de las actas parciales de obra, los oficios de folios 85, 91, 93 y 106 del C.1 257, 298, 302, 305, 312 y 315 del cuad. 2, que se refiere a ello, provienen del demandante y el oficio del folio 192 cuad. 1 que proviene del demandado, habla de la demora en el pago por culpa del contratista.

"Con relación a la entrega de materiales se encuentran los oficios 250, 251 y 255 del cuad. 2, firmados por el demandante.

"Con relación a la entrega de materiales se encuentran los oficios 150, 251 y 255 del cuad. 2, firmados por el demandante.

"No hay ninguna prueba que pemita afirmar que el interventor de la obra, no cumplía con su encargo, como lo afirma el actor y al contrario toda la documentación reseñada hasta ahora, enseña que el interventor fue celoso en el cumplimiento de su trabajo y que para resolver problemas de la ciudadanía en los lugares en que se suspendían las conduciones de agua, éste prestó herramientas y personal del acueducto, urgiendo en muchos casos a los demandantes, para que cumplieran con las tareas que se les encomendaban.

Pero, resáltase que la interventoría no es obligación del contrato, es un derecho del dueño de la obra.

"Por último, la denuncia penal se formuló el ocho de septiembre de mil novecientos ochenta y siete (1987), a las diez y cincuenta y cinco de la mañana (folio 1 cuad. 3), después de la producción de las resoluciones que aquí se impugnan, tal como lo dice la empresa, siendo posteriores sino anteriores no pueden ser retaliación, como lo afirma el demandante.

"CONCLUSIONES: A pesar que la demanda no es un modelo de técnica ella permite indagar sobre la verdadera voluntad del demandante y en examen del asunto de fondo se llega a la conclusión de que la administración cumplió con las obligaciones contractuales y desarrolló una conducta negocial acorde con el deber de colaboración y el principio de la buena fe, razones que deben llevar a desestimar (sic) las pretensiones que se fundan en el incumplimiento de la empresa contratante y si impuso multas lo hizo en cualquier caso por razón distinta al proceso penal." (Fl. 327, 328, 329 C. N° 1).

6. La parte demandante no quedó conforme con lo decidido por el Tribunal y expresó su inconformidad en el recurso de apelación, la cual, dijo, se fundamentaba en que el fallo de primera instancia no tuvo en cuenta los medios probatorios existentes en el proceso que demuestran el incumplimiento contractual de la entidad pública. Específicamente se refiere a las comunicaciones cruzadas entre los contratistas en las que se "da cuenta pormenorizada de los continuos reclamos de la demandante en relación con tales incumplimientos", consistente en los hechos señalados en la demanda...

En los alegatos de conclusión en esta instancia, la parte demandada solicitó la confirmación del fallo.

El demandante insistió en los argumentos que había expuesto en oportunidades procesales anteriores.

LA SALA CONSIDERA

1. Sobre la acción intentada

Los actos impugnados se refieren a la imposición de multas y a la efectividad de la póliza de cumplimiento por razón del incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista; en efecto, la Resolución número 320 del 25 de mayo de 1978 impuso a la sociedad demandante una multa por $3.678.434.90 y ordenó hacer efectiva la póliza de cumplimiento; la número 471 de 31 de julio del mismo año confirmó lo decidido por la primera frente al recurso de reposición interpuesto.

Se trata, por lo tanto, de actos administrativos contractuales típicos cuyo control jurisdiccional está sujeto por la ley al ejercicio de las acciones previstas en el artículo 87 del C.C.A., circunstancia que había clarificado suficientemente la jurisprudencia bajo la vigencia del Decreto 222 de 1983 y que no ha variado con el régimen introducido por la Ley 80 de 1993, cuyas novedades, en este aspecto, se refieren a los denominados actos separables de los contratos.

De modo que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es atinada en estos casos, circunstancia que, sin embargo, para el caso concreto no impide un pronunciamiento jurisdiccional de fondo, pues, por virtud del deber judicial de la interpretación de la demanda se puede situar lo pretendido dentro de la acción correcta, hecha la consideración de que las dos hacen parte del contencioso resarcitorio.

2. Sobre la sanción impuesta

En el expediente aparece probado lo siguiente:

a) El 6 de junio de 1996, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, suscribió con la firma demandante el Contrato número 463 "para la renovación de 20 kms de tuberías de acueducto en diámetros de 3", 4" y 6" en diferentes sectores de la ciudad de Bogotá, por un valor estimado de $36.784.349.01", obras que se debían desarrollar en un "plazo aproximado" de doce meses, para lo cual el contratista debía someter a la empresa "dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de la carta de aceptación de la propuesta por parte de la Empresa un programa detallado de construcción y un programa de inversiones mensuales...";

b) El 25 de mayo de 1987, el gerente de la empresa estatal expidió la Resolución número 0320, por virtud de la cual decidió:

> "Artículo primero. Imponer a la firma Ingecitel Ltda., representada legalmente por Josué Hernando Riveros R., con cédula de ciudadanía número 17.125.069

de Bogotá, una multa por la cantidad de tres millones seiscientos setenta y ocho mil cuatrocientos treinta y cuatro con 90/100 ($3.678.434.90) m/cte.

"Artículo segundo. Hace efectiva la Póliza de cumplimento número 204330 y su modificación número 80782, expedida por Seguros del Estado vigente hasta el día 06-09-87, de que trata la cláusula octava del Contrato número 463, hasta por la cantidad establecida en el artículo anterior". (fl.19. C-1).

c) Las razones que determinaron la sanción pecuniaria fueron fundamentalmente éstas según lo consigna la propia resolución en algunos de sus considerandos:

"Que en el desarrollo del contrato, se ha presentado un reiterado incumplimiento por parte del contratista lo que motivó los oficios SO-IROM-026 del 15 de septiembre de 1986, y SO-IRON-026 del 15 de noviembre de 1986 y SO-IRON-028 del 14 de noviembre de 1986, memorandos de fecha 19 de noviembre y 24 de septiembre de 1986, oficios 3-DOM-032 del 1 de diciembre de 1986, 005-IROM-87 del 3 de marzo de 1987, IROM-009-87 del 26 de marzo de 1987, IROM 012-87 del 1 de abril de 1987 y 3 IROM-016/87 del 16 de mayo de 1987.

"Que haciendo caso omiso a los anteriores requerimientos y advertencias la firma Ingecitel Ltda., continuó incumpliendo los términos del contrato citado, sin allanarse a la solución de las anomalías presentadas.

"Que el numeral 3 del literal a de la cláusula décima del contrato faculta a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá para imponer multas al contratista por el incumplimiento de sus obligaciones, equivalente al 0.2 % del valor del contrato por cada día calendado de atraso en el cumplimiento del avance mensual que el contratista se comprometió a ejecutar de acuerdo con el programa básico de construcción.

"Que de acuerdo con su propuesta y con los programas de obra aprobados por la Empresa, el día 5 de mayo de 1987 el contratista debería tener instalados 13.880 metros de tubería a razón de 1.000 metros cada 18 días.

"Que para esa fecha únicamente tenía instalada la cantidad de 6.741.40 metros de tubería, encontrándose un atraso de 128 días" (fl. 17, 18 C. 1).

La decisión administrativa que se acaba de reseñar originó la controversia, pues la contratista estimó que la empresa distrital había quebrantado el artículo 1609 del C. C.; para demostrarlo, adujo que dicha empresa había violado sus obligaciones contractuales en cuanto no se habían elaborado las actas de suspensión

de obra, en cuanto a la "elaboración, comprobación y trámite de las actas mensuales de obra ejecutada", el pago oportuno de las cuentas por avances de obra, la entrega oportuna de los materiales de construcción y la interventoría permanente sobre las obras. Por consiguiente descalificó la actuación administrativa en cuanto no podía exigir el cumplimiento del contrato cuando ella misma había desconocido sus propias obligaciones contractuales, alegando la excepción de contrato no cumplido.

3. **La excepción de contrato no cumplido**

Aparece consagrada en el artículo 1.609 del C.C., bajo el siguiente texto:

"En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos".

La Corte Suprema de Justicia ha encontrado en la equidad el fundamento de esta especie de justificación para el incumplimiento contractual de uno de los contratantes y ha señalado los requisitos que dan cabida a la excepción: "que exista entre las partes una relación bilateral obligatoria, en la cual la parte perseguida sea efectivamente deudora de una prestación emanada de esa relación y al mismo tiempo acreedora de una contraprestación no efectuada aún por la otra. En segundo lugar se requiere que el contratante a quien se demanda la ejecución, no se halle forzado por el contrato a satisfacer primero su obligación... El tercer requisito... es la buena fe. Un contratante a quien se exige la ejecución de sus compromisos, no puede resistirse a pagar su prestación, fundándose en la inejecución de los compromisos correlativos del demandante, sino en cuanto esta negativa, justificada por lo demás, es compatible con la lealtad y la confianza recíprocas necesarias en la ejecución de los contratos" (sentencia de 15 de diciembre de 1973).

Obviamente, la procedencia de la excepción indicada queda sujeta a estos requisitos en cuanto tiene que ver con los contratos que celebran los particulares. En lo que hace a los contratos del Estado, la doctrina se ha dividido entre quienes aceptan la aplicación de la excepción y quienes la rechazan; quienes la aceptan se fundan en principios de equidad y buena fe; quienes la rechazan toman apoyo en el interés público que nutre el contrato del Estado y que convierte al contratista particular en un verdadero colaborador del servicio público que se trata de satisfacer con el objeto contratado.

La tesis expuesta por la Sala en sentencia del 16 de febrero de 1984, sobre ponencia del doctor José Alejandro Bonivento Fernández (Anales del Consejo de Estado, primer semestre de 1984, pgs. 613 y ss.), recibió importantes precisiones que hoy ratifica la Sala en el fallo del 31 de enero de 1991 del cual fue ponente el doctor Julio César Uribe Acosta (Extracto de Jurisprudencia, tomo XI., pgs. 440 y ss.); allí se dijo:

"Dada la importancia jurídica del tema, la Sala desea detenerse en este punto, para recordar que buena parte de la doctrina se muestra reticente para aceptar este medio de defensa en la contratación administrativa. Así el Profesor Jean Rivero, en su obra "Derecho Administrativo", enseña:

"1. Si es la administración la que está en falta, se descarta el derecho común que permite al contratante ampararse detrás de la *exceptio nom adimpleti contractus* para suspender la ejecución de sus propias obligaciones; el particular permanece obligado a ejecutar, sea cual sea la falta de la administración; sólo puede dirigirse al juez en el caso de una acción de compensación por daños y perjuicios, o pedir la resolución en caso de falta muy grave (obra citada. Traducción de la 9ª Edición. Instituto de Derechos Público. Universidad Central de Venezuela. Caracas 1984, pag. 37)

"A su turno, Héctor Jorge Escola, al discurrir dentro del mismo temperamento, enseña:

"Ahora bien: vinculada de algún modo con la teoría del hecho de la administración, debe estudiarse ahora una cuestión que se ha prestado a algunas discusiones en la doctrina, como es la de determinar si tiene o no aplicación, en el ámbito de los contratos administrativos, la clásica *exceptio non adimpleti contractus,* de tradicional vigencia en el derecho privado.

"En el derecho común, como es sabido, se ha admitido de antiguo que en los contratos bilaterales las obligaciones a cargo de una de las partes son correlativas de las que quedan a cargo de la otra, por lo que sería injusto que una de ellas pudiese exigir el cumplimiento de las que corresponden a su cocontratante, sin que a su vez haya cumplido las que a ella le corresponde.

Por eso, en el derecho romano se aceptó que la parte a la cual se demandaba la ejecución de un contrato, podía hacer rechazar la demanda alegando el incumplimiento del actor, por medio de una *exceptio doli,* a la que los comentaristas designaron posteriormente bajo el nombre de *exceptio non adimpleti contractus,* la que pasó a la mayoría de las legislaciones antiguas y modernas, siendo incluida en nuestro Código Civil en los términos en que lo hace en su artículo 1201.

"Así concebida, la *exceptio* referida ha sufrido en nuestro medio algunas restricciones, en cuanto la jurisprudencia ha establecido que para que prospere debe referirse a obligaciones principales y no accesorias del contrato, así como el incumplimiento sea de naturaleza grave.

"En el derecho público, y en especial en el derecho administrativo, es predominante la opinión de que la *exceptio non adimpleti contractus* no

puede se trasladada ni aplicada respecto de los contratos administrativos, aun cuando se reconoce la existencia de criterios favorables a su aplicación, en mayor o menor grado a estos contratos.

"Por nuestra parte, nos adherimos a la opinión de quienes sostiene que la *excepto nom adimpleti contractus* no tiene cabida en el contrato administrativo, teniendo en cuenta, para afirmar esta conclusión, las siguientes circunstancias:

"El contrato administrativo persigue un fin de interés público, lo que origina que en él se reconozcan principios y potestades exorbitantes del derecho privado entre ellos el principio de la continuidad en la ejecución, al cual nos referimos en el número 87, y que se vería afectado por la posibilidad de la aplicación de la *exceptio*.

"2. El contratante particular no es un simple contratante, sino que adquiere en el contrato administrativo el papel de un verdadero colaborador de la administración pública en el logro de aquel fin, por lo que debe hacer todo lo que esté de su parte para alcanzarlo.

"3. La *exceptio* que nos ocupa encuentra su razón de ser en principios y fundamentos que no se concilian con los que dan basamento al derecho administrativo, con los cuales se halla, incluso, en contradición.

"Pero si rechazamos la posibilidad de que en el contrato administrativo pueda plantearse la *exceptio non adimpleti contractus,* de la misma forma como se lo hace en el derecho privado, eso no significa que aceptemos que el cocontratante particular quede totalmente desarmado frente al incumplimiento de las obligaciones correlativas de la administración y que deba cumplir las suyas a outrance, puesto que tal resultado sería manifiestamente injusto y también inmoral para la administración pública, que no puede sacrificar de esa manera a quien es su colaborador.

"En este sentido, como ya lo dijimos, cobra especial importancia la aplicación de la teoría del hecho de la administración, no sólo en cuanto su conducta puede llevar a la imposibilidad absoluta de ejecutar el contrato, sino sobre todo a la "razonable" imposibilidad de cumplirlo, teoría que guarda perfecta correlación con las exigencias del interés público y los principios de la contratación administrativa. El incumplimiento de las obligaciones adquiridas en el contrato por la administración vendría a constituir, a ese fin, un hecho de esta que podría alegarse como tal.

Además, siempre el cocontratante particular tendrá la posibilidad de reclamar la indemnización de los daños y perjuicios que le haya ocasionado el incumplimiento administrativo y, eventualmente, de solicitar las demás medidas que sean conducentes a la defensa de sus derechos.

"Lo que negamos es que pueda articularse en el contrato administrativo, frente a un incumplimiento de la administración, *exceptio* que tendría tan rigurosos efectos para las relaciones contractuales administrativas y para lo que con ellas quiere lograrse.

"El sistema propuesto resulta preferible, a nuestro juicio, a la simple admisión de un principio de derecho privado que no guarda relación con la estructura de la contratación administrativa, llegándose a iguales resultados, sin los inconvenientes doctrinales y prácticos que se derivan de la admisión de la *exceptio non adimpleti contractus* (Tratado Integral de los Contratos Administrativos. Volumen I. Parte General Ed. Depalma, pags. 435-438).

"En su obra "Responsabilidad Contractual de la Administración Pública", Editorial Temis 1989, el doctor Rodrigo A. Escobar Gil. Al ocuparse del estudio de este tema, recuerda:

"Ariño Ortiz en su magistral estudio, al explicar el origen administrativo del principio de la equivalencia económica, no extrae de sus argumentos sus últimas consecuencias por interpretar el principio desde una rigurosa perspectiva administrativa. Dice el autor.

"El origen administrativo de este principio, es en definitiva, la excepción al principio general de la lex comisoria (art. 1124 del C.C., 1) lo que juega a favor de la administración en los contratos administrativos y la común inexigibilidad del facere respecto de la administración y 41 del pliego general de 1903, el quebrantamiento del contrato por la administración, incluso de las cláusulas inmutables de las concesiones, no genera a favor del contratista la **exceptio non adimpleti contractus,** precisamente por las potestades de modificación o de suspensión de que aquella goza.

"Así pues, deberá seguir en el cumplimiento del mismo, si bien tendrá derecho después a la correspondiente compensación por equivalente (art. 40 y 54, en relación con el 565 del pliego 903, y sobre todo, art. 56 del R.C.C.L., donde el principio está perfectamente enunciado).

"No obstante la especialidad administrativa del principio, su fundamento es la reciprocidad de las prestaciones, consubstancial a los contratos bilaterales, pues si en la regulación de éstos en el derecho privado, se han instituido las técnicas de la lex comisoria, del facere, y de la *exceptio non adimpleti contractus,* es para segurar la vigencia de la reciprocidad de las prestaciones y de la equivalencia económica. Al no existir estas técnicas propias del derecho privado en el contrato administrativo, porque serían compatibles con las exigencias del interés general, era necesario instituir un dispositivo para compensar al contratista por los perjuicios derivados del ejercicio de los poderes exorbitantes de la administración, y así reservar

el contenido sinalagmático del negocio jurídico; lo que constituye la razón jurídica de la teoría de la equivalencia económica.

"En efecto la reciprocidad de las prestaciones le dan una fisonomía especial al contrato bilateral, que se manifiesta no sólo en la celebración del negocio jurídico sino durante toda la vida de la relación jurídica (obra citada, pags. 106-107), (destacado de la Sala).

"No obstante la perspectiva jurídica anterior, la Sala se inclina por la tesis de quienes predican que la *exceptio non adimpleti contractus* sí tiene cabida en la contratación administrativa, pero no con la amplitud que es de recibo en el derecho civil, pues se impone dejar a salvo el principio de interés público que informa el contrato administrativo. El contratista, en principio, está obligado a cumplir con su obligación, en los términos pactados, a no ser que por las consecuencias económicas que se desprenden del incumplimiento de la administración se genere una razonable imposibilidad de cumplir para la parte que se allanare a cumplir, pues un principio universal de derecho enseña que a lo imposible nadie está obligado. No basta, pues, que se registre un incumplimiento cualquiera, para que la persona que ha contratado con la administración por sí y ante sí deje de cumplir con sus deberes jurídicos. Así, y por vía de ejemplo, si la administración está obligada a poner a disposición del contratista el terreno donde se ha de levantar la obra y no lo hace, o no paga el anticipo, ¿cómo pretender obligar a la parte que con esa conducta se ve afectada a que cumpla, así sea pagando por anticipado el precio de su ruina? A estos extremos no se puede llegar, pues los principios generales que informan la contratación administrativa, tales como el de la buena fe, la justicia, ete., lo impiden. Será el juez, en cada caso concreto, el que valorará las circunstancias particulares del caso para definir si la parte que puso en marcha la *exceptio non adimpleti contractus* se movió dentro del marco de la lógica de lo razonable o no.

"En apoyo de esta perspectiva viene el profesor Miguel Angel Bercaitz, quien en su obra "Teoría General de los Contratos Administrativos", Ediciones Depalma, 1980, pag. 371, enseña:

"Pero este principio no es absoluto y tiene sus límites. Rectificamos en tal sentido lo dicho en la primera edición de nuestra obra. Concordantemente, expresa Escola que si bien es correcto el "criterio de quienes sostiene que la *exceptio non adimpleti contractus* no tiene cabida en el contrato administrativo...", la aplicación de la teoría de la "razonable" imposibilidad de ejecutar esos contratos, vinculada, a su vez a la teoría del hecho de la administración y a las consecuencias que son propias de éste, permite solucionar todas las situaciones que puedan presentarse, de manera adecuada.

"En determinadas circunstancias, el cocontratante podrá oponer a la Administración la defensa de *non adimpleti contractus,* o a las que indica Escola, e inclusive pedir la rescisión del contrato cuando la inejecución de sus obligaciones en tiempo oportuno por la Administración, haga imposible razonablemente el cumplimiento de las asumidas por él.

"Tal falta el caso de la falta de entrega del terreno donde debe ejecutarse una obra pública, o la de los planos, elementos, o materiales que la Administración se obligó a suministrar o de los originales para un trabajo tipográfico, o devolución de las pruebas corregidas, etc.

"En el caso en comento, el sentenciador encuentra que los hechos invocados no tenían ni tienen el universo que se deja definido, y por lo mismo, no autorizaban a la firma demandante a proceder como procedió" (pags. 440 a 444) Extractos de Jurisprudencia Tomo XI de 1991. Consejo de Estado).

En el presente caso, y siguiendo las directrices anteriores se tiene que existe una doble rezón para negar las pretensiones de la demanda, a saber:

De una parte, la demandante no demostró los hechos que ella señaló como constitutivos de incumplimiento de la empresa estatal; en efecto: no está demostrado que la obra se hubiese suspendido; hasta donde las pruebas recolectadas en el expediente lo permiten, el juzgador infiere que frente a las deficientes condiciones con que se venían ejecutando los trabajos lo cual generó noticias de prensa, reclamaciones de la ciudadanía, llamados de atención de la entidad pública al contratista, se decidió no autorizar la apertura de nuevos frentes de trabajo, vale decir nuevas excavaciones, hasta tanto los trabajos iniciados quedasen perfectamente cumplidos y recibidos a satisfacción; tal decisión no significa suspensión del contrato o de la obra; se trata simplemente de seguir una programación que cause los menores traumatismos a los usuarios, tanto del servicio de acueducto como de las vías públicas.

Las actas por obra ejecutada se elaboraron, lo mismo que las de reajuste, y copia de ellas obra en el expediente como lo registra la sentencia de primera instancia; el pago de las mismas requiere del cumplimiento de ciertas cargas por parte del contratista tales como la presentación, en regla, de la cuenta correspondiente; el retraso de los mismos no está probado; otro tanto ocurre con la entrega de los materiales que, a juicio de la demandante, no fue oportuno, y con el ejercicio de la interventoría que, por los indicativos procesales, fue diligentemente adelantada.

2. Pero, además, e incluso si los hechos descritos se hubiesen acreditado en el proceso, ninguno de ellos reviste tal entidad que amerite el incumplimiento de las obligaciones del contratista.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia,

FALLA:

Confírmase el fallo apelado.

Se deja Constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en Sala en sesión de fecha veintiséis (26) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala, Juan de Dios Montes Hernández, Daniel Suárez Hernández, Jesús Mª, Carrillo Ballesteros.

Lola Benavides López, Secretaria Sala.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración Sentencia del 16 de febrero de 1984, sobre ponencia del doctor José Alejandro Bonivento Fernández (Anales del Consejo de Estado, primer semestre de 1984, pgs. 613 y ss.), ratifica la Sala en el fallo de 31 de enero de 1991 del cual fue ponente el doctor Julio César Uribe Acosta.

CONTRATO ESTATAL - Controversias de carácter ejecutivo / PROCESO EJECUTIVO - Trámite / LEY DE CONTRATACION - Aplicación.

El artículo 75 de la Ley 80 de 1993 determinó que las controversias de carácter ejecutivo, originadas en CONTRATOS ESTATALES, serán del conocimiento de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Nada dijo sobre juez competente ni trámite especial por seguir. Por ello esta Sección ha indicado que los factores determinantes de la competencia, tales como territorio y cuantía habrán de ser tenidos en cuenta para deducir aquella. El punto relacionado con el trámite también se ha dicho que habrá de serlo el previsto para el proceso ejecutivo de mayor cuantía de que tratan los artículos 488 y ss. del C. de P. C.

OBLIGACION CLARA, EXPRESA Y EXIGIBLE - Concepto

Bien sabido es que habrá lugar al cobro ejecutivo de créditos contenidos en documentos auténticos, provenientes del deudor o de su causante, que contengan obligaciones claras, expresas y exigibles. La obligación resulta clara cuando es diáfana; se dice que la obligación es expresa cuando es manifiesta y no hay necesidad de lucubrar para deducirla o inferirla sino que brota del título de manera elemental; y exigible cuando no se encuentra sometida a plazo ni a condición y si se trata de obligación pura y simple se ha surtido el requerimiento si fuere necesario, en las circunstancias previstas en el artículo 1608 del C. C.

CONTRATO ESTATAL / TITULO EJECUTIVO COMPLEJO / OBLIGACION CLARA - Inexistencia

Se mezclan supuestas obligaciones de varias relaciones jurídicas, sin precisarlas y mucho menos demostrarlas sin indicar su verdadero origen y sin que hubiere probado otra u otras relaciones jurídicas

derivadas de negocios diferentes del contrato 04 de 1994, indispensables para integrar el título ejecutivo complejo. Así las cosas, las obligaciones cuya satisfacción se pretende satisfacer coercitivamente no resultan claras, como tampoco manifiestas o expresas y por carencia del contrato o contratos anteriores al 04 de 1994 tampoco puede deducirse si son exigibles o no. La Sala observa que el proceso ejecutivo no se ha establecido precisamente para eludir el trámite del proceso de conocimiento con miras a obtener condenas judiciales, sino que aquel es un instrumento de carácter excepcional para lograr la satisfacción coercitivamente de obligaciones insatisfechas pero que cumplen los requisitos de ser claras, expresas y exigibles.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiséis (26) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente número 11203.

Actora: Sociedad Quijano Rueda Hermanos.

Demandado: Municipio de Ciénaga.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación incoado por la parte actora contra el Auto de 8 de marzo de 1995, proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante el cual resolvió: "Abstenerse de librar mandamiento de pago en contra del Municipio de Ciénaga, solicitado por la sociedad Quijano Rueda Hermanos Ltda.".

Adujo para ello el a quo que los documentos acompañados con la demanda no reúnen los presupuestos de claridad y exigibilidad de la obligación conforme al artículo 488 del C. de P.C., dado que los mismos no permiten determinar la existencia de una obligación clara y actualmente exigible a cargo del municipio de Ciénaga, teniendo en cuenta que la factura por valor de $24.613.684 correspondiente al monto del contrato número 4 de febrero 28 de 1994, "no corresponde a una realidad incuestionable" y no permitía al Alcalde ordenar pagar el 7 de marzo de 1994 la cantidad total del contrato cuando el primer abono debió hacerse el 28 de marzo del mismo año, más aun si no aparece demostrada la entrega de los materiales ni su recibo de parte del Municipio. Asimismo, los comprobantes de egresos números 1689 y 1690 por suministro de materiales no permiten deducir que se trata del

mismo contrato, situación que encuentra similar frente a la Resolución número 497 de 1991 presentada conjuntamente con una cuenta de cobro por la suma de $2.343.540.00 supuestamente de gastos financieros pero sin establecer si son de otra negociación o se atribuyen al contrato número 04 de 1994.

Por último, respecto a la Resolución número 496 de 1991 que reconoce un reajuste de precios de materiales facturados y entregados, estima el Tribunal que no se puede sustituir el proceso de conocimiento pertinente donde se declare el incumplimiento por otro de ejecución.

El impugnante aduce que doctrinaria y jurisprudencialmente las características de título ejecutivo son:

Que debe estar por escrito y constar en él una obligación clara donde aparezcan determinados el **objeto, sujetos y la causa,** esta última sostiene que puede omitirse. Además la obligación de hacer exigible y provenir del deudor para así constituir plena prueba contra el mismo.

Argumenta que conforme lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia para efecto de dictar mandamiento ejecutivo, sólo debe examinarse el título y este para ser tal "basta que contenga una obligación expresa, clara y exigible contra el deudor, sin que haya lugar a investigar sobre si el acreedor ha cumplido o no con sus prestaciones, lo cual debe examinarse y probarse en excepciones".

Para culminar su argumentación sostiene el impugnante:

"Por lo anteriormente expuesto, no le es dado a esa Corporación estudiar o investigar si el Alcalde pudo o no en forma legal firmar la Factura Proforma de fecha 7 de marzo de 1994, donde RECONOCIO deber a la Sociedad Quijano Rueda Hermanos Ltda. la suma expuesta, tampoco le es dado a esa Corporación enjuiciar los documentos de egresos indicados, ya que no hay duda de que provienen del deudor, debidamente firmados. Para ello está instituida la de pago y la consiguiente oportunidad para proponer de parte del demandado todas las excepciones y hechos encaminados a discutir lo expresado en los TITULOS base del recaudo ejecutivo. Solicito finalmente se revoque el auto recurrido y se proceda, conforme con el derecho, dictar el MANDAMIENTO EJECUTIVO DE PAGO contra el Municipio de Ciénaga, conforme con las pretensiones planteadas en la demanda" (folio 35).

Para resolver,

SE CONSIDERA

a) El artículo 75 de la Ley 80 de 1993 determinó que las controversias de carácter ejecutivo originadas en CONTRATOS ESTATALES serán del conocimiento de la jurisdicción Contencioso-Administrativa. Nada dijo sobre Juez

competente ni trámite especial por seguir. Por ello esta Sección ha indicado que los factores determinantes de la competencia, tales como territorio y cuantía, habrán de ser tenidos en cuenta pra deducir aquella. En punto relacionado con el trámite también se ha dicho que habrá de serlo el previsto para el proceso ejecutivo de mayor cuantía de que tratan los artículos 488 y ss. del C. de P. C.;

b) Bien sabido es que habrá lugar al cobro ejecutivo de créditos contenidos en documentos auténticos, provenientes del deudor o de su causante, que contengan obligaciones claras, expresas y exigibles.

La obligación resulta clara cuando es diáfana; se dice que la obligación es expresa cuando es manifiesta y no hay necesidad de lucubrar para deducirla o inferirla, sino que brota del título de manera elemental; y exigible cuando no se encuentra sometida a plazo ni a condición y si se trata de obligación pura y simple se ha surtido el requerimiento si fuere necesario, en las circunstancias previstas en el artículo 1608 del C.C.;

c) En auto de marzo 8 de 1995, el a quo cuestiona certeramente la conducta del Alcalde de Ciénaga cuando el 7 de marzo de 1994 ordenó pagar la totalidad del valor del contrato número 04 de 1994, contrariando la cláusula 3ª del mismo que previó el pago en dos instalamentos y en las oportunidades allí señaladas; por otra parte el Tribunal también acierta al echar de menos la prueba sobre la entrega de los materiales y el recibo a satisfacción del Municipio. Adicionalmente en la providencia recurrida se cuestionan los comprobantes de egreso números 1689 y 1690, por suministro de materiales, referidos a épocas bien lejanas a la del contrato número 04 de 1994, como también que la Resolución número 497 de diciembre de 1991 mediante la cual se reconoce la cantidad de $2.343.540, correspondiente a costos financieros, resulta bien antecedente en el tiempo a la vigencia del contrato número 04 de 1994. En igual sentido el a quo glosa la Resolución 496 de diciembre 17 de 1991, según la cual se reconoce reajuste de precios de unos materiales supuestamente facturados y entregados por la demandante, pero sin que se haga claridad de qué negocio emana y sin establecer si la relación jurídica pretérita al contrato número 04 de 1994 fue objeto de liquidación o no y cuál su saldo y a favor de quién;

d) Se trata en el *sub lite* de un título ejecutivo complejo o compuesto y por lo mismo debió hacerse claridad desde la propia demanda, la que entre otras cosas ni siquiera aparece firmada o suscrita por el apoderado de la parte demandante, como bien puede apreciarse a folio 6 del expediente, omisión que pone de presente, por sí sola, el descuido absoluto del profesional del derecho a quien se le confió el encargo profesional respectivo. Adicionalmente, a folio 3 en el capítulo "PRETENCIONES" (sic) la demandante solicita mandamiento de pago por valor total de $32.655.831.08, más intereses bancarios corrientes y moratorios, sin

individualizar los diversos rubros por capital y por accesorios, cuando en la desordenada narración de hechos se dice que el importe total del contrato número 04 de 1994 es de $24.613.684.

En síntesis, se mezclan supuestas obligaciones de varias relaciones jurídicas, sin precisarlas y mucho menos demostrarlas sin indicar su verdadero origen y sin que se hubiere probado otra u otras relaciones jurídicas derivadas de negocios diferentes del contrato 04 de 1994, indispensables para integrar el título ejecutivo complejo. Así las cosas, las obligaciones cuya satisfacción se pretende satisfacer coercitivamente no resultan claras, como tampoco manifiestas o expresas y por la carencia del contrato o contratos anteriores al 04 de 1994 tampoco puede deducirse si son exigibles o no.

La Sala observa que el proceso ejecutivo no se ha establecido precisamente para eludir el trámite del proceso de conocimiento con miras a obtener condenas judiciales, sino que aquel es un instrumento de carácter excepcional para lograr la satisfacción coercitivamente de obligaciones insatisfechas pero que cumplen los requisitos de ser claras, expresas y exigibles.

La Sala confirmará el auto recurrido por encontrarlo ajustado a dercho y a la ley.

Por lo expuesto, la Sección Tercera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

CONFÍRMASE el auto materia de apelación, esto es el de 8 de marzo de 1995 mediante el cual el Tribunal Administrativo del Magdalena negó el mandamiento de pago en el proceso de la referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase, publíquese en los **Anales del Consejo de Estado.**

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha veintiséis (26) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente; Daniel Suárez Hernández, Jesús María Carrillo Ballesteros, Juan de Dios Montes Hernández.

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

CONCILIACION - Efectos / LLAMAMIENTO EN GARANTIA / ECONOMIA PROCESAL / ACCION DE REPETICION

Se recuerda cómo en forma reiterada se ha sostenido que bien puede llevarse a cabo la conciliación de las pretensiones de la relación principal, esto es, la de demandante-demandado, con el consecuencial efecto de cosa juzgada, para continuar el proceso con la segunda relación, es decir, la de la parte demandada y el llamado en garantía y definir esta última mediante sentencia que dé lugar a la acción de repetición prevista en el segundo inciso del artículo 90 de la C.P. Se ha dicho igualmente que tal solución desde el punto de vista de la descongestión de los despachos judiciales le evita a la entidad demandada la iniciación de un nuevo proceso en ejercicio de la acción de repetición, a más de facilitar el desarrollo en la continuación del proceso dado que se reduce a la relación secundaria, de por sí más sencilla y descomplicada en tanto que no exige un pronunciamiento sobre la responsabilidad de la entidad, resuelta con la conciliación, sino que le queda por definir en forma concreta si el comportamiento del llamado en garantía fue doloso o gravemente culposo y si fue influyente en la conciliación. Dado que no se observa causal alguna de nulidad que lo afecte, ni resulta lesiva para los intereses estatales. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de que el proceso continúe hasta su terminación entre la entidad demandada y el llamado en garantía con el objeto de establecer si este último obró en forma dolosa o culposamente grave y si su comportamiento incidió en la responsabilidad de la parte demandada y en qué proporción.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiséis (26) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995.

Consejero Ponente: Doctor *Daniel Suárez Hernández.*

Referencia: Expediente número 11233.

Actores: María Gladys Olaya y otros.

Demandado: Nación - Mindefensa.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el Auto de 26 de julio de 1995, proferido por el Tribunal Administrativo del Meta, mediante el cual decidió: "No aprobar el acuerdo conciliatorio a que llegaron las partes y en consecuencia se ordena continuar el trámite del proceso".

Como antecedente de la decisión se encuentra el convenio conciliatorio cumplido entre las partes, pero en el cual el llamado en garantía, representado por un curador ad litem, no pudo intervenir. Respecto de tal convenio se intentaba la aprobación del Tribunal. Esa Corporación, sin embargo, estimó que de acuerdo con el artículo 57 del C. de P. C. la relación causal entre el demandado y el llamado en garantía "tiene eficacia, cobra vigencia, se hace material, una vez la relación sustancial se haya resuelto mediante sentencia y no después de un acuerdo conciliatorio entre las partes principales, pues así lo expresa la norma".

Considera que al disponer la validación del acuerdo conciliatorio entre las partes y ordenar la continuación del proceso, se desconocería lo previsto en el artículo 8° del Decreto 171 de 1993.

El recurrente aduce que la vinculación del llamado en garantía debe afectar exclusivamente a la parte demandada, sin transmitir sus consecuencias jurídicas a la parte demandante. Considera que en el proceso administrativo la relación principal es la de demandante y demandada que tiene fines diferentes, frente a la relación secundaria integrada por la demandada y el llamado en garantía.

Para resolver,

SE CONSIDERA

Sea lo primero advertir que el punto de controversia no es nuevo para la Sala, dado que ya en anteriores oportunidades se ha pronunciado sobre el particular. Por tal motivo considera que el Auto recurrido debe revocarse en razón a que no comparte el enfoque jurídico que del asunto hace el Tribunal Administrativo del Meta.

Se recuerda cómo en forma reiterada se ha sostenido que bien puede llevarse a cabo la conciliación de las pretensiones de la relación principal, esto es, la de demandante-demandado, con el consecuencial efecto de cosa juzgada, para continuar el proceso con la segunda relación, es decir, la de la parte demandada y el

llamado en garantía y definir esta última mediante sentencia que dé lugar a la acción de repetición prevista en el segundo inciso del artículo 90 de la Constitución Política.

Se ha dicho igualmente que tal solución desde el punto de vista de la descongestión de los despachos judiciales le evita a la entidad demandada la iniciación de un nuevo proceso en ejercicio de la acción de repetición, a más de facilitar el desarrollo en la continuación del proceso dado que se reduce a la relación secundaria, de por sí más sencilla y descomplicada en tanto que no exige un pronunciamiento sobre la responsabilidad de la entidad, resuelta con la conciliación, sino que le queda por definir en forma concreta si el comportamiento del llamado en garantía fue doloso o gravemente culposo y si fue influyente en la conciliación.

La Sala retoma lo dicho en anteriores providencias, entre ellas las proferidas en el proceso número 9803, fechada el 6 de octubre de 1994 y la de 31 de agosto de 1995 dictada en el proceso 10.576 ambas con ponencia del señor Consejero, doctor Carlos Betancur Jaramillo, y extracta de la primera los siguientes apartes:

"Lo expuesto permite inferir que el llamado no es una parte accesoria o un simple coadyuvante sino una parte principal, con los efectos que esta calificación procesal implica.

"Se aclara, finalmente, para evitar equívocos, que en los casos de terminación anormal, concretamente como sucedió aquí con la conciliación total, el acuerdo debidamente aprobado entre las partes principales iniciales tiene el alcance de cosa juzgada, pero sólo frente a la primera relación (demandante-demandada); ya que la segunda, por regla general, no puede ser comprendida en el mismo, sino que deberá definirse en el fallo. Por esa razón, nada impedirá que el proceso continúe entre la entidad demandada y el llamado, con miras a que se resuelva en la sentencia si la conducta de este último no sólo estuvo afectada de dolo o culpa grave, sino que tuvo incidencia en la responsabilidad imputada a la administración."

"Se dice por regla general, porque la entidad pública en la audiencia de conciliación podrá expresamente desistir de su pretensión de llamamiento, si lo estima razonable; evento en el cual terminará el proceso en su totalidad. Si no sucede así y se logra el acuerdo conciliatorio, el proceso deberá continuar entre la entidad pública, ya como actora de su pretensión de repetición y el llamado como parte demandada".

"Juega en la definición que aquí se hace el principio de la economía procesal; el que se vería afectado si se le exigiera a la administración, luego de la conciliación, la presentación de una demanda autónoma de repetición, perdiéndose así los esfuerzos hechos por las partes y el mismo llamado en el proceso inicial".

En las anteriores condiciones, estima la Sala que debe revocarse el proveído impugnado, para en su lugar impartirle aprobación a la conciliación convenida entre

las partes el 5 de mayo de 1995 (fls. 146-147), dado que no se observa causal alguna de nulidad que lo afecte, ni resulta lesiva para los intereses estatales. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de que el proceso continúe hasta su terminación entre la entidad demandada y el llamado en garantía con el objeto de establecer si este último obró en forma dolosa o culposamente grave y si su comportamiento incidió en la responsabilidad de la parte demandada y en qué proporción.

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

RESUELVE:

1. REVÓCASE el Auto recurrido, esto es, el de 26 de julio de 1995, proferido por el Tribunal Administrativo del Meta.

2. APRUÉBASE la conciliación celebrada entre las partes el día cinco (5) de mayo de 1995.

3. Se tendrá en cuenta que la conciliación deberá pagarse conforme con lo previsto en los artículos 176 y 177 del C.C.A., para cuyo efecto se expedirán copias auténticas de la conciliación y de este Auto, con destino a las partes y al Ministerio Público.

4. DECLÁRASE terminado el proceso en cuanto se relaciona con la parte demandante y la demandada.

5. CONTÍNUESE el proceso en lo referente a la entidad demandada y la persona llamada en garantía.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Publíquese en los **Anales.**

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha veintiséis (26) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Daniel Suárez Hernández, Juan de Dios Montes Hernández, Jesús María Carrillo B.*

Lola Benavides López, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Se reitera la jurisprudencia de las sentencias del 6 de octubre de 1994; Exp. 9803, actor Luis Eduardo Henao Campiño, y la del 31 de octubre de 1995; Exp. 10576; ambas con ponencia del doctor Carlos Betancur Jaramillo.

FALLA DEL SERVICIO DE TRANSITO - Derrumbe / RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION - Negligencia

Quedó bien demostrado con los distintos medios de convicción que obran en el informativo, que las entidades demandadas, son solidariamente responsables por la muerte, que se produjo al quedar atrapada en medio de diversas clases de materiales que se desprendieron de lo alto de la montaña que circunda el sitio conocido como Puente Murallas, localizado en la vía que conduce de la ciudad de Pasto a la de Mocoa. Y resulta procedente deducirle responsabilidad a la administración por los hechos que se le imputan, pues obró con negligencia al no instalar las señales que advirtieran sobre el riesgo y al permitir que particulares y vehículos transitaran por el área de la tragedia, sobre todo, cuando las condiciones geológicas, el mal tiempo reinante y los peligros de trabajo que adelantaban para despejar la vía, hacía aconsejable la aplicación de medidas orientadas a impedir su desplazamiento, hasta que mejoraran sustancialmente las condiciones que entonces afectaban la utilización del referido tramo. Viene a constituir otro ingrediente de culpa de la administración, la falta de atención de estudios técnicos que recomendaban la construcción de una variante, para evitar el paso por el lugar donde sucedieron los hechos, lo mismo que la falta de construcción de obras para el mantenimiento como alcantarillas, muros de contención y drenaje que hubiese facilitado la conducción del agua y de los materiales que arrastraba, para arrojarlos a lugares seguros y así evitar la erosión del suelo y facilitar el buen manejo de los desechos que caían a la banca carreteable, se comenta lo anterior, porque solamente después de ocurrida la tragedia, se acometió con seriedad la elaboración de estos últimos trabajos, los que han permitido

controlar más efectivamente los embates propios de la naturaleza sin consecuencias mayores.

FALLA DEL SERVICIO - Señalización vía pública / CULPA DE LA VICTIMA - Imprudencia

También se desprende del proceso, que la conducta de la víctima, contribuyó a la realización del resultado dañoso, por el que se solicita indemnización. Y se afirma lo anterior, por cuanto ante la notoriedad del riesgo que presentaba para su vida permanecer en dicho tramo carreteable, decidió voluntariamente afrontar dicho evento, cuando en verdad una persona medianamente prudente colocada en las mismas circunstancias hubiera evacuado la zona para protegerse de contingencias leves o graves como las que se registraron, razonable precaución que sí tomaron quienes abandonaron la zona de peligro, asumiendo así un comportamiento previsivo, públicamente conocido y divulgado a través de diferentes medios. Debe recordarse que si los usuarios de las vías, construidas por la administración sin dificultad y puestas a su servicio, se percatan con suficiente tiempo por sus propios medios, o con la ayuda de terceros, de irregularidades que se presenten en ellas, y que pueden revestir inminentemente peligro para su vida, como en el caso de autos, deben de acuerdo con sus posibilidades atenuar o evitar el daño, y no dejar todo en manos del Estado, por el sólo hecho de ser propietario o administrador, pues nuestra constitución consagra expresamente en su artículo 95 numeral 1°, entre otros deberes del ciudadano "Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios". Para la Sala no resulta totalmente ajena la conducta, de la víctima a los hechos que dieron origen al presente conflicto de intereses, cuando el mismo apoderado judicial de los accionantes, en el escrito contentivo de la demanda, deja entrever que la víctima, no obstante de enterarse con antelación de sus propios medios del riesgo que afrontaba y teniendo la ocasión para evitar un desenlace fatal, prácticamente lo desafió al permanecer apostada en dicho lugar, con consecuencias conocidas.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., noviembre nueve (9) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Jesús María Carrillo Ballesteros.*

Radicación número 10823.

Referencia: Ministerio de Transporte e Instituto Nacional de Vías.

Actor: Jorge Enrique Becerra.

Decide la Sala el recurso de apelación elevado por el apoderado judicial del Instituto Nacional de Vías, contra la sentencia de fecha octubre once (11) de mil novecientos noventa y cuatro (1994), proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, en cuya parte resolutiva Dispuso:

"Primero: Declarar que la Nación colombiana - Ministerio de Transporte - Instituto Nacional de Vías, son responsables administrativamente en forma solidaria y patrimonial, de la muerte de la señorita Sonia Janeth Becerra Toro acaecida el día 19 de julio de 1991, en el sitio Murallas, carreteras que de Pasto conduce a Mocoa.

"Segundo: Condenar como consecuencia de la anterior declaración a la Nación colombiana -Ministerio de Transporte- Instituto Nacional de Vías - a pagar los siguientes valores por concepto de perjuicios morales:

"A Jorge Enrique Becerra Galindo y María Cecilia Toro Moncada, padres de la víctima, la cantidad de mil (1.000) gramos de oro puro, para cada uno.

"A Jorge Alberto Becerra Toro, hermano de la víctima, quinientos (500) gramos de oro fino.

"A Rosa Adriana Becerra Toro, hermana de la víctima, quinientos (500) gramos de oro fino.

"A Wilson Edinson Becerra Toro, hermano de la víctima, quinientos (500) gramos de oro fino.

"A Gloria Inés Becerra Toro, hermana de la víctima, quinientos (500) gramos de oro fino.

"Se entiende que los gramos de oro a que se condena, serán convertidos al valor equivalente en pesos colombianos a la fecha de ejecutoria del fallo definitivo, según Certificado del Banco de la República.

"Tercero: Disponer que las sumas que se liquiden por los conceptos antes mencionados, devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia y de allí en adelante moratorios.

"Cuarto: Denegar las demás súplicas de la demanda.

"Quinto: Denegar así mismo, la excepción de Caso Fortuito o fuerza mayor, alegada por la parte demandada y el Ministerio Público.

"Dése cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A. para el efecto y en su oportunidad, expídanse las copias correspondientes para el Ministerio de Transporte - Instituto Nacional de Vías, la parte actora y al señor Agente del Ministerio Público.

"Si esta sentencia no fuere apelada, será consultada con el honorable Consejo de Estado". (fls. 358-360).

ANTECEDENTES

1. **Lo que se demanda**

En escrito que llegó al Tribunal Administrativo de Nariño, el 21 de julio de 1993, procedente de la oficina judicial de la ciudad de Pasto, en ejercicio de la Acción de Reparación Directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A., a través de apoderado judicial común, el señor *Jorge Enrique Becerra* y la señora *Cecilia Toro Moncada* (padres), en nombre y en representación de sus hijos menores de edad *Gloria Inés, Wilson Edinson* y *Rosa Adriana Becerra*, y como agentes oficiosos de *Jorge Alberto Becerra Toro,* formularon demanda en contra del *Instituto Nacional de Vías* y del *Ministerio de Transporte,* para que sean declaradas solidaria y administrativamente responsables de los perjuicios morales y materiales que se les causó con la muerte de *Sonia Janeth Becerra Toro,* en hechos que ocurrieron en el lugar conocido como *Puente Murallas,* el día 19 de julio de 1991.

Como consecuencia de la anterior declaración, los demandantes pretenden que se les pague a título de indemnización por perjuicios morales el equivalente en pesos de un (1.000) gramos de oro fino para cada uno de ellos.

Adicionalmente reclama los padres de la víctima, perjuicios materiales consistentes en la pérdida del chance de ayuda futura que recibirían de esta, atendiendo la probabilidad que más tarde obtendría formación académica y profesional.

2. **Los hechos**

Los actores como fundamento de sus pretensiones en síntesis expusieron los siguientes hechos:

La carretera nacional que comunica a la ciudad de Pasto con la de Mocoa, en época de invierno, presenta continuos deslizamientos de tierra, caída de piedra e inundaciones en algunos tramos por las fuertes precipitaciones de lluvias que bordean la región.

El día 18 de julio de 1991, en horas de la tarde en la mencionada vía, se vio interrumpido el tráfico, automotor, al acumularse sobre la calzada gran cantidad de lodo y rocas de la montaña arrastró la quebrada que desemboca junto al Puente Murallas.

La administración, al día siguiente, en las primeras horas de la mañana, para atender dicha emergencia desplazó hasta la zona, maquinaria y personal asignado al Distrito número 14 de Obras Públicas.

Agrega, que mientras se adelantaba la remoción de los desechos, bajo una intensiva lluvia, continuaba cayendo de lo alto de la montaña, lodo, piedra, vegetales y grandes cantidades de agua, permaneciendo apostados en ambas direcciones de la vía, los ocupantes de los vehículos, que aguardaban el despeje de esta para proseguir su viaje.

Indican que en las circunstancias en antes descritas, la administración continuó sus labores tendientes a retirar de la banca de la carretera, el material que allí se alojaba, y, cuando transcurrían las 2 y 30 horas de la tarde, sobrevino una avalancha de gran magnitud de lo alto de la montaña, que dejó sepultado bienes y personas que se encontraban en las proximidades del *Puente Murallas,* quedando atrapadas entre otras víctimas la joven Sonia Janeth Becerra Toro.

A nivel de comentario, señala que la administración fue imprudente por cuanto acudió con muy poca maquinaria para despejar la vía, y por no advertir a los transeúntes del inminente peligro que representaba para sus vidas, el que permanecieran tan cera al lugar donde ocurrió la tragedia.

3. **La sentencia apelada**

El fallador de primer grado, en el caso *sub examine* encuentra que la administración es patrimonialmente responsable de conformidad con los hechos planteados en el libelo demandatorio, que cuentan con el respaldo suficiente en los distintos medios de convicción incorporados al proceso.

Esta opinión, la estructura, sobre la tesis que informa la falla del servicio, al dar por inexistencia la fuerza mayor o el caso fortuito en la ocurrencia de los hechos en comento, toda vez que la administración fue negligente en el cumplimiento de sus deberes, por cuanto no efectuó el mantenimiento adecuado de la mencionada vía, como tampoco dispuso la construcción de una variante que aconsejaban estudios que en su oportunidad se realizaron, para evitar utilizar este tramo, por las personas que a diario se trasladan entre las poblaciones circunvecinas.

Agrega a lo anterior la especial circunstancia que la administración no impidió ni hizo retirar de la proximidad del lugar donde ocurrió el desprendimiento de la

montaña, a los ocupantes de los vehículos que aguardaban en el área para continuar su viaje.

Señala igualmente, que la situación examinada, aparte de encuadrarse en la teoría de la falla del servicio, la misma también puede enmarcarse en la tesis que gobierna la responsabilidad con base en el artículo 90 de nuestra Constitución, y que se estudia en la sentencia de 23 de septiembre de 1993, con ponencia del doctor *Julio César Uribe Acosta.*

Argumenta en lo que corresponde al llamamiento de garantía que hicieron las entidades demandadas en la oportunidad procesal, al Ministerio de Gobierno -Dirección Nacional para la Atención de Desastres- hoy Ministerio del Interior, y al departamento de Putumayo, que estas últimas no tienen responsabilidad alguna por los hechos que son objeto de estudio, pues dentro de sus funciones asignadas reglamentariamente, no está la de reparar las vías nacionales, y colocar señales en las mismas entre otras tareas. Labor sí, esta, que le compete más bien al Ministerio de Transporte o al Instituto Nacional de Vías.

El *a quo* con base en la anterior orientación jurídica, condenó a las entidades demandadas a pagar por conceptos de perjuicios morales, en cuantía equivalente en pesos, de un mil (1.000) gramos de oro fino para cada uno de los padres de la víctima, señores *Jorge Enrique Becerra Galindo y María Cecilia Toro Moncada, y María Cecilia Toro Moncada,* y de quinientos (500) gramos de oro fino para cada uno de los hermanos *Jorge Alberto, Rosa Adriana, Wilson Edison y Gloria Inés Becerra Toro.* Negando en cambio el reconocimiento de *Perjuicios materiales,* a quien los reclama, aduciendo para ello que no existe prueba alguna para su reconocimiento.

4. **El recurso de apelación**

A lo así decidido por el *a quo,* el mandatario judicial del Instituto Nacional de Vías, interpuso el recurso de *Apelación,* para solicitar la revocación de la sentencia, y en consecuencia se denieguen las pretensiones de la demanda, toda vez que las razones que adujo el tribunal para declarar patrimonialmente responsable a su patrocinada están edificadas en la superficialidad y son contrarias al acervo probatorio, el cual nuestra claramente que las entidades demandadas cumplieron a cabalidad con la ejecución de los trabajos que requería la mencionada vía para permitir de manera segura el tráfico automotor. Destaca en su escrito que no puede pasarse por alto, el continuo mantenimiento que se le hacía a dicho tramo, prueba de ello lo constituye el contrato que celebró la administración con una cooperativa dedicada a prestar estos servicios. Indica que tampoco se puede dejar inadvertido que se construyeron variedad de obras en procura de ofrecer las mejores condiciones para transitar por este lugar, y que aparte de lo señalado, antes de ocurrir la tragedia, existían vallas instaladas a la

salida de las poblaciones vecinas, advirtiendo a los usuarios que en la vía se presentaban derrumbes y que por lo tanto se maniobrara con sumo cuidado.

Agrega que no es el caso, ni de recibo la tesis del tribunal para condenar a la entidad, según el cual, al haberse construido una variante, la tragedia no se hubiera presentado, refutando este punto de vista, que no se cuenta con los suficientes recursos para acometer tal obra, a que en todo caso resultaría inútil por la inestabilidad del terreno que abarca la zona. Puntualiza que la responsabilidad que se le endilga a la administración, por los hechos referidos guarda relación directa con la conducta exclusiva de las víctimas, por cuanto conocedoras del riesgo que representaba viajar, asumieron libremente correr con este tipo de imprevistos, que por su efecto imprevisible e irresistible viene a constituirse en fuerza mayor, pues nadie imaginaba ni se había detectado que tal magnitud de material se fuera a desprender de la montaña conforme lo evidencia el peritaje de julio 7 de 1994 y en el que se dice: "Por las características topográficas, geológicas y pluviométricas del sector, descritas anteriormente, es difícil prever o prevenir los deslizamientos en el sector, así como también difícil su mantenimiento de carretera cuya construcción data de hace mucho tiempo (década de los años 30) y de la cual no se dispone de información sobre su construcción.

5. **La actuación en esta instancia**

En el término que el *ad quem* concedió para alegar, el apoderado del instituto Nacional de Vías, pidió la revocación del fallo de instancia y la negación de las súplicas de la demanda exponiendo para ello en lo sustancial los mismos criterios que le sirvieron de apoyo para fundamentar el recurso de apelación.

Registrada la posición jurídica de las partes sobre la cuestión litigiosa que se debate en el proceso, y conocido los argumentos en que apoyó el tribunal de instancia su decisión,

Para Resolver, se

CONSIDERA

La sentencia recurrida, será modificada, por haberse establecido que el daño por el que se demanda, concurrieron a su realización, la falla del servicio de la administración y la culpa de la víctima.

Quedó bien demostrado con los distintos medios de convicción que obran en el informativo, que las entidades demandadas, son solidariamente responsables por la muerte de *Sonia Janeth Becerra Toro,* que se produjo al quedar atrapada en medio de diversas clases de materiales que se desprendieron de lo alto de la montaña que circunda el sitio conocido como Puente Murallas, localizado en la vía que conduce de la ciudad de Pasto a la de Mocoa.

Y resulta procedente deducirle responsabilidad a la administración por los hechos que se le imputan, pues obró con negligencia al no instalar las señales que advirtieran sobre el riesgo y al permitir que particulares y vehículos transitaran por el área de la tragedia, sobre todo, cuando las condiciones geológicas, el mal tiempo reinante y los peligros del trabajo que adelantaban para despejar la vía, hacía aconsejable la aplicación de medidas orientadas a impedir su desplazamiento, hasta que mejoraran sustancialmente las condiciones que entonces afectaban la utilización del referido tramo.

Viene a constituir otro ingrediente de culpa de la administración, la falta de atención de estudios técnicos que recomendaban la construcción de una variante, para evitar el paso por el lugar donde sucedieron los hechos, lo mismo que la falta de construcción de obras para el mantenimiento como alcantarillas, muros de contención y drenaje que hubiese facilitado la conducción del agua y de los materiales que arrastraba, para arrojarlos a lugares seguros y así evitar la erosión del suelo y facilitar el buen manejo de los desechos que caían a la banca carreteable. Se comenta lo anterior, porque solamente después de ocurrida la tragedia, se acometió con seriedad la elaboración de estos últimos trabajos, los que han permitido controlar más efectivamente los embates propios de la naturaleza sin consecuencias mayores.

También se desprende del proceso, que la conducta de la víctima, contribuyó a la realización del resultado dañoso, por el que se solicita indemnización. Y se afirma lo anterior, por cuanto ante la notoriedad del riesgo que representaba para su vida permanecer en dicho tramo carreteable, decidió voluntariamente afrontar dicho evento, cuando en verdad una persona medianamente prudente colocada en las mismas circunstancias hubiera evacuado la zona para protegerse de contingencias leves o graves como las que se registraron, razonable precaución que sí tomaron quienes abandonaron la zona de peligro, asumiendo así un comportamiento previsivo, públicamente conocido y divulgado a través de diferentes medios.

Debe recordarse que si los usuarios de las vías, construidas por la administración con dificultad y puestas a su servicio, se percatan con suficiente tiempo por sus propios medios, o con la ayuda de terceros, de irregularidades que se presenten en ellas, y que pueden revestir inminente peligro para su vida, como en el caso de autos, deben de acuerdo con sus posibilidades atenuar o evitar el daño, y no dejar todo en manos del Estado, por el sólo hecho de ser su propietario o administrador, pues nuestra Constitución consagra expresamente en su artículo 95 numeral 1, entre otros deberes del ciudadano: "Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios".

Para la Sala no resulta totalmente ajena la conducta de la víctima a los hechos que dieron origen al presente conflicto de intereses, cuando el mismo apoderado judicial de los accionantes, en el escrito contentivo de la demanda, deja entrever

que la víctima, no obstante de enterarse con antelación por sus propios medios del riesgo que afrontaba y teniendo la ocasión para evitar un desenlace fatal, prácticamente lo desafió al permanecer apostada en dicho lugar, con las consecuencias conocidas.

Precisamente narra en el capítulo de los hechos, numeral 2.4, lo siguiente: "Mientras los obreros del Distrito de Obras número 14, con la ayuda de un cargador y una volqueta y bajo inclemente lluvia, laboraban los vehículos permanecían estacionados al lado y lado del "TRANCON", o sea, del impedimento para continuar el tránsito, sin que se tomen ninguna clase de medidas para proteger a los usuarios del riesgo que implicaba la permanente caída de lodo, piedra, desechos vegetales y grandes cantidades de agua de la montaña".

Ante las circunstancias que se dejan descritas, no cabe menos, como ya se dijo, que determinar la concurrencia de la falla del servicio con la conducta culposa de la víctima a la generación del resultado dañoso, razón por la cual y de acuerdo con la facultad que le otorga al sentenciador el artículo 2357 del C.C., se reducirá la condena en un cincuenta (50%) por ciento, que impuso el *a quo* contra las entidades demandadas y en favor de los accionantes, de donde se tiene entonces que a *Jorge Enrique Becerra Galindo* y *María Cecilia Toro Moncada* (padres) la indemnización que se fijó por concepto de perjuicios morales, en su favor en primera instancia en el equivalente en pesos de un mil (1.000) gramos de oro fino para cada uno de ellos, se reducirá a quinientos (500) gramos de oro fino para cada uno de los prenombrados. Igual decisión se adopta con respecto a la indemnización fijada en favor de *Jorge Alberto, Rosa Adriana, Wilson Edison y Gloria Inés Becerra Toro* (hermanos), de donde se reducirá de quinientos (500) a doscientos cincuenta (250) gramos de oro fino para cada uno de ellos.

No habrá lugar a reconocer perjuicios materiales en favor de los demandantes, pues tal rubro denegado en la instancia no fue objeto de apelación para obtener su reconocimiento.

De otro lado la Corporación comparte los criterios que sirvieron de fundamento al *a quo* para no deducir responsabilidad por los hechos estudiados, al Ministerio de Gobierno-Dirección Nacional para la Atención de Desastres, hoy Ministerio del Interior, y al departamento del Putumayo, entidades llamadas, en garantía, pues su análisis se ajusta en un todo a la ley y al derecho. Planteamientos estos que vale reiterar para la decisión de las excepciones propuestas por las entidades demandadas en el presente caso.

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

FALLA:

Primero. CONFÍRMANSE los numerales primero (1°), tercero (3°), cuarto (4°) y quinto (5°) de la sentencia calendada el once (11) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994), proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, por las razones dadas en los considerandos de este proveído.

Segundo. REVÓCASE el numeral segundo (2°) de la misma sentencia, el cual quedará así:

Segundo. Como consecuencia de la anterior declaración se condena a la Nación Colombiana - Ministerio de Transporte - Instituto Nacional de Vías a pagar los siguientes valores por concepto de perjuicios morales y a las personas que se relacionan así:

A *Jorge Enrique Becerra Galindo* y *María Cecilia Toro Moncada,* padres de la víctima, la cantidad de *quinientos (500) gramos de oro puro,* para cada uno.

Para *Jorge Alberto, Rosa Adriana, Wilson Edinson y Gloria Inés Becerra Toro* (hermanos de la víctima) *doscientos cincuenta (250) gramos de oro puro, para cada uno de ellos.*

El pago del referido metal se deberá cubrir con el precio que tenga en el marcado nacional al momento de quedar ejecutoriado el presente fallo, según certificación que sobre el particular expida el Banco de la República.

Tercero. Expídanse copias de la sentencia con destino a los interesados y por conducto del apoderado que ha llevado la representación de los demandantes dentro del proceso, precisando cuál de ellas presta mérito ejecutivo.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de fecha noviembre 2 de 1995.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala, *Jesús María Carrillo Ballesteros, Juan de Dios Montes Hernández, Daniel Suárez Hernández.*

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: La jurisprudencia contenida en esta providencia se reiteró en varios casos del derrumbe de puente murallas (Nariño).

NOTA DE RELATORIA: Reiteración en sentencia de 19 de junio de 1996, Exp. 11608, Actora: *Ana Lucía Londoño Henao.*

FALLA DEL SERVICIO POR OMISION - Inexistencia / CONFLICTO LABORAL - Huelga / DERECHO DE ASOCIACION / RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA / ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Para la Sala resulta infundado apelar al expediente de la responsabilidad administrativa por los daños que sufre el empresario como consecuencia de un conflicto laboral con sus trabajadores, sin tener en cuenta que la huelga tiene base legal y se alimenta de la ciencia constitucional como complemento normativo. Es por ello indiscutible que el acontecer de una protesta laboral, con raíces en la historia de las civilizaciones, aparezca legítima si los órganos encargados de vigilar el conflicto no advierten razones para pronunciarse sobre su ilegalidad de donde se desprende que en tales circunstancias ni los funcionarios del trabajo actuando como policía de gestión, ni la alcaldía municipal de Madrid como órgano de represión tendría dentro de sus potestades la de someter a los huelguistas para salvar los cultivos de la empresa a ultranza de los derechos de los trabajadores. Así como las autoridades administrativas y de policía se atan a los postulados de la Constitución y la ley para el ejercicio de sus funciones, también el derecho de los trabajadores a constituir sindicatos o asociaciones es un aspecto de rango constitucional, circunstancias que no tuvo en cuenta el poder de policía administrativa que detectan los funcionarios de la administración, cuyas potestades, en los casos de huelga, demandan una atribución limitada ya que su ejercicio y para la efectividad de sus labores, ellos deben actuar sólo dentro de la órbita de sus competencias. En el caso *sub examine*, las acciones del Ministerio de Trabajo fueron ajustadas a la filosofía que informan sus deberes, estos es, por una parte fueron mediadores en procura de conciliar el diferendo laboral, y por la otra tomaron determinaciones, bajo los apremios legales, en el

ejercicio de su facultad como policía de gestión administrativa, según las voces del artículo 41 de Decreto 2351 de 1965. Definida la Nación Colombiana como un Estado Social de Derecho inspirado en las libertades individuales y en las garantías sociales, absurdo sería para el juez administrativo exponer la falla del servicio con apoyo en conductas de omisión de fuerza por parte de la administración, como en este caso, dejando de lado todo un conjunto de actuaciones cumplidas por los funcionarios del ministerio del ramo, dentro de un procedimiento que a la postre sí colmó las expectativas de los empresarios, pues la decisión administrativa exhortó a los huelguistas al restablecimiento de labores trayendo consigo el fin del paro de trabajadores, operación que se desarrolló dentro de un esquema civilizado, aunque diferente del poder de policía administrativa que les atribuye equivocadamente el libelista a los agentes de la administración.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., noviembre diez (10) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Jesús María Carrillo Ballesteros.*

Radicación número 8654.

Demandado: La Nación - Ministerio de Trabajo y otro.

Actora: Sociedad Luis Durán del Castillo y otro.

Decide la Sala el Recurso de Apelación interpuesto por el apoderado de la sociedad demandante contra la sentencia calendada el día 22 de abril de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la cual se dispuso:

"Primero. Decláranse no probadas las excepciones de ineptitud formal de la demanda, no dirigirse la demanda contra todas las personas que integran litis consorcio necesario y caducidad de la acción.

"Segundo. Declárase probada, en cuanto concierne al Municipio de Madrid -departamento de Cundinamarca- la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y, en consecuencia, niéganse las pretensiones formuladas contra este.

"Tercero. Niéganse las pretensiones de la demanda en cuanto atañe a la Nación Colombiana.

"Cuarto. Abstiénese de condenar en costas a la parte actora. (fl. 549-C.1).

ANTECEDENTES PROCESALES

1. La demanda

La Sociedad "Luis Durán del Castillo S. en C." y Hernán Muñoz Orozco, obrando mediante apoderado, formulan la acción de reparación directa contemplada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984 contra la Nación Colombiana -Ministerio de Trabajo y Seguridad Social- y contra el Municipio de Madrid, Departamento de Cundinamarca, para que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"1°. Que se declare que la Nación Colombiana (Ministerio de Trabajo y Seguridad social) solidariamente con el Municipio de Madrid, Cundinamarca, administrativamente responsable por falla del servicio o de la administración, de las pérdidas sufridas por los socios de la liquidada Sociedad Comercial "Bogotá Flowers Ltda." entre el 11 de mayo de 1987 y 13 de agosto del mismo año.

"2°. Que como consecuencia de la declaración anterior se condene a la Nación Colombiana (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social) solidariamente con el Municipio de Madrid, Cundinamarca, a pagar a los ex socios de la Sociedad Comercial Bogotá Flowers Ltda., legalmente liquidada, sociedad "Luis Durán del Castillo y Cía. S en C." y a Hernán Muñoz Orozco, mayor, de esta vecindad, a título de indemnización de perjuicios materiales las siguientes sumas de dinero:

"a) La suma en pesos colombianos equivalente a US$138.048, que valían las plantas en producción que existían el 11 de mayo de 1987. Se actualizará su valor en pesos de la fecha de la sentencia atendiendo el incremento del costo de la vida del consumidor;

"b) La suma de tres millones de pesos ($3.000.000) m/l, valor de la cubierta plástica de los invernaderos existente el 11 de mayo de 1987 y totalmente perdida, suma que se actualizará en la forma señalada el literal anterior;

"c) La suma de seis millones ciento cincuenta y seis mil pesos ($6.156.000) m/l, valor de las plantas madres y su producción de esquejes en su vida probable, existentes el 11 de mayo de 1987. Su valor se actualizará en la forma pedida en el literal a) de este petitorio;

d) La suma equivalente a un millón de dólares de los Estados Unidos de América (US$1.000.000) valor de las flores que han debido producirse sobre las plantas existentes el 11 de mayo de 1987 y cuyo valor se actualizará a la fecha de la sentencia atendiendo al incremento del índice del costo de la vida;

e) Los intereses comerciales de las anteriores, a partir del 11 de mayo de 1985, sobre las sumas reconocidas en los anteriores literales;

f) Los intereses comerciales moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia y hasta cuando el pago se verifique.

2. **Fundamentos de hecho**

El demandante presenta los hechos dentro del siguiente universo:

— Que por Escritura Pública número 967 de 4 de abril de 1973 de la Notaría 8ª del Círculo Notarial de Bogotá, se constituyó la Sociedad Bogotá Flowers Ltda. (Flores de Bogotá Ltda.) cuyo objeto era el cultivo de plantas ornamentales para los mercados nacionales e internacionales.

— Que para el cumplimiento de su objeto social, instaló desde 1973 los cultivos de flores en jurisdicción de municipio de Madrid, Cundinamarca.

— Que cuando se encontraba en plena producción el lunes 11 de mayo de 1987 los trabajadores de la empresa Bogotá Flowers Ltda., sin previa formulación del pliego de peticiones ni agotamiento de las etapas de arreglo directo y conciliación, declararon una huelga, ocuparon las instalaciones de los cultivos y de la administración, impidieron el acceso a los directivos de la sociedad dejándolos por fuera de todo control técnico y administrativo sobre los cultivos.

— Que ese mismo día (11 de mayo de 1987) por solicitud de la empresa se practicó de parte del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social una inspección ocular, a instancias de un Inspector del Trabajo, quien verificó la ocupación de las instalaciones empresariales por parte de los trabajadores y la imposibilidad para los directivos de la empresa de acceder a ellas; escuchó la solicitud de los mismos para que se les garantizara el control físico, técnico y administrativo de los cultivos ante la inminencia de su deterioro y pérdida por falta de riego, abono y cuidado, dada su naturaleza.

— Que el funcionario del Trabajo se limitó a escuchar a las partes sin tomar providencia alguna.

— Que el día siguiente (12 de mayo de 1987) el representante legal de la empresa formuló por escrito ante el Ministerio de Trabajo la petición de declaratoria de ilegalidad del paro y la toma de las medidas pertinentes para garantizar la vida y cuidado técnico de los cultivos.

— Que el 15 de mayo de 1987 en diligencia practicada en las instalaciones de la empresa por la División Departamental de Cundinamarca del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, la empresa dejó constancia del estado de deshidratación

de los cultivos y solicitó el apoyo del Ministerio para poder cumplir con las labores de irrigación y fumigación de las plantas. El Ministerio se limitó a escuchar el ofrecimiento de los trabajadores huelguistas en el sentido de que ellos lo harían al día siguiente, con los elementos que facilitara la empresa.

— Que la empresa facilitó los elementos necesarios, pero nada pudo hacer para dirigir, vigilar y controlar el riego y fumigación de las plantas, ante la imposibilidad de acceder a sus propias instalaciones.

— Que el 18 de mayo de 1987 el representante legal de Bogotá Flowers Ltda. reiteró al señor Ministro del Trabajo y Seguridad Social la solicitud de declaratoria inmediata de ilegalidad del paro, habida consideración que las plantaciones de la empresa afectada, por no recibir atención, ni riego alguno, se encuentran en período de total extinción.

— Que el 26 de mayo de 1987, en diligencia surtida por la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca, en las instalaciones de la empresa y con intervención de peritos agrónomos del Instituto Colombiano Agropecuario (ICA) se dejó constancia, por la empresa, de la situación de abandono de los cultivos por falta de riego y fumigación y formuló a los expertos un cuestionario para determinar el estado real de los cultivos. El Ministerio se limitó a aceptar el ofrecimiento del sindicato de hacer riego los días siguientes, pero con personal escogido por el mismo sindicato en formación.

— Que los expertos del ICA rindieron su concepto sobre el estado de abandono del cultivo, sus posibles consecuencias y sobre las medidas urgentes que se debían tomar.

— Que el 10 de junio de 1987, la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca dictó un auto en los siguientes términos: "Ordenar de manera inmediata el riego, la fumigación y fertilización de las plantaciones del cultivo de Bogotá Flowers. En consecuencia, conmínase a las partes para que se dé cumplimiento, aportando la empresa los insumos y elementos necesarios y los trabajadores la mano de obras requerida".

— Que el 17 de junio de 1987 fue notificada la empresa de la providencia anterior y en escrito del 18 de junio manifestó a la División Departamental su protesta por los términos del citado auto, ya cumplido por los trabajadores, y dejó las siguientes constancias: "Como consecuencia de lo anterior y dado el carácter conminatorio de su providencia, es deducible que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a nombre del cual usted expide el auto de junio 10 de 1987, asume toda y exclusivamente la responsabilidad técnica y operativa de su orden y por consiguiente se aúna a la responsabilidad ya asumida por el sindicato de los trabajadores

de Bogotá Flowers, en los perjuicios cuantiosos que le han inferido a la empresa. Como corolario de lo anterior, la empresa considera que no debe participar en el cumplimiento de su orden contenida en el artículo 2° de su auto de junio 10 de 1987. Sea la oportunidad de recordar a usted lo prescrito en el artículo 77 del Decreto 01 de 1984, cuando dispone que "los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones... sea la oportunidad de recordarle a usted un hecho constatado por el Ministerio en las tres diligencias que ha realizado en el cultivo de Bogotá Flowers, como es el de que la Empresa ha perdido el control administrativo, técnico y operativo de la factoría por los actos perturbatorios de la posesión del inmueble, dirigidos por el sindicato y ejecutados por los trabajadores sindicalizados.

—Que durante los días 11, 20 y 26 de junio de 1987 los celadores José Aristides López, Fideligno Ramírez, José Antonio Cuéllar y Juan José Linares se quejaron ante la Inspección Primera Municipal de Policía de Madrid por el maltrato recibido de los huelguistas y la imposibilidad de llevar alimentación a otros celadores de la empresa.

— Que el 26 de junio de 1987, por Resolución número 02239, el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social resolvió la soiicitud de declaratoria de ilegalidad de la huelga y de garantías a la empresa para conservar y controlar sus propios cultivos así: "No resolver la solicitud de declaratoria de ilegalidad presentada por la representante legal de la Empresa Bogotá Flowers Ltda., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia".

— Que el 17 de junio de 1987 los trabajadores huelguistas, por escritura pública número 1970 de la Notaría 11 del Círculo de Bogotá, dicen constituir una agencia oficiosa para administrar y disponer de todas las instalaciones y cultivos de la empresa Bogotá Flowers Ltda.

— Que el 8 de junio de 1987 el representante legal de la empresa solicitó nueva diligencia con intervención de expertos del ICA para que dictaminen sobre el estado de los cultivos de la empresa.

— Que el 8 de junio de 1987 el representante legal de la empresa formuló denuncia penal ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Cundinamarca, por perturbación de la propiedad, invasión, apoderamiento ilícito de bienes, etc. y presentó demanda de constitución de parte civil.

— Que por auto de 22 de junio de 1987, la Alcaldía Especial de Madrid, Cundinamarca, rechazó la demanda por ocupación de hecho de las instalaciones de la Empresa Bogotá Flowers formulada por esta y por auto del 25 de julio de 1987 rechazó la demanda formulada por la empresa tendiente a comprobar la fuerza

mayor que impedía el desarrollo normal de sus actividades por la ocupación física y violenta de sus instalaciones por parte de los trabajadores huelguistas.

— Que por memorial del 21 de julio de 1987 la empresa solicitó nuevamente al señor Ministro del Trabajo y Seguridad Social que en cumplimiento de sus obligaciones legales ordenara el inmediato desalojo de sus instalaciones de los trabajadores huelguistas y por memorial de julio 24 se sentó la protesta por la tesis oficial sobre la legalidad de la ocupación violenta de las instalaciones de la empresa.

— Que el 1° de agosto de 1987, la Alcaldía Especial de Madrid, Cundinamarca, repuso su auto de 25 de julio del mismo año y avocó el conocimiento de la petición sobre comprobación de fuerza mayor, formulada por la empresa.

— Que el 6 de agosto de 1987, la División Departamental del Trabajo de Cundinamarca practicó diligencia en las instalaciones de Bogotá Flowers, en la cual el sindicato de Trabajadores Sintraflowers dice poner fin a la agencia oficiosa y hacer entrega de las instalaciones, a lo que se opuso la empresa, pues rechazó la pretendida agencia oficiosa y manifestó que sólo recibiría las instalaciones si las entregaba el Ministerio, bajo elaboración de inventario.

— Que dentro de la anterior diligencia estuvieron presentes dos agrónomos del ICA, quienes el 18 de septiembre de 1987 rindieron dictamen sobre el estado de los cultivos y la imposibilidad de recuperar la producción para la exportación.

— Que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por resolución de 11 de agosto de 1987, repuso su propia resolución 02239 y declaró la ilegalidad del paro colectivo de actividades por parte de los trabajadores de Bogotá Flowers Ltda.

— Que el 13 de agosto de 1987, en diligencia practicada por la división Departamental del Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca, en las instalaciones de la empresa, hizo entrega de estas a la misma y dejó constancia de las circunstancias en que se encontraba.

— Que en diligencia practicada el 22 de agosto de 1987, en las instalaciones de la empresa, la Inspección Segunda de Policía de Madrid, Cundinanarca, verificó el estado general de los cultivos y de las instalaciones de la empresa, sus daños y perjuicios, con intervención de peritos agrónomos, quienes rindieron su dictamen sobre avalúo de las pérdidas ocasionadas por la empresa por la ocupación de sus instalaciones por parte de los trabajadores huelguistas.

— Que los expertos del ICA rindieron dictamen sobre el estado de los cultivos y llegaron a la conclusión de que "En resumen ha provocado una pérdida total de la plantación de claveles", por lo cual esa entidad (ICA) ordenó, por resolución 1380

de octubre de 1987, la erradicación y destrucción de los cultivos de claveles de Bogotá Flowers Ltda., por haberse constituido "en un foco de diseminación de plagas".

— Que ante la pérdida total del capital social, por escritura pública número 2585 de noviembre 6 de 1987, de la Notaría 36 del Círculo de Bogotá, se decretó la disolución de la Sociedad Bogotá Flowers Ltda., y por escritura pública número 3288 de 3 de octubre de ese mismo año, se liquidó la sociedad, reconociendo el derecho de los dos únicos socios, Luis Durán del Castillo y Cía. S. en C., y Hernán Muñoz Orozco para ejercitar las acciones gubernativas y judiciales conjunta o separadamente tendientes a obtener las indemnizaciones por los perjuicios sufridos por acciones u omisiones de funcionarios.

— Que dada la naturaleza del cultivo de flores, esencialmente fungibles y su destinación al mercado internacional, la empresa se maneja con contabilidad de costos en la cual toda la inversión se toma como costo y su diferencia con el valor de las ventas, como utilidad o pérdida. Por las mismas razones, las inversiones se calculan en dólares de los Estados Unidos de América.

3. **Actuación procesal**

La demanda fue admitida el 11 de septiembre de 1989.

A su turno, la entidad demandada contestó el libelo introductorio para señalar, en lo fundamental de su exposición, que "...justamente, la interpretación de la función de política administrativa de los funcionarios del Ministerio del Trabajo, expresó el honorable Consejo de Estado en sentencia de 6 de agosto de 1980, con ponencia del doctor Ignacio Reyes Posada en el proceso radicado bajo el número 373, lo siguiente: El artículo 485 del C.S.T. establece que la vigilancia y control del cumplimiento de las normas del Código y demás disposiciones sociales se ejercerán por el Ministerio de Trabajo en la forma como el gobierno o el mismo Ministerio determine. Para este efecto el artículo 41 del Decreto 2351 de 1965 da a los funcionarios del Ministerio de Trabajo competencia *para determinados actos policivos en la norma enumerados, pero en forma expresa limita tales facultades para evitar que dichos funcionarios asuman funciones jurisdiccionales que no les corresponden* y dice así el artículo: Dichos funcionarios no quedan facultados, sin embargo, para declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión está atribuida a los jueces, aunque sí para actuar en esos casos como conciliadores.

"Es nítida y tajante la línea que separa las competencias de la jurisdicción ordinaria del trabajo y de los funcionarios administrativos. La primera tiene a su cargo el juzgamiento y decisión de los conflictos jurídicos mediante juicio de valor que califiquen el derecho de las partes; los segundos ejercen funciones de policía

administrativa para la vigilancia y control del cumplimiento de las normas sociales, control que se refiere a situaciones objetivas y que no implican en ninguna circunstancia función jurisdiccional. Para la efectividad de sus labores estos funcionarios están autorizados para imponer multas, pero todo dentro de la órbita de su competencia.

"En conclusión, con base en las anteriores consideraciones, resulta evidente que los funcionarios del Ministerio de Trabajo, en el ejercicio de sus funciones, no pueden hacer uso de la fuerza como lo sugiere el distinguido apoderado de la parte actora, lo cual por lo demás acudió la empresa, cuando el conflicto superó los límites de conflicto laboral y se puso en situaciones de naturaleza de atentados contra la propiedad, es decir, a la autoridad competente, jueces penales y autoridad de policía.

"El Ministerio de Trabajo tomó las previsiones que estaban a su alcance y competencia, ordenando las medidas necesarias para evitar perjuicios a las partes, asesorándose de peritos en la materia. Téngase en cuenta que con fundamento en el artículo 20 de la Constitución Nacional, los funcionarios son responsables, además, por la extralimitación de sus funciones. (Folios 270 C.1).

Además, en la misma contestación, el apoderado del Ministerio del Trabajo formula excepciones del siguiente tenor:

"1°. Caducidad de la Acción... El artículo 136 del C.C.A. dispone de su parte pertinente que la caducidad de las acciones de reparación directa y cumplimiento y la definición de competencias caducarán al vencimiento del plazo de dos años contados a partir de la producción de acto o hecho. Los hechos señalados en la presente demanda tuvieron ocurrencia el día 11 de mayo de 1987, fecha en que se inicia el paro de los trabajadores con todas las incidencias que ya señalaron.

"Aun tomando como base la ocupación de hecho de las instalaciones de la empresa, se tiene el 2 de junio de 1987. Pero aun aceptando, en gracia de discusión, que la omisión del Ministerio de Trabajo -que no existió como de- al no ordenar el desalojo por la fuerza sino tomar las medidas que tomó de riego y mantenimiento y las diligencias que practicó, debe tenerse en cuenta que esas medidas, insuficientes a juicio del patrono, fueron tomadas mediante autos de junio 10 y julio 1° de 1987.

"La demanda fue presentada el 2 de agosto de 1989, es decir, en todos los casos, se supera ampliamente el término de caducidad previsto en la disposición que se ha transcrito y en consecuencia en el presente asunto se ha operado el fenómeno de la caducidad.

"2°. No comprender la demanda a todas las personas que constituyen el litisconsorcio necesario, o como lo quiera denominar el honorable Tribunal pero de todas maneras consiste en lo siguiente:

"Los hechos que han dado origen a la presente acción, que efectuó las actuaciones de hecho, que era la contraparte en el conflicto colectivo de trabajo, en fin, que fue actor principal de toda la actuación surtida, fueron protagonizados por la organización sindical de primer grado y de base denominada Sindicato de Trabajadores de Bogotá Flowers "Sintraflowers" con personería jurídica número 00923 del 31 de marzo de 1987, organización que tiene su registro vigente en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social conforme a la certificación que se acompaña y por lo mismo tiene derecho a comparecer en el presente proceso, para darle la oportunidad de estar a derecho y garantizarle el derecho de defensa previsto en el artículo 26 de la Constitución Nacional".

"3°. Falta de poder suficiente, ineptitud de la demanda por falta de los requisitos legales, o como la quiera denominar el honorable Tribunal pero de todas maneras consistente en lo siguiente:

"El poder con que se actúa en el presente proceso fue conferido para demandar a la Nación-Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. La demanda señala como parte demandadas a la Nación-Ministerio de Trabajo y al Municipio de Madrid, Departamento de Cundinamarca, al cual, según el poder, no tenía facultad de demandar".

4. **La sentencia recurrida**

El fallador de primera instancia declaró la improsperidad de las excepciones formuladas junto con el escrito de contestación de la demanda con fundamento en el siguiente análisis:

"Si bien en proveído de 28 de marzo de 1990 (fls. 391 a 393) confirmado por auto de 28 de junio del mismo año se rechazaron de plano las excepciones de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales y de no comprender la demanda a todas las personas que constituyen el litis consorcio necesario, por no haber sido formuladas en escrito separado al contentivo del libelo, la Sala procederá en esta oportunidad a pronunciarse sobre ellas, en razón a que siguiendo las orientaciones trazadas por la jurisprudencia sentada por el honorable Consejo de Estado al respecto, ha decidido no dar trámite incidental a tales excepciones y pronunciarse sobre ellas en la sentencia.

"La primera de las excepciones en mención se hace consistir en que el actor no confirió poder para demandar al Municipio de Madrid, sino únicamente para instaurar la demanda contra la Nación-Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

"Anota la Sala que el referido hecho, a más de poderse proponer como excepción, es constitutivo de la causal de nulidad prevista en el numeral 7° del artículo 140 del C.P.C.

"En efecto, tal como lo afirma la demanda, los actores no confirieron poder para demandar al Municipio de Madrid, ente que figura en la demanda con tal carácter, pero la mencionada irregularidad quedó saneada al ser presentado dicho poder, con posterioridad. Cabe anotar que tal irregularidad es saneable a término del artículo 142 del mencionado estatuto. Es decir, que quien tenía interés para proponer la mencionada causal de nulidad, esto es, la parte indebidamente representada, saneó expresamente tal nulidad al conferir el poder en cuestión, según documento que obra a folio 396.

"En cuanto a la excepción atinente a la indebida integración del contradictorio, por no habérsele vinculado al sindicato de trabajadores de 'Sintraflowers', la mencionada excepción no está llamada a prosperar, en razón a que el citado sindicato no tiene el carácter de litisconsorte necesario de la parte demandada, ya que en el presente proceso no se debate la responsabilidad por sus actuaciones, sino la que pueda caberle a la parte demandada por la omisión que se le imputa en la prestación del servicio de vigilancia en desarrollo del movimiento laboral colectivo y, concretamente, por no haber efectuado el desalojo de los ocupantes de las instalaciones de la factoría o empresa de propiedad de la sociedad Bogotá Flowers. Los hechos en que se fundamenta la demanda no conciernen al sindicato mencionado, y, en consecuencia, no se configura la excepción propuesta.

"En cuanto concierne a la excepción de caducidad de la acción que se hace consistir en que el paro colectivo se inició el 11 de mayo de 1987, la ocupación de las instalaciones de la empresa el 2 de julio del mismo año y finalmente que las medidas insuficientes, en decir de los actores, tomadas por los demandados, ocurrieron el 10 de junio y el 1° de julio del mismo año y que contados los dos años señalados para la caducidad de la acción de reparación directa a partir de cualquiera de tales fechas, a la presentación de la demanda tal término ya había transcurrido, no está llamada a prosperar.

"En efecto, el hecho en que se sustentan las pretensiones de la demanda, omisión por el cumplimiento de la obligación de desalojar a los trabajadores que ocupaban las instalaciones de la empresa, según lo afirmado en la demanda

y demostrado en el proceso, se prolongó hasta el día 13 de agosto de 1987, fecha en la cual se hizo la entrega física de tales instalaciones a aquella y la demanda fue presentada el 2 de agosto de 1989 cuando aún no había transcurrido el mencionado plazo.

"En lo que atañe a las pretensiones formuladas contra el municipio de Madrid, encuentra la Sala configurada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, que una vez declarada de oficio, de conformidad con el artículo 164 del C.C.A. conlleva a la denegatoria de tales pretensiones.

"En efecto, se solicita declarar la responsabilidad administrativa del citado ente territorial y la consecuencial condena a la indemnización de perjuicios con fundamento en una presunta omisión suya constitutiva de falla en la prestación del servicio, pero no se contiene en el libelo hecho alguno atinente o concerniente a la aludida omisión. Carece así la demanda de causa petendi, en lo que respecta, se insiste, al mencionado municipio. Los hechos en que se sustenta la demanda o supuestos fácticos del petitum atañen a la inactuación u omisión de la Nación-Ministerio de Trabajo y Seguridad Social- pero en modo alguno al municipio de Madrid".

El *a quo* denegó las pretensiones enlistadas contra la Nación-Ministerio de Trabajo y Seguridad Social-, con apoyo en los siguientes conceptos:

Por la interpretación que corresponde al fallador de instancia sobre el conjunto de la demanda, de lo cual se colige que el hecho que se le imputa a la administración a título de falla del servicio consiste en haber omitido la supuesta obligación legal de desalojar a los ocupantes de la empresa Bogotá Flowers, en ejercicio de un poder de policía atribuido al Ministerio de Trabajo con ocasión de los conflictos colectivos.

Considera entonces el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que el empleo de la fuerza bruta para desalojar a los huelguistas, quienes ocuparon por algún tiempo bienes que no les corresponde, es una actividad que debe ejercer privativamente la Policía Nacional mediante un procedimiento policivo dentro del cual se comprenda la respectiva orden de desalojo, pues al Ministerio del Trabajo sólo corresponde la toma de medidas de carácter general e individual relacionadas con la imposición de sanciones a quienes violen los estatutos reguladores del Trabajo y la Seguridad Social.

En el evento *sub lite* y conforme a los artículos 17 y 60 del C.S.T., las autoridades administrativas del Trabajo tienen a su cargo la vigilancia para el cumplimiento de las disposiciones que regulan las relaciones individuales y colectivas del trabajo, siendo en tal caso prohibido a los trabajadores suspender

intempestivamente sus labores y permanecer en el sitio de trabajo, sin que ello conlleve la facultad para que las autoridades del ramo empleen la fuerza, labor que sólo corresponde a la autoridades de policía mediante querella de parte.

Concluye entonces el Tribunal de Instancia:

"No existiendo obligación legal, más aún careciendo de la respectiva competencia para el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de emplear la fuerza para lograr el desalojo por parte de los ocupantes, de las instalaciones de la sociedad, mal puede afirmarse que la demandada haya incurrido en falla del servicio, pues para ello se requiere la obligación de satisfacer la respectiva prestación. Pero aún en el evento de entender, ya que la demanda se dirige contra la Nación Colombiana pues el Ministerio de Trabajo es una dependencia suya carente de personería jurídica y como tal de la capacidad de comparecer por sí mismo al proceso que el hecho se imputa genéricamente a quien sí detenta el uso de la fuerza pública -Nación-, ha de concluirse que tampoco se configura la aludida falla del servicio, pues para que surja la obligación de emplear el concurso de la fuerza pública a fin de obtener el desalojo de un bien de propiedad ajena ocupada de hecho se requiere de la instauración de la respectiva querella policiva, requisito éste cuya satisfacción no se acreditó en el proceso. Se demostró la formulación del denuncio penal por hurto, daño en cosa ajena y ocupación de predio ajeno mas no la formulación de la querella policiva por ocupación de hecho y dentro de éste la orden de desalojo.

"De otra parte y, entendiendo que la omisión que se atribuye a la Nación-Ministerio de Trabajo y Seguridad Social- no es propiamente la consistente en el no empleo de la fuerza pública para lograr el desalojo de los invasores, sino la no toma oportuna de las medidas pertinentes a conminar a los ocupantes a efectuar tal desalojo, como podría entenderse en el libelo tomando aisladamente el hecho que aparece relacionado bajo el literal p) del punto 2 de los antecedentes, tendría la Sala que concluir que si bien es cierto, el Ministerio del Ramo se limitó a escuchar a las partes a hacer presencia de las instalaciones de la empresa buscando un acercamiento entre ellas y a enviar a los trabajadores dos oficios invitándolos a hacer entrega de aquellas a su propietario a fin de facilitar el diálogo y solución del conflicto, sin tomar medidas conminatorias y mucho menos sancionatorias encaminadas a lograr tal desalojo, incurriendo así en falla del servicio por omisión en la actuación debida a que estaba obligada, tampoco podrá prosperar la declaratoria de responsabilidad de la Nación -Ministerio de Trabajo y Seguridad Social- al no configurarse el nexo causal entre la falla y el daño o perjuicio en la medida

en que el simple hecho de la desocupación física de la factoría ocupada por los trabajadores no conlleva o implica como consecuencia la no pérdida de los cultivos y el no deterioro de las instalaciones mismas. Para la conservación de los cultivos y de las instalaciones se requería del adelantamiento de las labores propias o adecuadas a tales fines, adelantadas por los propios trabajadores en paro o por personas contratadas para ello, una vez declarada la ilegalidad del movimiento, declaratoria que fue inicialmente negada según Resolución 02239 del 26 de junio de 1987, cuya legalidad la parte actora no cuestiona como expresamente lo consigna en el escrito de demanda y que luego fue revocada por Resolución 02761 del 11 de agosto del mismo año.

"Anota la Sala que el error o irregularidad en que incurrió la demandada al rechazar inicialmente las solicitudes de declaratoria de ilegalidad del cese colectivo de actividades, error reconocido por la misma administración al revocar tal determinación en acto administrativo posterior, serviría de supuesto de hecho, éste sí constitutivo de causa del daño para sustentar la declaratoria de responsabilidad. Pero como ya se anotó, precisamente la demanda descarta tal actuación errónea como sustento de sus pretensiones indemnizatorias".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala confirmará la sentencia impugnada, pues como se verá, los hechos del proceso no ameritan cargo de responsabilidad administrativa.

Por el material probatorio que recoge el informativo se sabe con certeza que, a raíz de la huelga de trabajadores de la empresa Bogotá Flowers Ltda., es decir, a partir de mayo 11 de 1987, un funcionario de la División del Trabajo de Cundinamarca visitó las instalaciones de la empresa en cumplimiento de las funciones de vigilancia y control que debe desempeñar el Ministerio de Trabajo. Se pudo comprobar también que de ahí al 13 de agosto de ese mismo año, esto es, cuando los directivos de la empresa recobraron el manejo de las instalaciones por el fin de la huelga, el Ministerio del Ramo se mostró al tanto de las circunstancias que rodearon el paro de los trabajadores, pues en ejercicio de las potestades administrativas que ostentan sus agentes, declararon *Ilegal* el paro de trabajadores, sin perjuicio de otras decisiones en las cuales se ve reflejada la presencia de los funcionarios del trabajo en la inmediación del conflicto, probanzas del juicio que la Sala resume en los siguientes puntos:

a) Por el documento de folio 336, fechado el 11 de mayo de 1987, se sabe que en esa fecha un inspector del trabajo "se trasladó a las instalaciones de la empresa Bogotá Flowers Ltda., ubicada en el K 27 de la carretera que conduce a Facatativá, en el municipio de Madrid, vereda el Pedregal, finca Santa Sofía, departamento de Cundinamarca, con el objeto de verificar presuntas irregularidades de índole laboral...";

b) En el acta que se firmó en esa ocasión se dejó constancia de "la total parálisis en el trabajo o cese de actividades que según manifestación de los sindicalistas se inició el día de hoy a las 5:00 a.m. y de la distancia abismal entre las peticiones del sindicato y la negativa de la empresa para lograr un acuerdo..."

c) Por auto de 22 de mayo de 1987 el jefe de la División departamental de Trabajo, junto con el jefe de la Sección de Relaciones Colectivas ordenan "de manera inmediata el riego y fumigación de las plantaciones del cultivo *Bogotá Flowers Ltda...* 2. Conmínase a las partes para que se dé cumplimiento aportando la empresa los insumos y elementos necesarios, y los trabajadores la mano de obra requerida..." (folio 339);

d) Por acta de esa misma fecha se constata la presencia del funcionario del Ministerio de Trabajo en las instalaciones de la empresa para el cumplimiento de la orden de fumigación de las plantaciones, quien asiste acompañado por dos ingenieros agrónomos encargados de sanidad vegetal del ICA. Estos, actuando como peritos auxiliadores en el desarrollo de la visita, recibieron el encargo de recomendar, de acuerdo con su leal saber y entender, las medidas de prevención que deban tomarse para el mantenimiento y normalidad del cultivo, especialmente con el fin de evitar su deterioro;

e) Entre los técnicos del ICA y el técnico de la empresa se convino efectuar la fumigación del cultivo por una sola vez, el riego de las plantas madres junto con los bloques 4c y 6b también por una sola vez. Definieron además que "la Dirección Técnica del Cultivo diseñará el programa, el cual será cumplido por los trabajadores que seleccione el sindicato, acuerdo del cual participan los trabajadores. En cumplimiento de tal acuerdo la empresa presentará el programa el día 27 en las horas de la mañana y los trabajadores los harán efectivos durante el término de 3 días de manera inmediata. La empresa el día 27 suministrará los insumos para dicha tarea...";

f) Por recomendación de los agrónomos del ICA, el Ministerio del Trabajo, por auto de 10 de junio de 1987, ordena por segunda vez, y de manera inmediata el riego, la fumigación y la fertilización de las plantaciones del cultivo. "El incumplimiento a lo ordenado acarreará las sanciones previstas en el artículo 24 de la Ley 11 de 1984", agrega el funcionario encargado de la gestión administrativa;

g) Como réplica a la anterior decisión, el Gerente Operativo de la empresa dirigió un escrito al Jefe de División del Ministerio del Trabajo, manifestándose inconforme con aquella imposición, pues según él, las labores de riego y fumigación recomendadas por los agrónomos del ICA, ya se habían ejecutado. "Como corolario de lo anterior, la empresa consideraque no debe participar en el cumplimiento de su

orden, contenida en el artículo 2° de su auto de junio 10 de 1987...", concluye el representante de la empresa" (folio 59);

h) El desacato del patrono ante las decisiones administrativas de los funcionarios del Ministerio se vio reflejada con la manifestación del Sindicato de Trabajadores, organización que frente a los hechos señaló por escrito que "nuestra organización sindical ha estado en múltiples ocasiones solicitando de esa institución se sirva presionar a la empresa Bogotá Flowers Ltda., para que dé cumplimiento del auto de la referencia, por cuanto a esta época, ya la plantación en un alto porcentaje se encuentra en un estado bastante lamentable y que de morirse las plantas estarían en serio peligro, la estabilidad laboral de los trabajadores, siendo ésta una de nuestras más serias preocupaciones. Que nuestra organización desde el mismo día que fue proveido (sic) el auto hemos estado pendientes y preparados para poder dar cumplimiento al mismo, con el impedimento de que la empresa se ha negado rotundamente a facilitar el riego, la fumigación y fertilización de las plantas". (Folios 358).

i) Se mostró tan evidente el incumplimiento de la empresa en este punto, que los huelguistas decidieron asumir directamente la administración del cultivo elevando a escritura pública el acta que resumía, en los siguientes términos, el desenvolvimiento del conflicto:

> "5. Que la plantación se encuentra en un estado de emergencia, por presentar signos de deshidratación y requiere tratamiento inmediato para evitar la propagación de enfermedades, hongos, ataques de insectos, etc que degeneren las plantas o pierdan su calidad a más de su marchitamiento. 6. Que es necesario defender la existencia de la plantación para evitar que se extinga la fuente de trabajo de más de 60 trabajadores de las flores. 7. Que los propietarios y directivos de la empresa han abandonado la suerte de la plantación y han sido los trabajadores quienes han manifestado al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social la urgencia de sostener riegos y evitar males mayores a la fuente de trabajo..." (folio 74);

j) Aquello que los trabajadores en huelga denominaron agencia oficiosa, como antesala de la espontánea administración del cultivo sólo sirvió para que el Ministerio de Trabajo revocara la Resolución 02239 de junio de 1987 y optara por la declaratoria de ilegalidad de la huelga, entre otras causas porque "corresponde a este Ministerio velar por el equilibrio en las relaciones obrero-patronales y el curso que ha tomado el diferendo presentado entre la Empresa Bogotá Flowers Ltda., y sus trabajadores, que en la actualidad sitúa en riesgo a la empresa y con ello la fuente de trabajo..." (folio 382);

k) A instancias de la inspección la de trabajo, como se observa en acta de 13 de agosto de 1987, el personal directivo de la empresa, mediante diligencia de entrega, recuperó las instalaciones, acta cuya copia es visible a folio 124.

No obstante la claridad probatoria que se ve reflejada en el marco anterior, el libelista insiste en su pretensión encaminada a lograr una indemnización "por las pérdidas sufridas por los socios de la liquidada sociedad comercial Bogotá Flowers Ltda., entre el 11 de mayo de 1987 y el 13 de agosto del mismo año", pérdidas ocasionadas a raíz del obligatorio proceso de erradicación y destrucción de los cultivos decretado por resolución de la Gerencia Regional del ICA según se desprende del documento visible a folio 165 en donde se comprueba que el cultivo de flores terminó convertido en un "hospedero de plagas".

Para la Sala resulta infundado apelar al expediente de la responsabilidad administrativa por los daños que sufre el empresario como consecuencia de un conflicto laboral con sus trabajadores; sin tener en cuenta que la huelga tiene base legal y se alimenta de la ciencia constitucional como complemento normativo. Es por ello indiscutible que el acontecer de una protesta laboral, con raíces en la historia de la civilizaciones, aparezca legítima si los órganos encargados de vigilar el conflicto no advierten razones para pronunciarse sobre su ilegalidad, de donde se desprende que en tales circunstancias ni los funcionarios del trabajo actuando como policía de gestión, ni la alcaldía municipal de Madrid como órgano de represión tendrían dentro de sus potestades la de someter a los huelguistas para salvar los cultivos de la empresa a ultranza de los derechos de los trabajadores.

Así como las autoridades administrativas y de policía se atan a los postulados de la Constitución y la ley para el ejercicio de sus funciones, también el derecho de los trabajadores a constituir sindicatos o asociaciones es un aspecto de rango constitucional (artículo 39.C.N) circunstancia que no tuvo en cuenta el empresario de Bogotá Flowers como se desprende de la Resolución 112, emanada del Ministerio de Trabajo, por la cual se decidió "conminar a la empresa Bogotá Flowers Ltda., para que en lo sucesivo se abstenga de realizar actos que conlleven la infracción de las leyes laborales y en especial que impida el libre derecho de asociación sindical contra el sindicato en formación... si la persecución sindical continuare, nuevas y drásticas sanciones se tomarían..." concluye diciendo el acto administrativo.

Observa la Sala un rotundo desacierto en la perspectiva del demandante, quien expone así el perfil de sus razonamientos:

> "En efecto, legal o ilegal la huelga, era obligación del Ministerio de Trabajo en ejercicio de sus funciones policivas laborales de vigilancia, control y garantía de la libertad de empresa y de la conservación de las fuentes de trabajo, desalojar, por la fuerza, a los ocupantes de hecho de las instalaciones de la

empresa, garantizar el acceso de los ejecutivos de las misma y garantizar el mantenimiento técnico y fitosanitario de los cultivos bien con la intervención de los huelguistas o con trabajadores extraños, y por no haberlo realizado, no obstante haberlo ordenado aunque tardíamente incurrió en grave falla del servicio por omisión, o retardo y por ineficiencia, lo que hace responsable a la Nación de los perjuicios sufridos por los demandantes". (Folio.10).

Tan desafortunada consideración apenas refleja un desconocimiento acerca del poder de policía administrativa que detectan los funcionarios de la administración, cuyas potestades, en los casos de huelga, demandan una atribución limitada ya que en su ejercicio y para la efectividad de sus labores, ellos deben actuar sólo dentro de la órbita de sus competencias. En el caso *sub examine*, las actuaciones del Ministerio de Trabajo fueron ajustadas a la filosofía que informan sus deberes, esto es, por una parte fueron mediadores en procura de conciliar el diferendo laboral, y por la otra tomaron determinaciones, bajo los apremios legales, en el ejercicio de sus facultades como policía de gestión administrativa, según las voces del artículo 41 del Decreto 2351 de 1965:

"Los funcionarios del Ministerio del Trabajo podrán hacer comparecer a sus respectivos despachos tanto a los patronos como trabajadores y directivos o afiliados a las organizaciones sindicales para exigirles las informaciones pertinentes a su misión... y asesorándose de peritos como lo crean conveniente, para impedir que violen las disposiciones relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión y del derecho de libre asociación sindical. Tales medidas tendrán aplicación inmediata sin perjuicio de los recursos y acciones legales consignadas en ellos.

Dichos funcionarios no quedan facultados, sin embargo, para declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión esté atribuida a los jueces, aunque sí para actuar en esos casos como conciliadores".

Definida la Nación colombiana como un Estado Social de Derecho inspirado en las libertades individuales y en las garantías sociales, absurdo sería para el juez administrativo exponer la falla del servicio con apoyo en conductas de omisión de fuerza por parte de la administración, como en este caso, dejando de lado todo un conjunto de actuaciones cumplidas por los funcionarios del Ministerio del Ramo, dentro de un procedimiento administrativo que a la postre sí colmó las expectativas de los empresarios, pues la decisión administrativa exhorto a los huelguistas al restablecimiento de labores trayendo consigo el fin del paro de trabajadores, operación que se desarrolló dentro de un esquema civilizado, aunque diferente al poder de policía administrativa que les atribuye equivocadamente el libelista a los

agentes de la administración. La doctrina de *Canasi* contribuye a la reflexión, en los siguientes términos:

> "En el estado moderno —Estado de Derecho y no estado de policía—, sujeto al orden jurídico, la presunción es en favor de la libertad de toda coerción estatal de base constitucional, de que lo que no está prohibido está permitido; el concepto o noción de policía aparece más restringido en las constituciones de los países. La Carta Política garantiza la libertad individual y la propiedad privada, pero su ejercicio no es ilimitado sino reglamentado por la ley. No existen derechos absolutos, pues en esta otra forma ellos conducirían a un bellum onmiun contra omnes." (Derecho Administrativo, Volumen III, parte especial, ediciones Depalma, pág 19).

También resulta en extremo aventurado y ligero atribuir la causa de la destrucción de los cultivos a las autoridades administrativas que fueron demandadas solidariamente en el *sub lite*, utilizando como pretexto el hecho según el cual

> "La autoridad se limitó a ordenar uno o dos riegos, por el personal de trabajadores señalado por los huelguistas, pero sin permitir el ingreso de los técnicos de la empresa que debían dirigir, vigilar y controlar las delicadas labores de riego y fumigación de los cultivos sin los cuales su pérdida total era irremisible".

Y se afirma lo anterior porque en caso de huelga, según el artículo 449 del Estatuto Laboral, no es posible la reanudación de los servicios suspendidos sino en aquellas dependencias "cuyo funcionamiento sea indispensable a juicio del respectivo inspector del trabajo, para evitar graves perjuicios a la seguridad y conservación de talleres, locales, equipos, maquinarias o elementos básicos, *y solamente en el caso de que los huelguistas no autoricen el trabajo del personal, necesario en esas dependencias*".

A la luz de las pruebas documentales que recoge el expediente se concluye que la causa del deterioro de las plantaciones de la empresa Bogotá Flowers Ltda., no se ha comprobado aún, pues la Sala no ve el fundamento probatorio sobre el cual se pueda definir con certeza este aspecto. El mutismo del apoderado de la parte actora frente a las manifestaciones de los miembros del sindicato, quienes en carta de folio 358 solicitaron a las autoridades de Trabajo presionar a la empresa para que dé cumplimiento a las labores de fumigación y riego recomendadas oportunamente por los técnicos del ICA sembró el camino de dudas en torno a las verdaderas causas que determinaron la destrucción del cultivo.

En cuanto al municipio de Madrid hay falta de legitimación pasiva y por ello desemboca en absolución, sin perjuicio de considerar que el empleo de la fuerza pública para desalojar a los huelguistas, solicitada a través de una querella por

ocupación de hecho al alcalde municipal de Madrid (Cundinamarca) no surtió los efectos que allí se perseguían, como consta en auto de 22 de julio de 1987 (folio. 100) por razones de competencia territorial definidas en el Estatuto de Policía de Cundinamarca que sitúa esos extremos del proceso policivo, la legalidad que se desprende del citado proveído constituye otra razón para confirmar el fracaso de las pretensiones enlistadas en la demanda.

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

FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia apelada.

Cópiese, comuníquese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en Sala de sesión de fecha 9 de noviembre de 1995.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández, Daniel Suárez Hernández, Jesús María Carrillo Ballesteros.*

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

CONTRATO ESTATAL - Controversia contractual / JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Competencia controversias contractuales / LEY DE CONTRATACION - Aplicación

La norma relacionada con competencia, es una norma de aplicación, inmediata a su entrada en vigencia, sin importar que se trate de aplicarla en relación con un contrato celebrado en vigencia del Decreto 222 de 1983.

Esta conclusión se desprende de la aplicación del artículo 40 de la Ley 153 de 1887. La competencia para conocer de las controversias derivadas de ese contrato, cuando ellas son planteadas ante la jurisdicción después de haber entrado en vigencia el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, sin importar la clasificación que se le dé al contrato. La Ley 80 de 1993 unificó en una sola categoría que denominó "contrato estatal", a todos los contratos celebrados por una entidad estatal, eliminó todas las distinciones que le fueron propias al Decreto 222 de 1983 en el cual la competencia para dirimir los conflictos derivados de un contrato celebrado por una entidad de derecho público, estaba marcada por la naturaleza del contrato. Después de entrar en vigencia la Ley 80 de 1993, no hay lugar a discutir la naturaleza del contrato celebrado por la entidad estatal, con miras a determinar la jurisdicción a la cual compete el juzgamiento de las controversias que de él se deriven. Basta con que el contrato haya sido celebrado por una entidad estatal, como en el caso que nos ocupa, para que su juzgamiento corresponda a esta jurisdicción, como expresamente lo dispone el artículo 75.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., noviembre veintitrés (23) de mil novecientos noventa y cinco.

Consejero Ponente: Doctor *Daniel Suárez Hernández.*

Radicación número 11310.

Actor: Luis Antonio Perea Parra.

Demandado: Municipio de Páez.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra del auto de 3 de agosto de 1995, proferido por el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante el cual se declaró la nulidad de todo lo actuado en el proceso a partir del auto admisorio de la demanda inclusive, por falta de jurisdicción.

Para fundamentar la decisión recurrida el tribunal explicó que el acto acusado hace relación a la escritura pública número 202 de 28 de diciembre de 1991, suscrita entre el alcalde del municipio demandado y el señor Oswaldo Tejada Pardo, para la venta de un lote de terreno de propiedad del municipio. Destacó que ese contrato no tenía el carácter de administrativo y que en él no se había pactado cláusula de caducidad, circunstancias que lo llevaron a concluir que el juzgamiento del asunto correspondía a la jurisdicción ordinaria, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto 222 de 1983, normatividad vigente en la época en la cual se celebró el contrato.

Inconforme la parte actora con esa decisión, apeló, para que la providencia apelada fuera revocada y en su lugar se ordene continuar con el trámite del proceso. Para fundamentar su inconformidad se dedicó a explicar, en primer lugar, los motivos de los cuales pretendía derivar la nulidad del contrato. Luego puso de presente que la acción contractual se regía por el Decreto 222 de 1983, vigente para la época del contrato, y que conforme a tal normatividad la competencia para conocer del proceso correspondía a la jurisdicción contencioso administrativa, habida cuenta de que en ese contrato de compraventa debía entenderse íncita la cláusula de caducidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala el auto apelado debe revocarse y en su lugar se ordenará continuar adelante el trámite del proceso, habida cuenta que conforme a lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, el cual entró en vigencia el primero de enero de 1994, es la jurisdicción contencioso administrativa la competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales.

Este proceso se inició a través de demanda que en acción contractual y por medio de apoderado judicial formuló el señor Luis Antonio Parra, el 11 de enero de 1994 (fl. 26 del cuaderno principal), allí se solicitó la nulidad de la escritura pública número 202 de 28 de diciembre de 1991, de la Notaría Unica de Inzá, por medio de la cual el municipio de Páez, a través de su alcalde, vendió al señor Oswaldo Tejada Pardo, un inmueble ubicado en el perímetro urbano de la población.

Lo perseguido a través de este proceso, es la nulidad de un contrato de compraventa de un bien inmueble, celebrado por un municipio, es decir, se pretende la nulidad de un contrato estatal.

En relación con lo que son los contratos estatales, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, señaló:

> "Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación...".

En la enunciación de las entidades a las cuales se les aplica el estatuto contractual, el artículo 1° de la Ley 80 de 1993, entre otras, relaciona a los municipios.

La Ley 80 de 1993 empezó a regir en este aspecto, el 1° de enero de 1994, conforme lo señaló expresamente en su artículo 81; esta demanda, de acuerdo a la constancia secretarial visible a folio 26 del cuaderno principal, fue presentada el 11 de enero de 1994, es decir, cuando ya había empezado a regir la Ley 80 de 1993.

La norma relacionada con competencia, es una norma de aplicación inmediata a su entrada en vigencia, sin importar que se trate de aplicarla en relación con un contrato celebrado en vigencia del Decreto 222 de 1983. Esta conclusión se desprende de la aplicación del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que en materia de aplicación de la nueva ley, dispone:

> "Art. 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

La competencia para conocer de las controversias derivadas de ese contrato, cuando ellas sean planteadas ante la jurisdicción después de haber entrado en vigencia el art. 75 de la Ley 80 de 1993, corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, sin importar la clasificación que se le dé al contrato.

La Ley 80 de 1993 unificó en una sola categoría que denominó "contrato estatal", a todos los contratos celebrados por una entidad estatal. Eliminó todas las distinciones que le fueron propias al Decreto 222 de 1983, en el cual la competencia para dirimir los conflictos derivados de un contrato celebrado por una entidad de derecho público, estaba marcada por la naturaleza del contrato.

En ese estatuto se podían distinguir las siguientes categorías de contratos:

1. Si el contrato era de aquellos que taxativamente señalaba como administrativos ese estatuto (art. 16), entonces era la jurisdicción contencioso administrativa la competente para conocer del proceso.

2. Si el contrato no estaba consagrado en el listado del artículo 16, era considerado como de derecho privado de la administración, y la competencia para conocer los conflictos que de él se derivaran correspondía a la jurisdicción ordinaria.

3. Si el contrato era de aquellos considerados como de derecho privado incluía la cláusula de caducidad, entonces se radicaba en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa la competencia para conocer de los conflictos que de él se derivaran.

4. Si en relación con el contrato de derecho privado de la administración en el cual no se había incluido la cláusula de caducidad, se profería un acto administrativo, la competencia para el juzgamiento de tal acto, correspondía a la jurisdicción contencioso administrativa.

Después de entrar en vigencia la Ley 80 de 1993, no hay lugar a discutir la naturaleza del contrato celebrado por una entidad estatal, con miras a determinar la jurisdicción a la cual compete el juzgamiento de las controversias que de él se deriven. Basta con que el contrato haya sido celebrado por una entidad estatal, como en el caso que nos ocupa, para que su juzgamiento corresponda a esta jurisdicción, como expresamente los dispone el artículo 75 que en lo pertinente dice:

> "Art. 75. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa".

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

RESUELVE:

1. *Revócase* el auto apelado, esto es, aquel proferido por el Tribunal Administrativo del Cauca el 3 de agosto de 1995.

2. En firme este auto, *devuélvase* el expediente al Tribunal de Origen, para que se continúe con la tramitación del proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Daniel Suárez Hernández, Juan de Dios Montes Hernández, Jesús María Carrillo B.*

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

FACTURA - Naturaleza / ACTO DE FACTURACION/ACCION DE REPARACION DIRECTA - Improcedencia / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/LIQUIDACION DE SERVICIOS PUBLICOS - Derecho de reclamación / RECURSO GUBERNATIVO ESPECIAL - Derecho de reclamación

La parte demandante, aunque da a entender que los actos de facturación expedidos por la Empresa de Teléfonos de Bogotá causaron perjuicios materiales a un número plural de suscriptores, los hace de lado para formular una acción de reparación directa, como si los citados actos no tuvieran el carácter de administrativos y fueran simples hechos productores de daños. Esos actos de facturación son administrativos. Y si al expedirlos se les cobró a los suscriptores sumas mayores a las que debían pagar, éstos podían impugnarlos por la vía establecida en el artículo 85 del C.C.A., por la cual podían pretender su nulidad y la fijación consecuencial de la suma realmente adeudada. Acción que no podía ejercerla sino el propio suscriptor afectado, dentro del término de caducidad previsto en la ley para esa clase de pretensión. La liquidación de los servicios que cada usuario debe pagar se hace a través de un acto administrativo. Lo que sucede es que este aparece contenido o vertido en un formato especial o cuenta, de características especiales, que suple la expedición formal de otros tantos actos administrativos, con considerandos y resolución. Es ingenuo pensar que la facturación inicial es un hecho material y que sólo la decisión que resuelve el reclamo se convierte en acto administrativo porque tiene recursos gubernativos. Puede sostenerse, entonces, que en el Decreto 1303 de 1989, el derecho de reclamación no es otra cosa que un recurso gubernativo especial.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., noviembre veinticinco (25) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Consejero Ponente: Doctor *Carlos Betancur Jaramillo.*

Actor: Luis Gonzalo Mejía Uribe.

Radicación número 9575.

Referencia: Apelación Auto.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto de 3 de febrero del presente año dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el cual se inadmitió la demanda.

La parte actora, en demanda formal de reparación directa, pidió:

"1.1 Que se declare que se ocasionó un daño en el patrimonio a un número plural de personas al facturarse y cobrarse unos dineros como saldo pendiente en los meses de octubre y diciembre de 1992, por concepto de liquidación parcial del consumo registrado en el período junio-agosto, contraviniendo el art. 17 del Decreto 1842 de julio 22 de 1991.

"1.2 Que se condene a la demandada a abonar en las cuentas de los suscriptores y/o usuarios las sumas de dinero de las cuales se habla en el numeral anterior.

"1.3 Que se condene a la demandada a pagar como perjuicios materiales, la diferencia entre el valor a abonar, y la indexación de esos valores calculada con los índices de precios al consumidor expedidos por el Departamento Nacional de Estadística, y aplicándole a esta suma los intereses legales por el tiempo que llegue a tenerlos en su poder. Lo anterior deberá ser abonado en las respectivas cuentas de los suscriptores y/o usuarios.

"1.4 Que de acuerdo con lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 1005 del Código Civil, se condene a la parte demandada, a pagar a la demandante, el valor correspondiente a la tercera parte de las sumas que deberá abonar a los suscriptores y/o usuarios, y que se menciona en el punto 1.2.

"1.5 Que de acuerdo también a lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 1005 del C.C. se adjudique al actor la mitad de la pena pecuniaria con que se pide se condene a la demandada por perjuicios materiales en el punto 1.3 de este libelo.

"1.6 Que se condene a la demandada a pagar al demandante lo que valga el tiempo y la diligencia empleados en la acción, según lo preceptúa el art. 2360 del Código Civil".

El *a quo* estimó que la actora había errado en la escogencia de la acción formulada, pues dados los presupuestos fácticos alegados esta no podía ser sino de nulidad y restablecimiento.

Se apoyó para el efecto en el mandato contenido en el art. 143 del C.C.A. y en el alcance del mismo para la admisión o no de las demandas, habida cuenta de los defectos formales o sustanciales que presente.

De ese proveído se destaca el siguiente aparte que la Sala comparte en lo fundamental:

> "Dando entonces, aplicación al inciso 1° del artículo 143 del C.C.A., que alude a la inadmisión de la demanda 'cuando carezca de los requisitos y formalidades –sustantivos, no formales pues a estos refiere el inciso 2° *ibídem*– previstos en los artículos anteriores'; que los artículos 82 y 83 *ibídem*, exigen que cuando se acuda a esta jurisdicción no sólo se requiere demandar una actividad administrativa, sino que se debe escoger la acción adecuada, de conformidad con las pretensiones pretendidas y la fuente jurídica de estas, la demanda presentada es apta formalmente, mas no lo es sustantivamente porque no se impugnó la nulidad de los actos administrativos donde se factura ilegal o erróneamente la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica, que son como afirma el actor, causa u origen del perjuicio reclamado.
>
> "El C.C.A., como puede verse, contempla razones de inadmisión de demanda, no previstos en otras codificaciones.
>
> "¿Qué razón tendría admitir una demanda, cuando *a prima facie*, como en este caso, el juez observa de entrada, defectos sustanciales, que de antemano, sabe que no puede decidir intrínsecamente lo formulado?
>
> "Es mandato constitucional, artículo 228, que en la función jurisdiccional deberá prevalecer el derecho sustancial. Así desde luego, se impone y de entrada señalarle al demandante, que al acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por vía inepta o errado, e inadmitir la demanda se le evita a él y a la jurisdicción, desgaste inoficioso, que concluiría en una decisión que le diría simplemente los defectos sustantivos de esa reclamación jurisdiccional, es decir, que su demanda fue inepta.
>
> "De admitir una demanda, como esta, se atentaría contra el principio de, 'que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial' (Artículo 4° del C.P.C.). ¿Para qué, como en este caso adelantar unos procedimientos, cuando por la ineptitud de la demanda no permitiría analizar los derechos de la ley sustancial, que pretende el actor?

"El defecto sustantivo, no formal, de la demanda presentada consistente en que, se pretende por vía directa obtener el restablecimiento del derecho y la reparación del daño ocasionados con unos actos administrativos, sin que estos hayan sido impugnados, impone la inadmisión de la demanda presentada.

"De otra parte, es necesario anotar que, en ausencia de un procedimiento que reglamente el ejercicio de las acciones populares, no existen mecanismos que permitan darle aplicación a este tipo de acciones. En consecuencia, tampoco puede reconocerse legitimación en la causa activa para el actor, salvo en relación con sus propias facturas de energía."

Para resolver, se

CONSIDERA

La demanda, como lo sostuvo el *a quo*, es francamente inadmisible.

Tal como lo ha dicho la jurisprudencia no es el capricho de los demandantes el que señala la acción adecuada. No, en acciones de resarcimiento es la naturaleza del elemento creador o fuente del daño la que define este punto, así: si la lesión al derecho del administrado la produce el acto administrativo particular, la acción no podrá ser sino la de nulidad y restablecimiento en los términos del artículo 85 del C.C.A.; si el daño proviene de un hecho, omisión u operación administrativa, imputable a una autoridad pública, la acción deberá ser de reparación directa (art. 86 del C.C.A.); y si la lesión surge de un contrato, la controversia deberá formularse siguiendo el derrotero trazado en el artículo 87 *ibidem*.

Asimismo ha dicho la jurisprudencia que estas acciones deberán presentarse por personas legitimadas; o sea aquéllas que se crean lesionadas en sus derechos, puesto que en estas no podrá pedirse sino un restablecimiento particularizado y concreto y nunca de carácter general.

Pues bien. La parte demandante, aunque da a entender que los actos de facturación expedidos por la Empresa de Teléfonos de Bogotá causaron perjuicios materiales a un número plural de suscriptores, los hace de lado para formular una acción de reparación directa, como si los citados actos no tuvieran el carácter de administrativos y fueran simples hechos productores de daños.

La errónea escogencia de la acción salta a la vista. Esos actos de facturación son administrativos. Y si al expedirlos se les cobró a los suscriptores sumas mayores a las que debían pagar, estos podían impugnarlos por la vía establecida en el artículo 85 del C.C.A., por la cual podían pretender su nulidad y la fijación consecuencial de la suma realmente adeudada.

Acción que no podía ejercerla sino el propio suscriptor afectado, dentro del término de caducidad previsto en la ley para esta clase de pretensión.

No le asiste la razón a la señora magistrada que salvó el voto cuando afirma que la facturación implica sólo una actuación material "consistente en incluir en la respectiva cuenta de cobro unos valores que provienen de otra actuación material, cual es la lectura del contador o el cálculo aproximado del consumo", porque de aceptarse esta simplista presentación del problema la liquidación prácticamente de todos los impuestos y de todos los servicios no se haría mediante actos administrativos, sino a través de actos materiales, no susceptibles cuando estuvieran mal liquidados, ni de recursos gubernativos, ni de la acción de impugnación tendiente a obtener una liquidación diferente menor o una exención total.

No; la liquidación de los servicios que cada usuario debe pagar se hace a través de un acto administrativo. Lo que sucede es que este aparece contenido o vertido en un formato especial o cuenta, de características especiales, que suple la expedición formal de otros tantos actos administrativos, con considerandos y resolución.

La época moderna impuso esta forma de acto no sólo para los servicios (baste pensar los miles de usuarios de las entidades públicas que los prestan), sino también para impuestos como el predial, el de industria y comercio, el de ventas, etc. Pero esta imposición no le ha permitido a nadie sostener que el acto administrativo que figura en los recibos o formatos haya dejado de serlo para convertirse en un acto de simple ejecución material. La reclamación que el usuario puede hacer de la facturación que considere ilegal, es razón de más para aceptar que dicha facturación conforma un acto administrativo. Es ingenuo pensar que la facturación inicial es un hecho material y que sólo la decisión que resuelve el reclamo se convierte en acto administrativo porque tiene recursos gubernativos.

Puede sostenerse, entonces, que en el Decreto 1303 de 1989, el derecho de reclamación no es otra cosa que un recurso gubernativo especial.

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

RESUELVE:

CONFÍRMASE el auto de 3 de febrero del presente año, dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en su sesión del día 24 de noviembre de 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.

NACION - Titular del dominio de baldíos / POSESION DE BIENES BALDIOS - Improcedencia de prescripción adquisitiva / ADJUDICACION DE BALDIOS - Inexistencia / WAYUU

La posesión de los bienes baldíos no puede llevar a la prescripción adquisitiva de dominio, a la luz de las normas de derecho civil, y que las sentencias, así obtenidas, en favor de particulares, no son oponibles a la Nación, quien continúa siendo la titular de derecho de dominio de dichos bienes. La posesión de los inmuebles rurales, puede conducir a obtener la adjudicación de los mismos, que obra como el modo de transmisión de propiedad, en favor de los particulares, siempre que dicha posesión se acomode a los lineamientos y a las exigencias de la ley agraria. Los únicos que tienen derecho de dominio sobre los predios habitados, son las 18 familias, a quienes se les ha transmitido dicho derecho, por vía de adjudicación. Los otros miembros de la comunidad Wayuú y el demandante, pueden obtener la propiedad de sus predios, por esta misma vía, se repite, en la medida que acrediten la explotación de los mismos y cumplan con los otros requisitos de ley.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., noviembre treinta (30) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Jesús María Carrillo Ballesteros.*

Actor: Angel Enrique Ortiz Peláez.

Radicación número 8429.

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 Entidad demandada, contra la sentencia calendada el día 18 de marzo de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, en virtud de la cual se DISPUSO:

"7.1 Declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, y en consecuencia se deniegan.

"7.2 Declarar que es parcialmente nula la Resolución número 001725 de abril 14 de 1987, expedida por el Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (Incora), por la cual se declara que son baldíos parte de los terrenos que conforman el fondo (sic) rural denominado *La Familia,* con una extensión de 1.572-2694 Has; ubicado en jurisdicción del Municipio de Barrancas, Departamento de La Guajira, y se ordenó su inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Riohacha a folios de la Matrícula Inmobiliaria N°. 210-0000037.

"7.3 A manera de restablecimiento del derecho y como consecuencia de la declaración que antecede, se ordena la cancelación de la inscripción de la Resolución N° 001725 de abril 14 de 1987 en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Riohacha (Guajira), a folios de la matrícula inmobiliaria N°. 210-0000037.

"7.4 Se exceptúa de la declaración de nulidad que antecede el art. 2° de la referida resolución, mediante el cual se declara de propiedad privada una extensión de 694.8000 Has, conformada por 18 lotes adjudicados por la Gerencia Regional Cesar del Incora a indígenas mediante los actos allí descritos.

"7.5 A esta providencia se le deberá dar cumplimiento en los términos del art. 176 del C.C.A.

"7.6 Ejecutoriada esta providencia, comuníquese con copia íntegra de su texto para su ejecución y cumplimiento.". (fl. 168 C.1).

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. La demanda

El ciudadano *Angel Enrique Ortiz Peláez*, obrando mediante apoderado, instaura acción de *nulidad y restablecimiento del derecho*, contra el *Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora* para que mediante sentencia se hagan las siguientes *declaraciones y condenas:*

"1°. Es nulo el acto administrativo contenido en la Resolución No. 001725 del 14 de abril de 1987, que declaró baldíos parte de los terrenos que conforman el predio rural "La Familia", expedido por el Gerente General del Incora, Doctor Fabio Bermúdez Gómez.

"2°. Como consecuencia de lo anterior y a manera de restablecimiento del derecho se dispone la cancelación de la inscripción dispuesta en el *artículo cuarto* del mencionado Acto Administrativo, para lo cual se oficiará o se remitirá

al Registrador de Instrumentos Públicos de Riohacha copia de la sentencia y con relación a la matrícula inmobiliaria N° 210-0000037.". (fl. 1 C. 1).

2. **Hechos**

El demandante, en apoyo de sus pretensiones, presenta, en síntesis, la siguiente relación fáctica.

El *Instituto Colombiano de Reforma Agraria, Incora,* inició proceso administrativo tendiente a establecer si el predio denominado "La Familia", ubicado en la jurisdicción del Municipio de Barrancas, Departamento de la Guajira, ha salido o no del patrimonio del Estado. Esas diligencias administrativas concluyeron con la Resolución número 001725 del 14 de abril de 1987 que en su parte resolutiva decidió que salvo las excepciones que en el mismo acto se indican, el inmueble rural antes citado, "conserva la calidad de baldío" y dispuso además, en su "Artículo Cuarto" su inscripción en la Oficina de Instrumentos Públicos de Riohacha en el folio de Matrícula Inmobiliaria número 210-0000037.

3. **Actuación procesal**

La demanda interpuesta fue inadmitida mediante proveído calendado el día 8 de octubre de 1987, pues a juicio del *a quo*, la acción interpuesta se encontraba caducada.

El anterior proveído fue objeto del recurso de apelación, y estudiado el punto, esta Corporación mediante auto del día 22 de abril de 1988, dispuso, en la parte central del mismo: "Admitir la demanda presentada por el señor *Angel Enrique Ortiz Peláez,* por conducto de apoderado, contra el *Incora*, para obtener la nulidad de la Resolución número 1725 del 14 de abril de 1987 proferida por esa entidad y el restablecimiento del derecho respectivo".

En la oportunidad procesal que le brinda la ley, el apoderado del *Incora* contestó la demanda para señalar en la parte fundamental de su exposición que el actor había adquirido el dominio del predio *La Familia* en virtud de un proceso de pertenencia, predio que a la postre resultó ser baldío.

Consecuente con lo anterior aduce que en caso de los baldíos, la ocupación no es modo de adquirir el dominio, por el elemental principio de que los baldíos no son *Res Nullius*. Son bienes del Estado.

Adicionalmente en su defensa, invoca las excepciones de falta de causa para pedir y de ineptitud formal de la demanda.

4. La sentencia recurrida

El fallador de primera instancia, declara no probadas las excepciones propuestas por la demandada y en consecuencia las deniega. Declara parcialmente nula la resolución impugnada, en la forma como ya se dejó reseñado en el presente proveído.

Para llegar a la anterior decisión el *a quo* señala que es apenas obvio que dado el tenor del artículo 3° literal d) de la Ley 135 de 1961, los poderes del Incora son de simple averiguación o constatación, tendientes sólo a identificar los inmuebles estatales o a facilitar el saneamiento de los títulos privados. Por esta razón, el procedimiento señalado en los artículos 3 a 9 del Decreto 1265 de 1977, es correcto en cuanto a su potestad reglamentaria, pero en el artículo 12 *ibidem*, sí se patentiza exceso en dicha potestad que impone su inaplicación por violación del artículo 189-11 de la Constitución Nacional, ya que la medida, no puede entenderse como vía para la debida ejecución de la ley, ya que so pretexto de clarificar unos títulos al ordenar esas cancelaciones, invade la órbita del órgano jurisdiccional y modifica situaciones subjetivas.

Estima, adicionalmente que el *Incora* en ejercicio de esa competencia, no puede modificar las situaciones jurídicas preexistentes.

Aduce que el *Incora* en ninguna forma puede terminar la investigación, declarando que el inmueble es baldío, puesto que no puede culminar sus diligencias de constatación con la declaración de que el bien ostenta dicha calidad, así el poseedor no presente título originario expedido por el Estado y las otras alternativas que se expresaron, pues se estaría desvirtuando, sin poder para ello, la presunción del artículo 1° de la Ley 200 de 1936, presunción que es oponible al Estado.

Agrega que la Entidad, sólo podría manifestar que el inmueble que queda en poder del interesado, puede ser susceptible de adjudicación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A. Como el apoderado del centro de imputación jurídica demandado, al contestar la demanda, propuso excepciones, la Sala se ocupará de definir previamente sobre el temperamento jurídico que ellas tienen. Los medios de defensa se presentan a través de la siguiente literatura:

> "Con fundamento en los artículos 163 y s.s. del Código Contencioso Administrativo, me permito proponer y solicitar las siguientes excepciones de fondo.
>
> "1. Falta de causa para pedir. Se fundamenta esta excepción en las siguientes razones:

"a) El actor pretende acreditar su dominio privado sobre el predio que fue materia de la declaratoria de baldío, alegando haber adquirido ese dominio, por prescripción, no teniendo en cuenta que por disposición legal, los baldíos son imprescriptibles y que su dominio sólo lo puede otorgar el Estado, mediante adjudicación que haga el organismo competente, en este caso es Incora.

"b) Otro de los aspectos en que el demandante finca su libelo, es la presunta ocupación que dice tener sobre el predio litigioso, ocupación que según él generó dominio. A ello debemos manifestar que la ocupación por sí sola no genera propiedad alguna, para ello es necesario la adjudicación, la cual según reiterada jurisprudencia del H. Consejo de Estado 'es una modalidad de la tradición'.

"Es natural y obvio que La Adjudicación es una forma de tradición, por ella se transfiere el dominio de un bien del Estado al particular y esta es la única forma de adquirir ese dominio.".

"...

"2. Ineptitud formal de la demanda, por no estar los hechos debidamente clasificados. Esta excepción se fundamenta en las siguientes razones de orden legal:

"a) Por exigencia de la ley procedimental civil, aplicable al procedimiento Contencioso Administrativo (Art. 75 numeral 6 del C.P.C.) entre los requisitos que debe tener la demanda está el de que los hechos que sirvan de fundamento a la pretensión, debe ser clasificados, determinados y enunciados.

"b) En la demanda introductoria al presente proceso, se puede observar; que varias de las situaciones narradas en el capítulo de hechos (numerales 2, 3, 4 y 6) no son propiamente hechos, sino argumentos de tipo jurídico que el actor aduce en defensa de sus pretensiones y que en el numeral primero hace alusión a varios hechos, con lo cual no se *está* dando cumplimiento al mandato legal que ordena la clasificación de los hechos.

"c) Así las cosas, la demanda es inepta por no estar en consonancia con lo ordenado por el citado artículo 75 del C.P.C. en su numeral 6°.". (fls. 122 - 123 Cdno N°. 1).

Para la Sala las circunstancias que se recogen a través de la anterior literatura no alcanzan a tipificar ninguna excepción, pues ellas se vinculan estrechamente al problema de fondo que se debate en el presente proceso y, por lo mismo, no se orientan a enervar las pretensiones. Se registra, pues, en el caso *sub examine*, una

simple *oposición del demandado* a las pretensiones del actor, que, como lo enseña el profesor Jaime Guasp "...consiste en una simple o mera negativa de los elementos de la pretensión del actor, defensa que puede designarse con el nombre de *negación*, pues en ella el oponente se limita a desconocer las afirmaciones del contrato sin colocar frente a ellas circunstancias distintas, por lo que se trata, como fácilmente se comprende, del tipo de defensa más sencillo que cabe imaginar". (Derecho Procesal Civil. Tomo Primero. Introducción y parte General. Tercera edición, página 236).

Además de lo anterior, el excepcionante al plantear la falta de causa para pedir, se refiere a la solución del problema de fondo, que necesariamente ha de tratarse al entrar a definir el presente conflicto de intereses.

Las consideraciones que se dejan expuestas llevan al sentenciador a declarar que no prosperan las excepciones propuestas.

B. Al entrar a definir el fondo del presente conflicto de intereses, la Sala anticipa que revocará el fallo impugnado pues no hace suya la valoración jurídica, fáctica y probatoria, que manejó el Tribunal de instancia, por no encontrarla ajustada ni a la ley ni al derecho, por las razones que más adelante se expondrán.

Para revocar la sentencia apelada la Sala encuentra acreditadas las siguientes circunstancias particulares del caso:

1. Que mediante Resolución número 001725, calendado el día 14 de abril de 1987, el *Incora* declaró: "...que no han salido del patrimonio nacional y por tanto, conservan la calidad de baldíos, los terrenos que conforman el inmueble rural denominado *La Familia*, ubicado en jurisdicción del municipio de Barrancas, departamento de La Guajira".

2. Que con anterioridad a la expedición del acto administrativo a que se hace alusión en el numeral anterior, el Juez del Circuito de Riohacha había declarado la prescripción adquisitiva del dominio del mismo predio, en favor del ahora demandante *Angel Enrique Ortiz Peláez*. Dicha sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior de La Guajira.

3. Que la sentencia proferida por el Juez del Circuito de Riohacha, anteriormente citada, fue registrada en el folio de matrícula inmobiliaria número 210-00000037. En dicho registro se reconoce como propietario del predio al aquí demandante, *Angel Enrique Ortiz Peláez*, en virtud del juicio de pertenencia, citado anteriormente.

C. A la luz de la realidad fáctica acreditada dentro del informativo, la Sala considera que se debe revocar la sentencia del Tribunal, pues considera que la resolución demandada en lugar de ser anulada, debe ser mantenida incólume, pues

acierta al declarar la condición de baldío, del predio *La Familia,* teniendo en cuenta que esta declaratoria encuentra apoyo en abundante normatividad que preceptúa que el dominio de los bienes baldíos no debe adquirirse por prescripción.

El anterior aserto jurídico, ha sido una constante en el sistema jurídico colombiano, como se enlista en la siguiente normatividad.

-El artículo 202 de la Constitución de 1886, que disponía:

"Pertenecen a la República de Colombia:

"1...

"2. Los baldíos."

-La Ley 48 de 1882, artículo 3°, según la cual: "Las tierras baldías se reputan bienes de uso público, y su propiedad no prescribe contra la nación, en ningún caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2519 del Código Civil."

-El Código Fiscal, en su artículo 44, señala:

"Son baldíos, y en tal concepto pertenecen al Estado, los terrenos situados dentro de los límites del territorio nacional que carecen de otro dueño, y los que habiendo sido adjudicados con ese carácter, deban volver al dominio del Estado.".

- El mismo Código Fiscal, en el artículo 66, en el cual se dice:

"El dominio de los baldíos no puede adquirirse por prescripción.".

A lo anterior se agrega, que la más reciente legislación expedida sobre la materia, aunque por ser posterior a la expedición de la resolución impugnada no se aplica, su cita, da mayor fuerza de convicción a la tesis de que se mantiene esa misma orientación normativa . Así en el Decreto 2664 de 1994, artículo 3° se lee:

"Modo de Adjudicación. La propiedad de los terrenos baldíos adjudicables únicamente pueden adquirirse mediante título traslaticio de dominio expedido por el Incora, o las entidades públicas en que hubiere delegado esa atribución. La ocupación de tierras baldías no constituye título ni modo para obtener el dominio, quienes las ocupen no tienen la calidad de poseedores, conforme al Código Civil, y frente a la adjudicación por el Instituto sólo existe una mera expectativa."

Ahora bien, dentro del marco del anterior acervo normativo, para la Sala resulta incontrovertible que cuanto la Resolución número 001725 del 14 de abril de 1987, que aquí se impugna, declara que el inmueble La Familia no ha salido del patrimonio nacional y conserva su calidad de bien baldío, no hace más que dar

tránsito a toda la legislación vigente al tiempo de su expedición, que ordenaba y que aún impera, según la cual el dominio de los bienes baldíos no puede adquirirse por prescripción, y por esta razón debe confirmarse.

D. Ahora bien, como el Tribunal aduce, como parte de su argumentación para revocar la resolución impugnada, que el juez promiscuo de Riohacha profirió sentencia de prescripción adquisitiva del dominio del predio La Familia en favor, del demandante Angel Enrique Ortiz Peláez, la Sala advierte que esta sentencia, no es oponible a la Nación, por varias razones: primero, porque como ya se indicó, va en contravía, con toda la legislación que preceptúa que los bienes baldíos son imprescriptibles; segundo, porque el propio proceso de pertenencia, regulado por el artículo 407 del Código de Procedimiento Civil, ordenaba la inscripción de la demanda en el registro, requisito que, en este caso, se omitió..., y, tercero, porque si bien es cierto la cosa juzgada merece la mayor ponderación, el mismo estatuto procesal civil en el artículo 332 consagra excepciones, como es el caso previsto en el citado artículo 407, numeral 4, en el cual se lee:

> "La declaración de pertenencia no procede respecto de bienes imprescriptibles o de propiedad de las entidades de derecho público.". En este punto la Sala, reitera la orientación jurisprudencial, en este mismo sentido, planteada en la sentencia del día 6 de abril de 1995, actor: *Víctor Prieto Sánchez. Magistrado* ponente: doctor *Juan de Dios Montes Hernández*, Exp. 7838.

E. En cuanto hace relación a la distribución de la posesión en el inmueble *La Familia,* en las diligencias de inspección judicial, practicadas dentro del informativo administrativo, se detecta, la siguiente situación fáctica:

> "Ubicación:
>
> "El predio *La Familia,* se localiza a la margen izquierda de la carretera nacional que conduce a Maicao y Riohacha; paraje La Cruz, corregimiento de Hato Nuevo, municipio de Barrancas, departamento de La Guajira.
>
> "Linderos:
>
> "Se constató que en términos generales corresponden a los consignados en el certificado de registro y en la Resolución número 109 de enero 16 de 1984, por la cual se inició el trámite.
>
> "Los linderos actualizados son: Norte: Predio Lloradero, de propiedad de Alberto Ortiz, arroyo el Lloradero al medio, y posesiones de los indígenas Josefa Poveda Pushaina y Cristóbal Epiayú, integrantes de la comunidad de Lomamato. Sur: Carretera Nacional en medio con predio El Reposo de Angel Ortiz Peláez. Este: Las Canales o Aguas Blancas en medio, con comunidad

indígena *Las Lomitas* y predio de Fabián Fragozo. En el certificado de registro figura como colindante *Miludis*, sin embargo, se estableció que dicha señora es la esposa del señor Angel Ortiz, y que nunca ha tenido predios en esta región. Oeste: Colinda con las comunidades indígenas de *Cerro Alto, Guamacito y Guaimarito.*

"Area.

"En la inspección ocular se calculó al inmueble una extensión aproximada de 1.700 Has., sin embargo según el plano con número de archivo B-313-264 levantado por Incora en abril de 1986, sobre los terrenos poseídos por la comunidad indígena de "Lomamato" y que corresponden a lo que es el predio La Familia, este tiene una extensión de 2.267.0694 Has.

"Topografía y suelos.

"El terreno es ligeramente quebrado, en la parte alta se encuentra una especie de meseta. Los suelos son pedregosos y de baja calidad, cubiertos con vegetación propia de la región y pastos artificiales y naturales.

"Explotación económica.

"Existe una zona de 186-1.328 Has., según plano número B-313-264 que están poseídas por las indígenas Wayuú: Inés Gouruyú, Ana Gouruyú, Elvira Gouruyú, Celia Pushaina, Carmela Pushaina, Eduardo Pushaina. Las dos primeras son mujeres del señor Angel Ortiz y los otros familiares de éstas, quienes reconocen dominio del señor Ortiz. En este sector se observaron unos pocos caprinos y aves de corral, así como cinco ranchos con sus corrales.

"Dentro de este sector se encuentra incluido el cementerio Manantial Grande que es el principal de la Comunidad indígena de Lomamato, y de otras comunidades vecinas.

"También se encontró un lote de aproximadamente ¼ de hectárea en el cual hay un rancho habitado por Doris y Rosario Ortiz, sobrinas del señor Angel Ortiz. No adelantan ningún tipo de explotación económica.

"Ocupantes.

"Como personas que reconocen dominio ajeno, se encuentran las señaladas en el capítulo anterior, además están el señor Gregorio Ortiz, la señora Carmen Elena Duriana quienes manifestaron haber vendido sus posesiones a *Intercor.*

"El resto del predio está totalmente ocupado y explotado por la comunidad indígena Wayuú de Lomamato. Esta ocupación data de muchísimos años, ya que son sus terrenos ancestrales, esto fue acreditado con el dicho de los

ancianos de la comunidad, alguno de 90 y 100 años de edad, quienes dicen haber nacido en estas tierras al igual que sus antepasados, y con el hecho de que esta región está ocupada esencialmente por indígenas.

"Esta comunidad está formada, según el censo realizado por la Oficina de Asuntos Indígenas, por 990 personas, nucleadas en 170 familias o clanes.

"Ellos realizan la explotación del predio de acuerdo a sus costumbres tradicionales, representada, especialmente en el pastoreo de caprinos. De los cuales manifestaron tener un número aproximado de 2.000 cabezas que pastan en la parte quebrada del inmueble; también tienen cerca de 200 vacunos y 60 caballares que sostienen en la parte alta del inmueble conformada por una meseta, 60 porcinos y aves de corral.

"La explotación agrícola es sólo de susbistencia, cultivando maíz, fríjol, tomate, etc. Cada familia o clan tiene un territorio delimitado, donde pastan sus animales y una zona llamada por ellos sabanas que sirve para el pastoreo comunal.

"18 indígenas han obtenido titulación por parte del *Incora* de los lotes poseídos por su familia o clan, manifestaron su deseo, de que sus predios queden comprendidos dentro del resguardo indígena que la comunidad ha solicitado sea constituido en estos terrenos.". (fls. 40-42 c.1).

En la diligencia judicial en antes transcrita, de entrada se advierte que la mayor parte del territorio se encuentra ocupado, poseído y explotado por familias integrantes de la comunidad Wayuú. De estas familias, dieciocho (18) son propietarias de lotes de los cuales han obtenido su adjudicación por parte del *Incora.*

Otra parte, de inferior cabida a la anterior sirve de cementerio, no sólo de la comunidad Wayuú, sino también de otras agrupaciones indígenas que habitan esa región.

Otra parcela menor que las dos anteriores –¼ de hectárea– se encuentra en posesión de *Angel Enrique Ortiz Peláez*, quien demanda en el presente proceso.

De la anterior distribución de la posesión del inmueble se infiere que el demandante no puede alegar derecho de dominio sobre todo el inmueble, pues, por una parte, como ya se advirtió la sentencia prescriptiva del dominio no es oponible a la Nación, y por otra, menos puede alegar propiedad de los predios ancestralmente poseídos por la Comunidad Wayuú, incluido el cementerio *Manantial Grande* que es el principal de esa colectividad, y en donde, los muertos alternan con los vivos, como en la "Comala" de Juan Rulfo.

El demandante mal puede reclamar posesión de los predios donde está ubicado el citado cementerio, porque allí, con mayor razón fenecen sus aspiraciones,

pues no resulta muy convincente que se encuentre posesionado, ni que haya explotado dichos predios.

Por tanto, la única situación jurídica favorable para el demandante apunta al predio, que según la diligencia de inspección judicial ha demostrado, habitar y explotar económicamente.

De lo hasta aquí expuesto, resulta que los únicos propietarios a la luz de la ley vigente son los 18 miembros del estamento Wayuú a quienes se les han adjudicado los predios mediante las resoluciones que se indican en el acto administrativo demandado. Por tanto el actor, en la medida de la extensión que acredita explotar puede solicitar la adjudicación del mismo. Lo propio pueden hacer los demás miembros de la comunidad indígena, respecto de los bienes que demuestren haber explotado económicamente.

Recapitulando, lo hasta aquí expuesto, se tiene:

1. Que la posesión de los bienes baldíos no puede llevar a la prescripción adquisitiva de dominio, a la luz de las normas del derecho civil, y que las sentencias, así obtenidas, en favor de particulares, no son oponibles a la Nación, quien continúa siendo la titular del derecho de dominio de dichos bienes.

2. Que la posesión de los inmuebles rurales, puede conducir a obtener la adjudicación de los mismos, que obra como el modo de transmisión de propiedad, en favor de los particulares, siempre que dicha posesión se acomode a los lineamientos y a las exigencias de la ley agraria.

3. Que en el caso bajo estudio los únicos que tienen derecho de dominio sobre los predios habitados, son las 18 familias, a quienes se les ha transmitido dicho derecho, por vía de adjudicación. Los otros miembros de la comunidad Wayuú y el demandante, pueden obtener la propiedad de sus predios, por esta misma vía, se repite, en la medida que acrediten la explotación de los mismos y cumplan con los otros requisitos de ley.

4. Que como consecuencia de lo anterior, se debe mantener la legalidad de la resolución demandada, que, de una parte, declara de propiedad de los 18 lotes de igual número de familias Wayuú, teniendo en cuenta que los predios les fueron adjudicados mediante los actos administrativos que allí se enlistan, y de otra, declara la condición de baldío del resto del inmueble rural *La Familia*, presupuesto, para que la parte correspondiente, continúe de necrópolis, y la otra porción pueda ser adjudicada por vía de resoluciones administrativas.

Dentro del orden de ideas que se ha dejado expuesto, considera el fallador que se cumple con la filosofía contenida en la legislación agraria colombiana, que se

traduce en el buen entendimiento del trabajo del hombre incorporado en la tierra, orientado a obtener la propiedad de la misma de parte de la administración por vía de adjudicación.

Considera que esta interpretación es más armónica con el escenario fáctico desplegado a lo largo del informativo, y desestima la interpretación contenida en la sentencia del Tribunal, según la cual, el demandante resultaría propietario del inmueble poseído por los aborígenes y de su cementerio, por obra de un manejo habilidoso de la administración de justicia y de la ley. Manejo que no puede ser de recibo en esta Corporación, por las razones que se dejan consignadas a lo largo de este proveído.

F. En consecuencia con las anteriores definiciones, la Sala también se aparta de la decisión del tribunal, en cuanto esta, decidió dejar sin aplicación el Decreto número 1267 de 1977, que regula el trámite de clarificación de la propiedad de predios rurales.

En el caso concreto que ocupa la atención del sentenciador, no hay lugar a dejar de aplicar el decreto mencionado, porque como ya se advirtió el *Incora* al expedir la Resolución demandada, no hace sino recoger la normatividad que rige esta materia y que lleva a la conclusión inequívoca que enseña que los predios rurales no son susceptibles de prescripción por ocupación, sino que este es uno de los elementos para provocar de la administración el acto administrativo que adjudique el inmueble.

De conformidad con todo lo hasta aquí expuesto, la Sala hace suya la orientación jurisprudencial fijada por la Corte Suprema de Justicia, calendada el día 28 de agosto de 1995, expediente número 4127, en la cual en la materia que se estudia, se lee:

> "...el artículo 1° de la Ley 200 de 1936, no hizo otra cosa que ratificar lo dispuesto por los arts. 66 y 67 del Código Fiscal acorde con los cuales los particulares pueden establecerse en tierras baldías explotándolas con cultivos o ganados, con derecho a que se les adjudique la faja de terreno así ocupada. Se reconoce de cierto modo un derecho legal al colono *para que se le adjudique* la tierra cultivada, derecho que entra en el patrimonio de este desde el momento en que se establece en una porción de tierra baldía poseyéndola en forma económica, pues en este evento el colono ha realizado el hecho que da nacimiento al derecho, esto es, el haber incorporado parte de su ser económico en una tierra inculta. La posesión económica del suelo otorga entonces al colono el dominio de este no por transferencia alguna, sino por el modo originario de la ocupación facultándolo para reclamar al

Estado el mal llamado título de adjudicación respectivo, con alcances meramente declarativos por limitarse a reconocer el dominio o propiedad que en tales circunstancias se consolide tal como lo dejó dicho la Corte en sentencia de 2 de septiembre de 1964 al aseverar que: "Quien, por consiguiente incorpora su trabajo a los baldíos de la Nación y los mejora con edificaciones, plantaciones, o sementeras que acrecientan la riqueza pública, adquiere de inmediato el dominio del suelo, no por transferencia alguna, sino por el modo originario de la ocupación con que el ordenamiento protege y respalda al poseedor económico de tierras sin otro dueño que el Estado", a lo cual agrega que *la adjudicación* posterior encaminada a solemnizar la titularidad, *ha de basarse en la prueba que demuestre plenamente haberse cumplido* en las condiciones legales el modo adquisitivo por ocupación.

"Dicho en otras palabras si al tenor del artículo de la Ley 200 de 1936, se presume no ser baldío sino de propiedad privada el terreno poseído económicamente, como allí se prevé, ello no tiene otra significación distinta a la de que, por el modo constitutivo de la ocupación, dicho fundo le pertenece a quien así lo ha poseído. Basta entonces esa sola ocupación de la tierra baldía en la forma exigida en la ley para que surja el derecho de propiedad del colono que debe reconocer el estado mediante la correspondiente resolución de adjudicación, toda vez que el dominio de aquél se produce por virtud del modo originario de la ocupación. La resolución administrativa de adjudicación en cuestión se limita, iterase (sic), a constatar y reconocer el hecho preexistente de la ocupación en las condiciones exigidas por el artículo 1° de la Ley 200 de 1936, ya consumada real y materialmente, por todo lo cual la inscripción de dicho acto en el registro público cumple una función publicitaria.". (Gaceta Jurisprudencial, N°. 31, agosto de 1995, Editorial Leyer. Págs. 20 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:

Primero. Revócase la sentencia calendada el día 18 de marzo de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, por las razones que se exponen en el presente proveído, y en su lugar se

RESUELVE:

1. No prosperan las excepciones propuestas.

2. *Deniéganse* las pretensiones de la demanda.

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

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

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase, publíquese en los **Anales del Consejo de Estado**.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Jesús María Carrillo Ballesteros, Juan de Dios Montes Hernández, Daniel Suárez Hernández.*

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: Se acoge la orientación jurisprudencial expuesta por la Corte Suprema de Justicia en la providencia de agosto 28 de 1995, Exp. 4127.

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Improcedencia / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Procedencia / ACTIVIDAD POLICIAL - Evasión

Las pretensiones de la demanda deberán denegarse por haberse escogido incorrectamente la vía para poner en movimiento a la jurisdicción Contenciosa Administrativa. La acción pertinente era la consagrada en el art. 85 del C. C. A. En suma, se confirmará la decisión del Tribunal. Para la prosperidad de las pretensiones, por las razones anteriormente expuestas, era exigible demandar en ejercicio de la acción consagrada en el art. 85 del C.C.A. y por medio de ello, desvirtuar la presunción legal de validez de los actos administrativos por medio de los cuales se declaró que el agente se encuentra evadido de la actividad policial y además, probar que la entidad pública está obligada a responder por el desaparecimiento del agente público.

CADUCIDAD DE LA ACCION - Improcedencia / DESAPARECIMIENTO DE PERSONA - Muerte presuntiva / MUERTE PRESUNTIVA POR DESAPARECIMIENTO - Término de caducidad / PROCESO DE JURISDICCION VOLUNTARIA - Muerte por desaparecimiento

Antes de arribar a cualquier tipo de suposición sobre el destino de una persona que sin explicación desaparece, es necesario que tanto sus familiares como amigos e instituciones estatales competentes adelanten las indagaciones y pesquisas encaminadas a esclarecer la verdad de lo que hubiera podido ocurrir; es mas, las averiguaciones deben efectuarse durante un lapso más o menos largo, en el que puede retornar u obtenerse una pista que lleve hasta él antes de aventurarse a asegurar si quiso dejar su modo regular de vida, fue plagiado, o bien, dejó de existir. Si la búsqueda no arroja resultados positivos a corto o mediano plazo, debe entonces acudirse a los jueces de la República, a un proceso de jurisdicción voluntaria, en donde habrá de declararse la ausencia de la persona de que se trate, o bien, su muerte

presuntiva por desaparecimiento; sin embargo en casos como el que ahora se trata existe otra alternativa, que fue la escogida por los demandantes, de esperar que en sede administrativa se adelanta la investigación correspondiente, que debe concluir con la declaración de que la ausencia al trabajo del agente público es justificada o injustificada. Con las pretensiones es claro que en el proceso no se configura la caducidad de la acción. El término para promover la demanda tendiente a obtener se declara al Estado responsable de la ausencia, muerte presunta por desaparecimiento o abandono de sus labores de un agente público, sólo puede contarse a partir de la ejecutoria del respectivo fallo judicial o de la decisión adoptada en el trámite averiguatorio o disciplinario que siga la administración. En este caso particular, el término hábil para proponer la demanda debe calcularse desde la fecha de desfijación del edicto por medio del cual se notifica la providencia de segundo grado del trámite administrativo seguido a raíz de los hechos, como corolario se tiene que al haberse recibido la demanda el 27 de septiembre de 1991, la acción propuesta fue promovida en tiempo.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., doce de diciembre de mil novecientos noventa y cinco.

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

Radicación número 8819.

Referencia: Demandada: La Nación –Ministerio de Defensa–Policía Nacional.

Actor: Jorge Enrique Díaz Acosta y otra.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia que pronunció el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, el 24 de junio de 1993, por medio de la cual a la vez que declara probada la excepción de caducidad de la acción propuesta por la administración, deniega las súplicas formuladas en el libelo inicial del proceso.

La acción incoada en el sub lite es la de reparación directa consagrada en el art. 86 del C.C.A. La demanda se encamina a obtener que la entidad pública sea declarada administrativa y patrimonialmente responsable de la desaparición del agente de la Policía Nacional Miguel Antonio Acosta Camacho, desde el 15 de julio de

1989, luego de cumplir su turno de servicio en el CAI de la Avenida Caracas con calle 53, en el Distrito Capital.

La causa petendi, en síntesis narra los siguientes antecedentes fácticos:

"1. El señor Miguel Antonio Acosta Camacho ingresó a la Fuerza de la Policía Nacional el 15 de octubre de 1985, como agente alumno, según constancia calendada el 5 de septiembre de 1991, expedida en Santa Fe de Bogotá, D. C., por el señor Jefe de la Sección Archivo de la Policía Nacional.

"2. De acuerdo con la constancia antedicha, se establece que el referido agente fue dado de alta, en la fecha indicada en el hecho anterior, vale decir, el 15 de octubre de 1985, mediante orden administrativa de personal número 1-208-85.

"3. En armonía con la constancia en cuestión, se infiere que la última unidad a que fue adscrito el agente Acosta Camacho es la Policía Metropolitana de Bogotá.

"4. Cuando el agente Acosta Camacho prestaba su servicio normalmente en el CAI número 48 de esta ciudad, por cuanto ese puesto policial pertenece a la policía metropolitana de Santa Fe de Bogotá, se evidenció que el día 15 de julio de 1989 estaba laborando en el CAI mencionado y a partir de esa fecha desapareció estando en pleno goce de sus facultades legales, como miembro orgánico de la Policía Nacional, y a la vez, cumpliendo con sus deberes respectivos.

"5. Como quiera que la Policía Nacional no dio ninguna información concreta a los padres del agente Miguel Antonio Acosta Camacho, sobre su desaparición intempestiva y extraña, me otorgaron poder para que la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos estableciera las causas a que se refiere el hecho anterior.

"6. En este orden de ideas, el funcionario quien adelantó las investigaciones al respecto, libró, entre otras, comunicación informándome pormenorizadamente de las diligencias efectuadas por la Procuraduría, según se puede apreciar en el oficio número 2425 del 21 de agosto de 1991.

"7. Conforme al referido oficio número 2415 emanado de la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos, constituye una verdad irrefutable que aún no se ha establecido a ciencia cierta si el agente Miguel Antonio Acosta Camacho fue objeto de algún atentado contra su vida e integridad personal o, por efecto de un posible secuestro.

"8. Según la constancia expedida por el Jefe de la Sección de Archivo General de la Policía Nacional, se dice que el agente Miguel Antonio Acosta Camacho fue separado en forma absoluta de la Policía Nacional, 'por haberse establecido que incurrió en la comisión de faltas constitutivas de mala conducta descritas en el numeral 36 del artículo 121 del Decreto 100/89' consistentes en haberse evadido de la Unidad a la que estaba adscrito –CAI número 48–. Sin motivo ni causa justificada a partir del 15-07-89 una vez prestó primer turno desconociéndose hasta la presente su paradero...".

"La anotación que le figura en la constancia en referencia da lugar a formular reparos, pues no se puede admitir como evidencia para tratar de ocultar la desaparición, si se tienen en cuenta las siguientes circunstancias:

"En efecto, si el agente *Miguel Antonio Acosta Camacho* hubiera abandonado la Unidad, por qué razón con fecha 15 de septiembre de 1989 la Policía Nacional informa a la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos que el agente Miguel Antonio Acosta Camacho, labora en la policía metropolitana de Bogotá?

"Ahora bien:

"Si el referido agente cometió un hecho punible de carácter típicamente policial, ¿por qué razón no se le informó a la Procuraduría la existencia del supuesto proceso penal policivo por deserción?

"A la luz del Código Penal Militar (Decreto 2550 de 1988) en sus artículos 111, 115 y concordantes, los hechos punibles respectivos son investigables de oficio y, por lo tanto, omitir la apertura el proceso penal castrense es cuestión que coloca sobre la picota pública a los superiores del presunto evadido". (Fls. 5 a 7 C. 1).

Tramitada la primera instancia conforme a las normas procesales que gobiernan la materia, el a quo, mediante la providencia recurrida, declaró probados los medios exceptivos propuestos por la entidad pública y además resolvió adversamente las pretensiones del libelo demandatorio, según se dejó anotado al inicio de este proveído.

En lo atinente al primero de tales aspectos, el Tribunal luego de analizar la cuestión litigiosa, concluye que hay lugar a declarar la caducidad de la acción porque entre la fecha del hecho del que infiere la responsabilidad de la administración y la fecha de presentación de la demanda transcurrieron más de dos años, pronunciamiento que fundamenta así:

"La falta que se imputa a la administración consiste en no tomar las medidas necesarias para proteger, la vida del agente desaparecido el día 15 de julio de 1989.

"Por su lado la demanda se presentó el 21 de septiembre de 1991, dos años, dos meses, seis días, después de aquel hecho real o supuesto, y que materializa la falta predicada.

"Entre la materialización de la falla la desaparición el 15 de julio de 1989 y la presentación de la demanda pasaron más de dos años.

"El artículo 136 del Decreto 01 de 1984, vigente desde el 1° de marzo de aquel año, dice que las acciones de reparación directa caducan al cabo de dos años contados desde la ocurrencia del hecho.

"El presente caso es una acción de reparación directa porque se demanda por la falta de la administración consistente en no proteger la vida de un ciudadano, cuyas consecuencias reales o supuestas sucedieron el 15 de julio de 1989.

"Al mismo se le aplica la norma citada porque cuando supuestamente sucedió el hecho materia de juzgamiento ella estaba vigente.

"El que la administración pública hubiera informado a la Procuraduría Delegada para los Derechos Humanos y a la Defensoría del Pueblo el día 15 de septiembre de 1989, que el agente aún se hallaba en su servicio, indica que para entonces aún no había sido retirado del mismo, pues no había concluido la investigación disciplinaria, pero no tiene ello el efecto de revivir la caducidad o de hacer que en el término se cuente desde entonces, circunstancias que de otro lado resultarían *inanes,* pues entre el 15 de septiembre de 1989 y el 21 de septiembre de 1991 igualmente transcurrieron más de dos años, según el calendario" (fls. 68 a 70 C.1).

Inconforme con el fallo que se dejó anotado, el mandatario judicial de la parte actora, estando en oportunidad legal para hacerlo, interpuso y sustentó el recurso de segundo grado que ocupa la atención de la Sala, según el escrito visible a los fls. 72 73 *ibidem*, en el cual pide revocarlo y en su lugar acceder a las pretensiones del libelo introductor del proceso.

Para el recurrente, en el caso de autos no se opera el fenómeno de la caducidad por las siguientes razones:

"El oficio número 2415 del 21 de agosto de 1991, emanado de la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos era la pauta para iniciar la acción.

"La razón que el organismo policial no daba una respuesta sobre el destino de agente que se encontraba bajo sus órdenes.

"Luego si esto era así: tenía que tenerse como base y certeza de la desaparición para que tuviera fundamento; del oficio, o sea, del 21 de agosto de

1991 que informó Derechos Humanos. En consecuencia de lo anterior con el debido respecto manifiesto a usted, que apelo al superior con el fin de que proceda a despejar de qué fecha parte el término" (fl. 72 C.1).

En la oportunidad de alegatos de conclusión de esta segunda instancia, las partes mantuvieron silencio. Para el doctor Fernando Ospina Henao, Procurador Décimo Delegado ante el Consejo de Estado, en su visita de fondo, agregada a los fls. 82 a 85 idem la providencia del a quo debe matenerse incólume habida cuenta que la demanda fue presentada "cuando ya habían transcurrido más de dos años, contados a partir de la ocurrencia de los hechos, término dentro del cual se deben iniciar las demandas en ejercicio de la acción de reparación directa, so pena de incurrir en caducidad de la acción".

LA SALA CONSIDERA

La Sala revocará el fallo recurrido y en su lugar, se declarará la improsperidad de las pretensiones del libelo demandatario.

El análisis global de los diversos aspectos objeto de esta controversia jurídica, hecho a través de la apreciación de los medios de convicción que se recogen en el expediente, permite concluir que en el proceso se hallan suficientemente probados los siguientes hechos:

Miguel Antonio Acosta Camacho se vinculó a la Policía Nacional, a partir del 15 de octubre de 1985. Para el 15 de julio de 1989, prestaba sus servicios en calidad de agente en el CAI de la Avenida Caracas con calle 53, adscrito a la Policía Metropolitana de Santa Fe de Bogotá, Distrito Capital.

El día últimamente citado, sábado, luego de prestar el servicio hasta las 8:00 a.m. quedó en franquicia el resto del fin de semana, pues debía regresar a cumplir con el primer turno del lunes 17 siguiente, cuestión que no ocurrió.

Conforme al testimonio recogido a María del Carmen Rodríguez Prieto, persona con la que tenían una hija, el agente, una vez concluidas sus labores oficiales, se dedicó a descansar, habiéndose dedicado al sueño en el mismo CAI. Un poco más tarde, según la deponente hacia las 9:00 a.m., se encontraron, trasladándose primero a una tienda y luego a un motel o residencia cercana a la sede policial; según la declarante "antes de salir de la residencia él me dijo, que si no subía esta semana, que no subía nunca... Me dijo que no lo llamara al CAI porque estaba trabajando y entonces yo le dije que bueno, que yo no lo llamaba porque sabía que él estaba trabajando, entonces (¿sin embargo?) el domingo (al día siguiente) le dije a una prima que antes de irme a trabajar lo iba a llamar y llamé al CAI y me informaron que el agente Miguel Acosta se encontraba desaparecido" (fls. 14 y 15 del C. 2).

De acuerdo a las declaraciones suministradas por el subteniente Alexander Portilla, el agente Ramírez Ladino y el particular Mauricio Enrique Montañez, el agente después de abandonar el motel se dirigió a un bar denominado Madon's Club, situado en la calle 52 con la carrera 28, donde conversó con la persona últimamente citada y aproximadamente diez o quince minutos después se retiró acompañado de una persona conocida como José Luis y de un primo suyo (fls. 25, 27 y 28 ibidem). Desde ese momento en adelante nada se volvió a saber de su destino.

La versión que trata de relacionar la desaparición con una afección cardíaca, no tiene respaldo en el plenario y por el contrario, está plenamente rebatida en las pruebas. La hoja de vida en parte alguna indica que él hubiera requerido de los servicios médicos institucionales en consulta para que se le tratara algún problema de salud. Además de lo anterior, es significativo y contradictorio que luego de quejarse de dolores hubiera ingresado a un motel con su concubina.

La realidad procesal enseña que el agente, pese a estar obligado a hacerlo, no volvió a aparecer por el CAI el 17 de julio de 1989 ni en los días siguientes. En tal virtud su comandante, el subteniente Alexander Portilla Córdoba, se dirigió a su superior, con oficio del 24 del citado mes y año, informándole que el agente no se ha presentado a laborar durante ocho turnos consecutivos, que desconoce los motivos de su proceder y que las averiguaciones hechas con sus familiares para conocer de su paradero han resultado infructuosas (fl. 16 C. 2).

Por medio del oficio datado de 25 de julio de 1989, el comandante del CAI vuelve a dirigirse a su superior jerárquico para comunicarle que tanto el personal de la institución como familiares del agente han estado indagando por el sitio donde pueda hallarse o por lo que le hubiera podido pasar, sin tener éxito. Dos días después, el agente público primeramente citado formuló la correspondiente denuncia penal por la supuesta desaparición injustificada de su subalterno.

Por la iniciativa de los demandantes como de la propia institución policial, mediante oficio de 11 de octubre de 1989, el Director de la Policía Metropolitana de Bogotá, Distrito Capital, ordenó al comandante de la Novena Estación, adscrito al CAI, adelantar la investigación de rigor a fin de establecer con precisión y definitivamente el paradero y situación en que se encontraba el agente en mención (fl. 7 ibidem).

El informativo adelantado, en que el agente público estuvo representado por un curador ad litem, concluyó con providencia de 13 de julio de 1990, solicitando separarlo en forma absoluta de la institución, con nota de mala conducta, como responsable de las faltas contempladas en el Decreto 100 de 1989, libro segundo, título III, capítulo II, art. 121, numerales 12, 16 y 36, consistente en no volver a

prestar sus servicios policiales desde el 15-07-89, fecha desde la cual se desconoce su paradero; llegó a esta deducción, previos los siguientes planteamientos fundamentales:

"Quedó muy claro que el Ag. *Acosta Camacho Miguel Antonio* quien antes de su desaparición laboró en el CAI 48 de la Novena Estación de la Mebog, de un momento para otro desaparece sin dejar rastro alguno, dejando un interrogante sobre la dirección que haya podido tomar o la suerte que haya corrido, pues la última vez que fue visto, estaba en el establecimiento de nombre Madona's el cual es un club taberna de actividades especialmente nocturnas, el día 15-07-89 en compañía de un sujeto de nombre *José Luis* quien era conocido del agente por haber administrado dicho club.

"Tanto este despacho mediante el presente informativo, como los organismos especializados de la Ponal, Dijin y Sijin, se dieron a la tarea de hacer las pesquisas para tratar de encontrar alguna pista que condujera a encontrar el paradero del agente. Así, se llegó hasta la finca de los padres del agente donde manifestaron desconocer el paradero del mismo, igual a como lo manifestó la joven *María del Carmen Rodríguez Prieto* con quien tenía una pequeña y la cual fue una de las últimas personas en entrevistarse con el agente. Ella por su parte da un indicio muy claro de la posible situación del agente, pues dijo que el agente en su última entrevista con ella le manifestó la posibilidad de visitarla unos días después, transcurridos los cuales si no regresaba la joven no debería esperarlo nunca más. Con esto comienza a despejar un poco el misterio de la desaparición del agente pues salta a la vista que éste era conocedor de alguna misión en la cual iba a participar, en la cual había la posibilidad de tener que 'desaparecer', por eso advirtió a su compañera sobre este hecho.

"En vista de los mismos hechos, las búsquedas infructuosas del agente, en las diferentes unidades donde se intensificó su búsqueda, este despacho para surtir los procedimientos legales lo emplaza por edicto por un término de diez (10) días luego de los cuales es procedente declararlo inculpado ausente concluyéndose con esto la última posibilidad de que el agente se manifestara al respecto o por lo menos se comunicara, cosa que jamás hizo y este resultado negativo unido a las declaraciones de la señorita *María del Carmen Rodríguez Prieto* y los procedimientos de búsqueda que la Ponal hizo, permiten establecer con toda certeza que el agente deliberadamente optó por abandonar la institución con pleno conocimiento de causa ya que si miramos su hoja de vida el susodicho llevaba más de tres años de estar en las filas de la Ponal y en términos generales no era mal elemento de lo que descarta de

plano cualquier desilusión como manifestó su vocero defensor, pues hasta el momento de evadirse el agente no tenía ningún problema disciplinario que se supiera y que motivara su repentina desaparición.

"Respecto a lo manifestado por el Dg. *Javier Jaramillo Casas Buenas* en cuanto que bien pudo tratarse de una infiltración guerrillera aunque no hay prueba de ello, no se debe descartar esa posibilidad como tampoco la de que de pronto el agente esté vinculado a algún grupo de narcotraficantes toda vez que se le vio en compañía del sujeto de nombre *José Luis* el cual también desapareció y en compañía de un sujeto negro con quienes proyectaba asistir a una fiesta en una finca vía Mesitas de nombre *Apogeo*. Esto último concatenándolo a lo que le manifestó a su compañera antes de desaparecer confirman que el agente de todas maneras estaba comprometido en algún hecho del cual era consciente, algo le podría ocurrir, por eso lo advirtió a su compañera. Con base en lo anterior se puede afirmar con seguridad, que el agente o se haya muerto o está vivo en función de actividades ilícitas, pero de todas maneras para la institución se encuentra *Evadido*" (fl. 99 C. 2).

De este acto administrativo conoció en grado de consulta y fue confirmado por la Dirección General de la Policía Nacional, el 11 de octubre de 1990, decretando la separación del servicio del agente como se solicitaba en la primera providencia (fls. 109 a 112 *idem*).

Antes de arribar a cualquier tipo de suposición sobre el destino de una persona que sin explicación desaparece, es necesario que tanto sus familiares como amigos e instituciones estatales competentes, adelanten las indagaciones y pesquisas encaminadas a esclarecer la verdad de lo que hubiera podido ocurrir; es mas, las averiguaciones deben efectuarse durante un lapso más o menos largo, en el que puede retornar u obtenerse una pista que lleve hasta él, antes de aventurarse a asegurar si quiso dejar su modo regular de vida, fue plagiado, o bien, dejó de existir.

Si la búsqueda no arroja resultados positivos a corto o medio plazo, debe entonces acudirse a los jueces de la República, a un proceso de jurisdicción voluntaria, en donde habrá de declararse la ausencia de la persona de que se trate, o bien, su muerte presuntiva por desaparecimiento; sin embargo, en casos como el que se trata existe otra alternativa, que fue la escogida por los demandantes, de esperar que en sede administrativa se adelanta la investigación correspondiente, que debe concluir con la declaración de que la ausencia al trabajo del agente público es justificada o injustificada.

Con las precisiones es claro que en el proceso no se configura la caducidad de la acción. El término para promover la demanda tendiente a obtener se declare

al Estado responsable de la ausencia, muerte presunta por desaparecimiento o abandono de sus labores de un agente público, sólo puede contarse a partir de la ejecutoria del respectivo fallo judicial o de la decisión adoptada en el trámite averiguatorio o disciplinario que siga la administración.

En este caso particular, el término hábil para proponer la demanda debe calcularse desde la fecha de desfijación del edicto por medio del cual se notifica la providencia de segundo grado del trámite administrativo seguido a raíz de los hechos, es decir, del 7 de noviembre de 1990, de acuerdo con la constancia secretarial visible al fl. 113 del C. 2; como corolario se tiene que al haberse recibido la demanda el 27 de septiembre de 1991, la acción propuesta fue promovida en tiempo.

Vistos los antecedentes, las pretensiones de la demanda deberán denegarse por haberse escogido incorrectamente la vía para poner en movimiento a la jurisdicción Contenciosa Administrativa. La acción pertinente era la consagrada en el art. 85 del C.C.A.

En suma, se confirmará la decisión del Tribunal. Para la prosperidad de las pretensiones, por las razones anteriormente expuestas, era exigible demandar en ejercicio de la acción consagrada en el art. 85 del C.C.A. y por medio de ello, desvirtuar la presunción legal de validez de los actos administrativos por medio de los cuales se declaró que el agente se encuentra evadido de la actividad policial y además, probar que la entidad pública está obligada a responder por el desaparecimiento del agente público.

En mérito de lo expuestos, 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 recurrida, dictada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, el 24 de junio de 1993 y en su lugar, DENIÉGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha siete (7) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Juan de Dios Montes Hernández, Jesús María Carrillo Ballesteros, Daniel Suárez Hernández.*

Lola Elisa Benavides López, Secretaria.

SENTENCIA DE EXPROPIACION - Improcedencia de desistimiento / REDUCCION DE PREDIO EXPROPIADO - Improcedencia / SENTENCIA EJECUTORIADA / DESISTIMIENTO PARCIAL - Improcedencia

El predio expropiado, entonces, no podía ser reducido en la extensión correspondiente a los 41 lotes adjudicados por el Incora, tal como se decidió por el juzgado de conocimiento a petición de éste, las resoluciones mediante las cuales se adjudicaron dichos lotes fueron declaradas nulas por esta corporación como se vio antes, así como los actos por los cuales se declaró baldío todo el predio rural denominado Hacienda Llano Grande; y además, porque estando ejecutoriada la sentencia de expropiación no procedía desistimiento parcial de las pretensiones de la sentencia o renuncia parcial de los efectos de la misma conforme a las previsiones del artículo 342 del C.P.C., ni aclaración a dicción, sólo corrección de errores aritméticos, según el artículo 311 ibídem.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., diecinueve (19) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Carlos Betancur Jaramillo.*

Radicación número 10042.

Actora: Incora.

Demandada: Pablo Barriga Vergara y otros.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por quienes conforman la parte demandada, es decir, Pablo Barriga Vergara, Reinaldo Cabrera Collazos, Tomás y Marina Barriga, Alfredo Rueda, Jaime Herrán Medina y Elías Ojeda de un lado; y del otro, Miguel Díaz Jiménez y Eliseo Espinosa (herederos) contra el auto de 26 de mayo de 1994 proferido por el tribunal administrativo de Cundinamarca, por medio del cual liquidó y ordenó consignar a favor de los

demandados, las sumas correspondientes a la expropiación del inmueble decretada por sentencia de 2 de septiembre de 1983 por el Juzgado Civil del Circuito de Zipaquirá (Cund.).

En la referida sentencia se resuelve lo siguiente:

"1. Decretar la expropiación del predio rural denominado Hacienda Llano Grande, integrada por los fundos Andalucía, La Calera, Tarapaca, Planada de Llano Grande, Santa Rita, La Carreta y Golpe de Agua, respecto de los cuales se desprenden los siguientes lotes: San Antonio, La Esperanza, Los Pantanos, La Cabaña, El Porvenir, El Cerrito, Los Cerezos, Santa Rosa, San Juan, La Esperanza, Las Mercedes, San Pedro, La Cabaña, El Olvido, El Curubito, Rodamontal, El Rinconcito, Santa Marta, Libertad, Buena Vista, Santa Rosa, El Cerezo, La Calera, La Palma, El Salero, El Llanito, El Triunfo, El Desquite, El Alto de las Cruces, El Mirador, El Tibar, Los Llanitos, El Motino, La Fortuna, San Juanito, El Mirador, Puerto Rico, El Porvenir, Laurel, El Espino, El Consuelo y El Recurso, comprendido por los linderos que se indican en la demanda, certificados de libertad adjuntos y parte motiva de esta providencia.

"2. Decretar la cancelación de los gravámenes, embargos e inscripciones que recaigan sobre los inmuebles antes citados. Para el efecto se librará oficio al señor Registrador de Instrumentos Públicos de Zipaquirá.

"3. Ordenar que una vez ejecutoriada esta sentencia sea registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Zipaquirá, junto con el acta de entrega de los predios ya descritos anteriormente.

"4. Ordenar la entrega de los inmuebles ya descritos al demandante, una vez agotado el trámite señalado por el artículo 456 del C. de P. C.

"5. Fijar y regular la indemnización a que tienen derecho los demandados de conformidad con las normas correspondientes.

"6. Ordenar tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 458 del C. de P. C., respecto a la entrega de la indemnización a los demandados.

"7. Condenar en las costas del proceso a los demandados que se opusieron a las pretensiones. Tásense por Secretaría en su oportunidad".

Enviada en consulta al Tribunal Superior de Bogotá, la sentencia fue confirmada por auto de 17 de febrero de 1984 (fls. 16 y 16 vlto., C. 16).

El proveído objeto de la apelación dispuso:

"1. Se ordena al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, consignar la suma de cuatrocientos ochenta y ocho millones seiscientos cincuenta y siete mil setecientos sesenta y tres pesos ($488.657.763.00), suma que se actualizará de acuerdo a lo previsto en la parte motiva de esta providencia, como valor del bien expropiado a los demandados Pablo Barriga Vergara, Milciades Barriga y Elías Ojeda, Alfredo Rueda Sarmiento, Marina Barriga de Atuesta, Tomás Barriga Rojas, Reynaldo Cabrera Collazos, Ana Reyes de Barriga y Jaime Hernán Medina, y a quienes les corresponderá la suma de setenta y nueve millones ochocientos ocho mil doscientos cincuenta y un pesos con noventa y un centavos moneda corriente ($69.808.251.91) a cada uno, teniendo éstos derechos en proporción a su cuota correspondiente sobre el predio expropiado, de conformidad al artículo 59, numeral 15, inciso segundo, de la Ley 135 de 1961. Para proceder al pago el demandante deberá dar aplicación a lo previsto en el artículo 61 de la Ley 135 de 1961".

"2. Una vez acreditada la consignación, vuelva el expediente al Despacho, para señalar fecha y hora de la entrega del inmueble.

"3. Si esta providencia, no fuere apelada consúltese con el Superior".

Quienes conforman la parte demandada sustentaron la apelación en escritos separados y en la siguiente forma:

1. Los señores Pablo Barriga Vergara, Reinaldo Cabrera Collazos, Tomás Barriga Rojas, Marina Barriga de Atuesta, Alfredo Rueda Sarmiento, Jaime Herrán Medina y Elías Ojeda Acero recurren el auto liquidatorio para que se revoque, pues el Tribunal hizo una apreciación errada de los dictámenes que aparecen en el proceso y no se ciñó a la realidad procesal que constituye ley del mismo.

Argumentan que si el Tribunal analizó el avalúo rendido por los peritos Manuel Ortiz Uribe ($208.673.146) y Carlos Suárez Rueda (236.294.452) sin excluir los 41 lotes pequeños adjudicados por la actora, ha debido promediar dichos avalúos y de él deducir el valor de los 41 predios para sobre el resultado así obtenido aplicar el índice de precios al consumidor para efecto de actualizar dicha suma desde la fecha de la sentencia hasta la fecha de la ejecutoria del auto liquidatorio; con lo efectuado por el Tribunal se desconoce el principio contenido en el artículo 241 del C. de P. C.

Subsidiariamente solicitan se tome la suma de $159.289.000 que se estableció en el experticio efectuado por los peritos Gabriel Angel Arango Vergara y Juan Ramón Jiménez Torres (fls. 257 a 300 y 305 a 306 del cuaderno principal) el cual quedó en firme, fue coadyuvado por la actora y no objetado por la misma.

2. Los demandados Miguel Díaz Jiménez y Eliseo Espinosa Q. (herederos) sustentan la apelación con el argumento de que ellos son los verdaderos

propietarios del predio Llano Grande y que acreditaron el derecho de dominio y tradición del mismo.

Que su predio no pudo ser avaluado, pues los primeros peritos designados por el Juzgado Civil del Circuito de Zipaquirá "afirmaron que no se encontraban elementos para proceder al avalúo"; y porque la Sección de Tierras del Incora dijo que "había falta de identidad topográfica de los inmuebles y precaria ubicación y alinderación", pero que existen suficientes pruebas en el expediente (inspección practicada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el plano del I.G.A.C.) que superó la inconsistencia.

Que ellos no aceptaron ni consintieron el desistimiento que el Incora hizo sobre la renuncia parcial de la sentencia y por lo mismo sus tres lotes deben ser avaluados y pagados por la actora.

Que los siete lotes sobre los cuales recae el avalúo forman parte de los tres lotes de su propiedad y como tales, son únicos beneficiarios del pago o acreedores con mejor derecho a ser indemnizados. En conclusión piden:

a) Revocar el auto que dispuso el pago;

b) Declarar que los lotes 1, 2 y 3 son de propiedad de Eliseo Espinosa y Miguel Díaz Jiménez (herederos) que conforman el predio Llano Grande objeto de la expropiación;

c) Que como propietarios tienen derecho a ser indemnizados;

d) Que se disponga el avalúo del resto de los tres lotes de su propiedad, para que se fije el excedente de la indemnización;

e) Y que se condene en costas al opositor, o sea, a la otra parte demandada.

Para resolver, *se considera:*

1. **Antecedentes**

El proceso de expropiación iniciado por el Incora sobre el predio denominado Llano Grande que formó parte de la Hacienda "La Pradera", situada entre los municipios de Subachoque y Tabio, y aquél en este último, tiene unos antecedentes administrativos y judiciales que la Sala debe sucintamente enunciar para hacer claridad en el proveído objeto de la apelación, referido al pago de la expropiación decretada en 1983.

a) En 1967 el Incora para solucionar un problema socioeconómico presentado entre los arrendatarios y propietarios de unos predios en el municipio de Tabio (Cund.), señores Milcíades, Lázaro y Tomás Barriga Rojas, Pablo Barriga Vergara,

Marina Barriga de Atuesta y Alfredo Rueda Sarmiento (quienes habían obtenido sentencia de desahucio pero que no habían podido hacerla cumplir por falta de colaboración de las autoridades policivas) adjudicó a aquéllos 41 lotes como si fueran baldíos. Los propietarios al verse afectados patrimonialmente demandaron ante el Consejo de Estado los actos de adjudicación, obteniendo sentencia de esta Sala con ponencia del entonces Consejero de Estado doctor Gabriel Rojas Arbeláez, el 10 de julio de 1972 (ver fls. 161 y ss., C2) mediante la cual se declaró la nulidad de los actos administrativos de adjudicación (Procesos acumulados números 885, 886, 887, 888, 889, 890, 891, 892, 893, 894, 895, 896, 897, 898, 899, 900 y 901) de los predios denominados "El Recuerdo", "El Valle", "Los Cerditos", "La Esperanza", "El Cerrito", "La Palma", "La Esperanza", "El Molino", "El Quindío"; "Sáchica", "La Providencia", "El Pinal", "La Libertad", "San Isidro", "El Uche", "La Quebrada de la Playa" y "Miraflores", todos ellos pertenecientes al inmueble denominado Llano Grande ubicado en el municipio de Tabio (Cund.). La sentencia, además, ordenó oficiar al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Zipaquirá para que si habían inscripciones sobre dichos predios, fueran canceladas;

b) El Incora, por Resolución número 200 de diciembre 1° de 1969, aprobada por resolución ejecutiva de la Presidencia de la República número 062 de 24 de mayo de 1970, declaró como baldíos los terrenos conocidos con el nombre de "Llano Grande" ubicados en el municipio de Tabio (una vez concluidas las diligencias administrativas de clarificación de la situación jurídica de dicho predio, iniciadas mediante la Resolución número 256612 de octubre 11 de 1968);

c) Los actos de declaración de baldíos fueron demandados ante el Consejo de Estado el 13 de agosto de 1970 por los señores Ana Reyes de Barriga, Lázaro y Miguel Barriga Reyes, Tomás Barriga Rojas, Alfredo Rueda Sarmiento, Pablo Barriga Vergara, Jaime Herrán Medina, Marina Barriga de Atuesta y Alejandro Davison, obteniendo sentencia favorable el 5 de julio de 1973, también de esta Sala, con ponencia del entonces Consejero doctor Gabriel Rojas Arbeláez, que declaró la nulidad de las Resoluciones 200 y 062 antes aludidas y además, ordenó oficiar al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Zipaquirá para que "si habían sido inscritas las resoluciones... se sirva cancelar las inscripciones" (ver sentencia a fs. 188 y ss., C2);

d) El 23 de diciembre de 1975 el Incora en vista de la nulidad de la resoluciones que habían declarado como baldío el predio Llano Grande, por la Resolución número 1105 del Gerente Regional del Proyecto Cundinamarca número 1, inició las diligencias administrativas de adquisición directa de dicho predio con sus propietarios, a quienes citó y notificó del procedimiento de adquisición (ver Resolución a fls. 50 y ss., C 11);

e) La negociación no pudo concluirse por diferentes factores (ver Resolución 385 a fls. 50 y ss., C. 11); entre otros, por el incumplimiento tanto en la conservación de los recursos naturales que certificó el Inderena como de las funciones socioeconómicas que no fueron acreditadas conforme al art. 56 de la Ley 135 de 1961; lo que le permitió al Incora calificar las tierras como inadecuadamente explotadas, en su totalidad;

f) Con lo anterior, ordenó la expropiación del predio Hacienda Llano Grande ubicado en el municipio de Tabio (Cund.) de propiedad de Pablo Barriga Vergara, Ana Reyes de Barriga, Jaime Herrán Medina, Marina Barriga de Atuesta, Alfredo Rueda Sarmiento, Tomás Barriga Rojas, Elías Ojeda Acero (heredero de Concepción Ojeda de Abril) y/o de los herederos de Eliseo Espinosa Quintero y Miguel Díaz Jiménez. La orden de iniciar la expropiación está contenida en la Resolución número 00385 de 26 de enero de 1977 de la Gerencia General del Incora, aprobada con el voto del Ministro de Agricultura por la Resolución de la Junta Directiva del Incora número 008 de la misma fecha (ver fls. 50 a 56, C. 11);

g) En estas condiciones, se inició el proceso de expropiación ante el Juzgado Civil del Circuito de Zipaquirá, el cual culminó con el decreto de expropiación del predio tantas veces citado, mediante sentencia de 2 de septiembre de 1983, cuyas previsiones fueron transcritas al inicio de este proveído.

2. El proceso expropiatorio

Como antes se dijo, la sentencia de expropiación fue dictada el 2 de septiembre de 1983 por el Juzgado Civil del Circuito de Zipaquirá, la cual fue consultada con el Tribunal Superior de Bogotá y confirmada por proveído de 16 de febrero de 1984 de la Sala Civil de dicho Tribunal (fls. 1 a 17, C. 16).

En cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia de expropiación, el juzgado de conocimiento ordenó el avalúo del predio expropiado y para ello designó a los señores Mauricio Cárdenas Rivera y Rodrigo Arango Toro como peritos, quienes rindieron el dictamen que obra a folios 21 y ss. del C. 16, en el cual avaluaron el predio expropiado en su extensión total (507 Has. 2.900 m^2) por un valor de $94.090.424; para lograr dicho avalúo los peritos acogieron el estudio de suelos elaborado por el departamento de Agrología del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, en donde se encuentran clasificadas las tierras del predio así: tierras planas, 390 Has. 2.900 m^2; tierras onduladas, 77 Has. 6.500 m^2; tierras en pendiente, 32 Has. 4.300 m^2 y pantanos, 6 Has. 6.200 m^2; para un total de 507 Has. 2.900 m^2, extensión del predio expropiado.

Como el dictamen rendido no se acomodaba a lo preceptuado por el artículo 456 del C. de P. C., porque en él se estimó el valor total del predio mas no se

estableció la indemnización para cada demandado, el juzgado de conocimiento mediante proveído de 6 de julio de 1984 ordenó a los peritos aclararan o complementaran su dictamen (fl. 24 vlto. C. 16).

Desde julio 6 de 1984 hasta abril 8 de 1985, se designaron varios peritos, así:

– Primero, al señor Alejandro Jaimes se nombró como tercer perito, pero este no aceptó y en su reemplazo fue sorteado el señor Carlos Suárez Rueda. Luego, se nombró al señor Rafael Fajardo Lemus para reemplazar al perito Rodrigo Arango del IGAC quien se declaró impedido para aclarar el dictamen rendido. Posteriormente, se designó al Perito Manuel Ortiz Uribe en reemplazo de Mauricio Cárdenas, quien no cumplió la orden de aclaración del dictamen rendido.

Conformado el trío de peritos que debería aclarar el dictamen rendido por los primeros peritos, individualmente procedieron a rendir la aclaración, para acogerse a lo ordenado por el artículo 456 del C. de P. C., así: a fls. 37 y ss. la de Manuel Ortiz Uribe; a fls. 57 y ss. la aclaración de Rafael Fajardo Lemus; y a fls. 76 y ss. la de Carlos Suárez Rueda, todos ellos dentro del cuaderno 16.

El avalúo así rendido, aclarado y adicionado quedó en firme, pues dado en traslado a las partes, no fue objetado. No obstante lo anterior, mediante escrito que obra a fls. 274 a 281 (presentado el 11 de agosto de 1986) el Incora argumenta no poder pagar la indemnización por la expropiación, como consecuencia de existir tres avalúos diferentes, y opta por objetar por error grave el avalúo ya en firme rendido por los tres peritos; y, además, presenta renuncia parcial de los efectos de la sentencia de expropiación "únicamente en cuanto respecta a los lotes o zonas de terreno, incluidas mejoras, pertenecientes a los 41 o 42 adjudicatarios del Incora a títulos de baldíos..." (autorización dada por la Junta Directiva según Acuerdo 603 de febrero 5 de 1985, fl. 265, C. 2). Por auto de mayo 20 de 1987 el juzgado de conocimiento aceptó el desistimiento de los efectos parciales de la sentencia y ordena su inscripción. (Fl. 318 vlto. C. 2).

En la misma fecha anterior, el juzgado encuentra infundada la objeción del peritazgo y lo declara en firme.

Como se redujo la extensión del predio expropiado con ocasión del desistimiento parcial de la sentencia, se ordenó un nuevo dictamen pericial (auto de nov. 21 de 1986, fl. 292, C. 2) para lo cual fueron designados los señores Marco A. Pastrana, Jaime Arias Restrepo y Jorge Gutiérrez Góngora.

En mayo 30 de 1988, nuevamente el juzgado designa peritos para que fijen la indemnización (fl. 351, C. 2) y designa a Rafael Páez Estévez y Jairo Rodríguez Becerra, luego de un interregno de recursos e incidentes presentados

por parte del Incora y de la parte demandada (Miguel Díaz Jiménez y Eliseo Espinosa) estos últimos, en junio 4 de 1988 interponen apelación contra este último proveído, la que le fue negada y entonces el mismo recurrente presenta reposición y en subsidio queja.

Al irse a resolver la queja en el Tribunal Superior de Bogotá, el ponente advierte que carece de jurisdicción conforme a lo preceptuado en el Decreto 2107 de octubre 12 de 1988, que pasó los procesos de expropiación cuyo conocimiento estaba radicado en la justicia ordinaria, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo (auto de febrero 25 de 1989, fl. 48, C. 17, 1ª parte).

Así, entonces, se recibió el proceso en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que avocara su conocimiento; lo que se hizo mediante auto de mayo 22 de 1989 (fl. 53, C. 17, 1ª parte) y por auto de agosto 24 del mismo año, se envío a esta Corporación el proceso a efecto de resolver la queja que estaba pendiente.

Esta Sala resolvió la queja por auto de 1° de marzo de 1990, estimando bien denegada la apelación contra el auto de 30 de mayo de 1988 (fl. 62, mismo cdno.), o sea, el que había designado nuevos peritos. Devuelto el expediente al a quo, éste designó como peritos a Ana Elsa Cruz de Mendoza y Carlos F. Jiménez Ortiz, quienes rindieron el dictamen que obra a folios 106 a 129 del cuaderno 17, primera parte, pero que por no haberse tenido en cuenta el dictamen rendido por los tres últimos peritos, se ordenó rendirlo conforme al proveído de mayo 30/88. Rendido nuevamente el dictamen, fue objetado por error grave y como prueba se pidió un nuevo peritazgo; designados y posesionados los peritos, conceptuaron que el avalúo del predio expropiado ascendía a la suma de $1.347'830.000.

Al requerírseles para que el avalúo tuviera el valor a septiembre 2 de 1983 (fecha de la sentencia) los peritos estimaron que el valor del predio a esa fecha era de $159'289.000. Al ponerse en traslado a las partes, la actora lo acogió y solicitó fuera fijada dicha suma como indemnización de la expropiación por concordar con la historia jurídico-procesal.

3. **El auto liquidatorio**

El *a quo* para fijar el valor de la indemnización optó por acoger el dictamen rendido por los peritos Carlos Suárez Rueda y Manuel Ortiz Uribe, por considerar que la suma determinada por ellos es idéntica y coincide en el área expropiada. Así tomó la suma de $115'622.500, de la cual descontó el valor de los 42 predios excluidos de la sentencia cuyo valor había sido estimado por los peritos en $54'357.500 para un resultado final de $61.265.000; suma ésta actualizada con los índices de precios al consumidor correspondientes a septiembre de 1983 (inicial)

y abril de 1994 (final) para un valor total de $408'657.763, o sea, de $69'808.251.91 para cada uno de los demandados o propietarios de los siete (7) predios expropiados.

Por los antecedentes administrativos y procesales antes reseñados, la Sala considera que el auto apelado debe ser reformado porque en él se está desconociendo parcialmente el contenido de la sentencia de expropiación y acogiendo un peritazgo que no se compadece con la realidad fáctica ni jurídica que muestra el expediente, según las siguientes circunstancias de hecho y de derecho que se extractan y sintetizan así:

1. La sentencia de 2 de septiembre de 1983 decreta la expropiación del predio rural denominado Hacienda Llano Grande e integrado por los fundos Andalucía, La Calera, Tarapacá, Planada de Llano Grande, Santa Rita, La Carreta y Golpe de Agua con una extensión total de 507 Has. 2900 metros cuadrados, según lo pedido en la demanda correspondiente, instaurada por el Incora como parte actora y así quedó determinado en cada uno de las peritaciones que obran en el expediente.

Dicha sentencia fue confirmada por el superior al ser consultada y quedó ejecutoriada. Conforme a las previsiones del artículo 309 del C. de P. C. "la sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció" a menos que dentro del término de ejecutoria se aclare, corrija o adicione (arts. 309, 310 y 311 *idem*).

2. De las resoluciones de adjudicación otorgadas por el Incora referidas a 41 lotes, que en conjunto aparecen con una extensión total de 217 Has. 4.300 m^2, diecisiete (17) de esas resoluciones fueron declaradas nulas por esta corporación (sent. julio 10 de 1972, fls. 161 ss. C. 2) en proceso cuyos actores fueron precisamente quienes ahora aparecen como demandados en éste de expropiación y que conforman el grupo que encabeza el señor Pablo Barriga Vergara. Tampoco las 517 Has. 2.900 metros cuadrados que el Incora declaró como baldíos tienen ese carácter, porque son de propiedad privada como quedó claramente analizado y determinado en la sentencia de julio 5 de 1973 (fls. 188 ss., C. 2) que declaró la nulidad de los actos administrativos del Incora que así lo había declarado. También en este proceso actuaron como demandantes el mismo grupo que encabeza el señor Pablo Barriga Vergara y que en este proceso son demandados.

3. El predio expropiado, entonces, no podía ser reducido en la extensión correspondiente a los 41 lotes adjudicados por el Incora, tal como se decidió por el juzgado de conocimiento a petición de éste, porque las resoluciones mediante las cuales se adjudicaron dichos lotes fueron declaradas nulas por esta corporación como se vio antes, así como los actos por los cuales se declaró baldío todo el predio rural denominado Hacienda Llano Grande; y además, porque estando

ejecutoriada la sentencia de expropiación no procedía desistimiento parcial de las pretensiones de la sentencia o renuncia parcial de los efectos de la misma conforme a las previsiones del artículo 342 del C. de P. C., ni aclaración o adición (arts. 309 y 310 *idem*), sólo corrección de errores aritméticos, según el artículo 311 *ibidem.*

4. En este orden de ideas, para determinar el valor del predio expropiado se tomará la sentencia expropiatoria y el avalúo rendido por los peritos señores Gabriel Angel Arango Vergara (Ingeniero Catastral) y Juan Ramón Jiménez Torres (Ingeniero Civil) cuyo experticio fue ordenado por el a quo y obra de folios 257 a 300; además, dicho peritazgo fue aclarado –tal como lo pidió la parte actora– como aparece a fols. 305 y 306 del cuaderno principal (primera parte).

En consecuencia, del experticio aludido se toma el valor comercial a septiembre de 1983, fecha de la expropiación que los peritos dedujeron y sintetizaron en la siguiente forma:

> "La zona física homogénea determinada para el predio en cuestión es la misma en 1983 que en la actualidad, tal como se puede ver en la cartografía existente, las fotografías aéreas y datos de catastro de la zona.
>
> "El uso del suelo, la hidrología, la infraestructura vial y el relieve se analizaron en el informe pericial presentado.
>
> "Las variables socio-económicas y las leyes de la oferta y demanda, para la época se determinan con las observaciones e informaciones de campo tomadas durante las visitas al predio en las fechas mencionadas en el informe inicial.
>
> "De las conclusiones presentadas en el informe pericial referentes a todas las variables que afectan el valor comercial del predio, sumadas a las nuevas investigaciones (tomadas de los periódicos de la fecha) sobre las condiciones económicas y comerciales del mercado de la finca raíz en el año de 1983, en concepto de los peritos el valor comercial por hectárea, para el mes de septiembre de 1983, del predio Hacienda Llano Grande, es de seiscientos cincuenta mil pesos ($650.000.00 moneda corriente de septiembre de 1983).
>
> "Entonces para las 245.060 hectáreas determinadas en el informe pericial, el valor comercial de la Hacienda Llano Grande es de: ciento cincuenta y nueve millones doscientos ochenta y nueve mil pesos moneda corriente ($159'289.000.00 de septiembre de 1983)".

Conforme a lo expuesto en el punto 3 que antecede, del área total (517 Has. 2.900 m^2) se deducen las 44 Has 8.000 m^2 del predio del señor Alex Davison que no figura como demandado, quedando un área expropiable de 462 Has. 4.900 m^2, que a razón de $650.000.00 pesos por has. sería de $300.797.656.00.

Pero no obstante lo anterior, como la apelación está circunscrita al valor de $159.289.000.00, tal como lo aceptan los actores en sus alegaciones, esta suma deberá ser actualizada de conformidad con la fórmula:

A esta suma se agregará el valor de los intereses al 6% anual sobre el valor histórico, desde el 3 de septiembre de 1983 hasta la fecha de este proveído, es decir, por un lapso de 12 años 4 meses (12,33), para un resultado igual a:

$$i = \$117'842.000.00$$

El valor del predio expropiado a la fecha de este proveído asciende a la suma de $2.251'047.500.00.

5. Los damnificados

Debe precisarse que los damnificados con la expropiación del predio rural Hacienda Llano Grande (integrado por siete (7) fundos) son las siguientes personas, quienes en el proceso figuraron, en su orden, como dueñas, así:

Predio Andalucía	Pablo Barriga Vergara
Predio La Calera	Elías Ojeda Acero
Predio Tarapaca	Reinaldo Cabrera Collazos
Predio Planada de Llano Grande	Jaime Herrán
Predio Santa Rita	Marina Barriga de Atuesta
Predio La Carreta	Alfredo Rueda Sarmiento
Predio Golpe de Agua	Tomás Barriga Rojas

Como las áreas de los fundos antes mencionados resultaron iguales en todos los dictámenes, para dar cumplimiento a lo ordenado en el artículo 342 del C. de P. C., basta sólo dividir el valor del predio expropiado por el número de propietarios; así, entonces, el valor para cada uno de los damnificados por la expropiación es la suma de $321'578.215.00 a la fecha de este proveído.

En cuanto hace relación con los señores Miguel Días Jiménez (herederos) y Eliseo Espinosa, la Sala comparte y hace suyos los argumentos expuestos por la honorable Corte Suprema de Justicia al resolver la impugnación de la Tutela número 510 interpuesta por éstos, sobre todo en cuanto afirma que "... si dichos predios aparecen inscritos en cabeza de otras personas, al actor le cabe el derecho de recurrir a la justicia ordinaria para hacer valer los títulos que dice poseer y obtener

de este modo decisión judicial con fuerza obligatoria en el que podrá obtener la indemnización correspondiente" (ver sentencia a fl. 449, C. 17). Así, entonces, en este sentido se confirma lo dicho por el a quo. En otros términos, las pretensiones de los citados ciudadanos no podrán prosperar porque esta no es la vía procesal ni la jurisdicción adecuada para hacer un pronunciamiento sobre dominio de los predios que dicen pertenecerles; los cuales ni siquiera pudieron identificarse sobre el terreno. No puede olvidarse que la sentencia de expropiación no los tuvo en cuenta y que en la ejecución de la misma no podrán variarse sus alcances o efectos sin desconocer la cosa juzgada.

Por todo lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

RESUELVE:

Confirmar el auto de 26 de mayo de 1994 dictado por el tribunal administrativo de Cundinamarca, en sus numerales 2 y 3.

Revocar el numeral 1, el cual quedará así:

Ordenar al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, consignar la suma de dos mil doscientos cincuenta y un millones cuarenta y siete mil quinientos pesos moneda corriente ($2.251.047.500.00), como valor del bien expropiado, a favor de los demandados señores Pablo Barriga Vergara, Reinaldo Cabrera Collazos, Tomás Barriga Rojas, Marina Barriga de Atuesta, Alfredo Rueda Sarmiento, Jaime Herrán Medina y Elías Ojeda Acero, a quienes les corresponde la suma de trescientos veintiún millones quinientos setenta y ocho mil doscientos quince pesos moneda corriente ($321.578.215.00) para cada uno, como valor de los fundos que conforman el predio rural denominado Hacienda Llano Grande, ubicado en el municipio de Tabio (Cundinamarca), de conformidad con el art. 59, numeral 15, inciso 2° de la Ley 135 de 1961. Para efectos del pago, la parte actora procederá de conformidad con lo previsto en el artículo 6° de la Ley 135 de 1961.

Expídanse las copias para su cumplimiento a los apoderados de las partes y al ministerio público.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión del día dieciocho (18) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala*; Jesús María Carrillo Ballesteros, Juan de Dios Montes Hernández, Daniel Suárez Hernández.*

Lola Elisa Benavides López, Secretaría.

SECCION CUARTA

DOBLE TRIBUTACION / TRIBUTACION SOCIEDAD - Socio - Eliminación / UTILIDAD GRAVADA - Sociedad / DIVIDENDOS GRAVADOS

En el año 1986, al cual corresponde la liquidación acusada, el Congreso de la República expidió la Ley 75 de 1986 y según se argumentó en la exposición de motivos, con su expedición se buscó dar la mayor neutralidad posible al sistema tributario estableciendo para el efecto en el caso del impuesto sobre la renta, dos mecanismos esenciales como fueron la eliminación del sistema de doble tributación hasta entonces existente, para las diversas formas de asociación, que implicaba que el ingreso obtenido por una sociedad fuera gravado en cabeza del ente societario y luego al transferirlo al socio o accionista, a título de dividendo o participación, fuera nuevamente objeto de imposición en cabeza de éste. Si bien desde la expedición de la Ley 9ª de 1983, se estableció un sistema de descuento tributario sobre los dividendos recibidos de sociedades anónimas abiertas con el fin de atenuar la doble imposición, buscando lograr mayor democratización en el mercado accionario de sociedades anónimas, tal cometido no se logró. Así mismo la tributación de la sociedad limitada diseñada sobre el esquema de tributación socio y sociedad implicó que a pesar de la tarifa preferencial, el socio persona natural resultara gravado en sus participaciones de manera exclusiva. Así no hubiera recibido efectivamente, si se le hubiera abonado en cuenta, en calidad de exigible, su participación.

PARTICIPACIONES - Ingreso no constitutivo de renta / INGRESO NO CONSTITUTIVO DE RENTA NI GANANCIA OCASIONAL - Participaciones / PATRIMONIO LIQUIDO PARA RENTA PRESUNTIVA

La Ley 75 de 1986 artículos 21 y 22 prevén la no imposición a los dividendos y participaciones en cuanto a la determinación de la renta

líquida por el sistema ordinario se refiere, considerándolos para tal efecto como ingresos no constitutivos de renta ni de ganancia ocasional, siempre que las utilidades distribuidas hayan tributado en cabeza de la sociedad. En los artículos 47 y 48 *ibidem*, en cuanto a la determinación de la renta líquida por el sistema presuntivo se refiere, al ordenar "la no inclusión" de aportes y acciones en la base del patrimonio líquido, con la condición de que los mismos se posean en sociedades colombianas. Agregando luego que al cálculo de la renta líquida así determinada se agreguen los dividendos y participaciones constitutivos de renta, esto es, de aquellos que no hubieren tributado en cabeza de la sociedad a la tarifa del 30%. De ahí las previsiones tomadas en el mismo artículo 22 de la Ley 75 de 1986 para establecer en los numerales 1° y 2° el método para efectuar tal cálculo.

PARTICIPACIONES NO GRAVADAS - Demostración / INGRESO NO CONSTITUTIVO DE RENTA - Demostración

Si bien la circunstancia de que la sociedad matriz hubiera pagado impuesto sobre la utilidad no aparece demostrada en el acto acusado, en virtud de la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo, es de suponer que al hacer tal aseveración, la administración se ajustó a la legalidad vigente y entonces debió la sociedad actora demostrar que las participaciones recibidas no eran constitutivas de renta ni ganancia ocasional, por haber tributado sobre tal utilidad la sociedad que las pagó. No obstante analizado el expediente no se encuentra documento alguno que le permita inferir con certeza que la sociedad pagó impuestos sobre la totalidad de las utilidades del ejercicio y en todo caso, que las participaciones distribuidas a los socios lo fueran dentro de la proporción de los siete tercios establecida en el artículo 22 de la Ley 75 de 1986, pues no aparece la declaración tributaria que debió haber presentado por esta vigencia fiscal, ni aparece certificado de contador público o revisor fiscal que dé fe de que los valores distribuidos como renta o ganancia ocasional hayan tributado.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., trece (13) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Julio Enrique Correa Restrepo.*

Radicación número 7274.

Referencia: Apelación de sentencia del 23 de marzo de 1995. Tribunal Administrativo del Atlántico. Renta 1986.

Actora: Inmobiliaria Puyana Ltda.

FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Catorce Delegado ante el Tribunal Administrativo del Atlántico contra la sentencia del 23 de marzo de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, desestimatoria de las súplicas de la demanda en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por la sociedad contra el acto administrativo que le determinó el impuesto de renta y complementarios por el año gravable 1986.

ANTECEDENTES

La contribuyente presentó la declaración tributaria del impuesto sobre la renta correspondiente al año gravable 1986, el 28 de abril de 1987, en la cual determinó su renta líquida gravable por el sistema ordinario, por ser ésta mayor a la renta presuntiva en cuyo cálculo excluyó el valor de aportes y participaciones en la sociedad Alejandro Puyana e Hijos Ltda. Denunció para efectos de la determinación del patrimonio líquido, pasivos a favor de sus accionistas por $4.031.936.

El 13 de abril de 1989, mediante el requerimiento especial 000038 la Administración de Impuestos Nacionales de Barranquilla propuso a la contribuyente modificarle la liquidación privada, para rechazarle pasivos por $4.498.798 y como consecuencia, determinarle la renta líquida por el sistema especial de comparación de patrimonios, de conformidad con el artículo 74 del Decreto 2053 de 1974.

También propuso la determinación de la renta gravable por el sistema de renta presuntiva sobre patrimonio, conforme con las bases y cifras allí consignadas, excluyendo los aportes y agregando al final, el valor de las participaciones efectivamente recibidas.

Requerimiento al cual dio respuesta el contribuyente alegando la improcedencia de la adición, a la renta determinada por el sistema presuntivo, de las participaciones recibidas desconociendo el carácter de no gravable por no constituir renta ni ganancia ocasional.

Oída la respuesta al requerimiento la Administración de Impuestos de Barranquilla aceptó la prueba de los pasivos y practicó la liquidación de revisión 000026 de julio 28 de 1989, en la cual determinó la renta gravable por el sistema presuntivo sobre patrimonio y agregó las participaciones recibidas

por la sociedad, para determinar así: renta presuntiva de $2.505.792, impuesto sobre la renta de $751.738, sanción por inexactitud de $1.202.781 y reliquidó el anticipo para el año 1987, en $563.804.

Contra dicho acto administrativo la contribuyente recurrió en reconsideración del 26 de septiembre de 1989, alegando nuevamente la improcedencia de la adición a la renta presuntiva de las participaciones recibidas, y la improcedencia de la sanción impuesta, en expresa contravención con los artículos 47 y 48 de la Ley 75 y 44 del Decreto 2053 de 1987.

El recurso fue fallado por la Administración de Impuestos Nacionales mediante la Resolución 000062 el 28 de junio de 1990, que confirmó la liquidación de revisión.

LA DEMANDA

Ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, la contribuyente demandó la nulidad del acto administrativo y el consecuente restablecimiento del derecho. A su juicio la Administración al expedir el acto administrativo violó los artículos 26 de la Constitución Política; 48, 186 numeral 2°, 187, 703, 704 del Estatuto Tributario, porque es indudable, que frente a los artículos 48 y 187 citados, la administración no podía gravar con el impuesto los dividendos y participaciones percibidas por los socios residentes en el país o por sociedades nacionales, pues ellos que no constituyen renta ni ganancia ocasional.

Alega además la nulidad de la liquidación de revisión en cuanto impone una sanción que no fue cuantificada en el requerimiento especial, desconociendo así el debido proceso, y que sanción tampoco se configuró.

Reitera el derecho al reconocimiento como no gravable de las participaciones recibidas de la sociedad de la cual era socia, y por ende de su no inclusión para efectos de la renta líquida por el sistema presuntivo.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Atlántico denegó las súplicas de la demanda al estimar que no existía por parte de la Administración violación de los artículos 48 y 186 numeral 2° del Estatuto Tributario, al incluir el valor de $18.600.000 en la base del cálculo de la renta presuntiva. Argumentando que, si se examinaba la liquidación privada de la sociedad demandante para el año gravable 1986, podía comprobarse que en la columna correspondiente a patrimonio exclusivo de renta presuntiva (numeral 107) ésta señala como valor patrimonial neto (1985) representado en aportes de Sociedades Colombianas únicamente la suma de $2.299.716. Resultaba evidente entonces que el valor de $18.600.000, a que hace alusión el actor, en manera alguna podía ser incluido

en la liquidación oficial practicada por la Administración en la base de cálculo de la renta presuntiva.

Con relación al cargo de violación del artículo 48 del Estatuto Tributario, estima el Tribunal que no cabe hacer pronunciamiento alguno al respecto, en virtud de que en el debate sostenido ante la Administración, en agotamiento de la vía gubernativa, la sociedad demandante no planteó ni discutió la nulidad de la liquidación oficial en relación con este punto, como debió hacerlo conforme lo preceptúa el artículo 22 del Decreto 2304 de 1989.

Tampoco se violaron los artículos 703 y 704 del Estatuto Tributario, al no haberse cuantificado en el requerimiento especial hecho a la sociedad actora, el valor de la sanción por inexactitud, por cuanto en tal numeral sólo se señala como causal de nulidad de la actuación surtida por la Administración de Impuestos, la omisión del requerimiento previo a la liquidación de revisión, pero no la falta de cuantificación de la sanción, como lo afirmaba el libelista.

LA APELACION

El Procurador Catorce, Delegado en lo judicial ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, apela la sentencia de primer grado al estimar que la sociedad demandante fundamentó su petición de nulidad en la violación de los artículos 47 y 48 de la Ley 75 de 1986, ante el hecho de que, la Administración para fijar la renta presuntiva sobre patrimonio, tuvo como patrimonio líquido, sujeto a dicha renta la suma de $18.133.656, a pesar de corresponder tal suma a activos recibidos de la sociedad Alejandro Puyana e Hijos Ltda., cuando esta última se disolvió y liquidó.

Que al haber la Administración incluido como patrimonio líquido los activos recibidos por la disolución de otra sociedad, violó los artículos 47 y 48 de la Ley 75 de 1986.

Así mismo controvirtió el hecho de haber agregado la Administración a dicha renta presuntiva el monto de las participaciones recibidas, por $1.055.100 las que calificó como ingresos constitutivos de renta, el cual solamente puede sumarse a la renta exenta, pero no puede tomarse como ingreso neto para calcular la renta presuntiva, y que como lo sostiene el actor, la ley tributaria establece que el patrimonio líquido sobre el cual se calcula la renta presuntiva no incluye los aportes y acciones que se tengan en sociedades colombianas e igualmente, define que los dividendos o participaciones que sean ingresos constitutivos de renta no entran como ingresos netos para determinar la renta presuntiva, cuando ellos provengan de sociedades colombianas.

Hecho que se infiere, según su entender de la certificación expedida por Alejandro Puyana e Hijos Ltda. (Folio 16 del expediente) en donde consta que

la suma de $1.055.100, fue abonada a la sociedad demandante por concepto de participaciones en la sociedad liquidada, e igualmente, que la suma de $17.523.011, fue abonada por la sociedad liquidada a la sociedad demandante por conceptos de devolución de aportes, valorización y cuenta de socios.

Además, la sociedad demandante sí alegó ante la Administración oportunamente las razones de derechos expuestas e igualmente presentó las pruebas pertinentes y, entre ellas, un certificado de la Cámara de Comercio expedido en agosto 14 de 1989 en la cual consta que ante la Notaría Primera de Barranquilla se disolvió y liquidó la sociedad Alejandro Puyana e Hijos Ltda., la cual devolvió a la demandante Inmobiliaria Puyana Ltda., la suma de $1.055.100, por concepto de renta y $18.600.000, por concepto de activos. Alegaciones que se presentaron inicialmente en julio 10 de 1989, antes de que la Administración resolviera el recurso de reconsideración contra la liquidación de revisión demandada.

Considera errada la sentencia apelada en cuanto al primer cargo: inclusión de activos recibidos de otra sociedad colombiana, en el patrimonio líquido de la demandante, fundamenta la denegación de lo solicitado en el hecho de haber escrito, la actora, en el renglón 107, valor patrimonial neto representado en aporte de limitadas colombianas, la suma de $2.299.716, mientras que la suma de $18.600.000, que ante la Administración alegó correspondía a activos recibidos de la disuelta sociedad Alejandro Puyana e Hijos Ltda., no pudo ser tomada por la Administración como base para calcular la renta presuntiva debido a que à la sociedad demandante no la incluyó en su liquidación privada, desconociendo que la ley, según se señala en las instrucciones para calcular la renta presuntiva y el patrimonio excluido de dicha renta en el año 1986, indica que tales rubros se calculan con base en la declaración de 1985.

En cuanto al segundo cargo que desestimó el Tribunal por falta de agotamiento de la vía gubernativa si ella correspondiera a ingresos netos de renta cuando en realidad constituían renta exenta por corresponder a participaciones recibidas de una sociedad limitada colombiana, afirma que la sociedad actora sí alegó sus razones oportunamente ante la Administración en julio 10 de 1989, tal como aparece a folio 8 del expediente, antes de que la Administración resolviera el recurso de reconsideración presentado el 26 de septiembre de 1989, como aparece en el encabezamiento de la Resolución 000062 de junio 28 de 1990 a folio 12 del expediente, de donde se evidencia que la sociedad actora sí alegó ante la Administración que el agregar la suma de $1.055.100 a la renta presuntiva y no considerar dicha cantidad como renta exenta violaba el artículo 48 de la Ley 75 de 1986. E igualmente adjunto al recurso, la sociedad actora presentó a la Administración el certificado de la Cámara de Comercio de fecha 14 de agosto de 1989, referente a que ante el

Notario Primero de Barranquilla se había liquidado la sociedad Alejandro Puyana e Hijos Ltda., el 29 de diciembre de 1986 y que la sociedad Inmobiliaria Puyana Ltda., había recibido de la primera, la suma de $1.055.100, por concepto de participaciones recibidas.

Encuentra, en consecuencia, improcedente que el Tribunal en la sentencia se haya declarado inhibido para fallar respecto a este segundo cargo.

Solicita se revoque la sentencia apelada y en cuanto ésta se declaró inhibida, proveer lo procedente.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La demandada al alegar de conclusión se opone a los argumentos expuestos por el apelante, alegando que en términos generales, constituye ingreso potencialmente gravable, toda suma ordinaria o extraordinaria realizada en un período fiscal, susceptible de constituir un incremento neto del patrimonio en el momento de su percepción. Que para determinar la renta líquida gravable, la ley ha establecido dos sistemas: el ordinario, que se concreta en el análisis y la depuración de los factores de renta, y el especial, que es aquel que se utiliza exclusivamente en los casos taxativamente enunciados en la ley, como la renta presuntiva, que está definida y regulada en los artículos 180 y 187 del Estatuto Tributario, derogados por la Ley 6ª de 1992, pero vigentes en la fecha en que ocurrieron los hechos conforme con lo cual para efectos tributarios se presume que la renta líquida del contribuyente no es inferior al porcentaje de su patrimonio líquido fijado por la ley en el último día del ejercicio gravable inmediatamente anterior, o del porcentaje de los ingresos netos obtenidos en el respectivo año gravable, si este último valor fuere superior.

Infiere que este sistema fue establecido por la ley, como soporte para determinar de oficio la materia imponible, a partir de la existencia de ciertos hechos probados.

Alega que la renta líquida del contribuyente fue determinada a través de la liquidación oficial de revisión N° 00026 de julio 28 de 1989, mediante el sistema de renta presuntiva sobre el patrimonio, de acuerdo a lo establecido en los artículos 15 de la Ley 9ª de 1983 y 48 de la Ley 75 de 1986, tomando como base el valor de $18.133.656, correspondiente a los activos recibidos por Inmobiliaria Puyana Ltda., de la sociedad Alejandro Puyana e Hijos Ltda., al cual se le adicionó la suma de $1.055.100 que la sociedad actora no demostró correspondieran a ingresos no constitutivos de renta ni de ganancia ocasional, porque de haberlo probado, dicho valor hubiere sido descontado de la base para establecer la renta presuntiva de la sociedad. Pero la sociedad no logró desvirtuar los hechos probados por la Administración en vía gubernativa,

intentándolo en vía contenciosa, anexando pruebas que fueron desestimadas por el Tribunal, por cuanto éstas no habían sido allegadas en la primera instancia. Proceder que califica de acertado.

Cita y transcribe los artículos 788 del Estatuto Tributario y 21 a 22 de la Ley 75 de 1986 para decir que el contribuyente estaba obligado a probar que las participaciones recibidas de Alejandro Puyana no constituían renta ni ganancia ocasional, para pedir la confirmación de la sentencia.

La actora ni el Ministerio Público, representado en esta oportunidad por el Procurador Octavo Delegado ante la Jurisdicción intervinieron en esta instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala el asunto a resolver no es otro que la cuantificación de la renta presunta sobre el patrimonio cuando el contribuyente posee, en el año inmediatamente anterior al gravable, acciones o partes de interés o cuando dentro del ejercicio gravable obtiene dividendos y participaciones.

En el año 1986, al cual corresponde la liquidación acusada, el Congreso de la República expidió la Ley 75 de 1986 y según se argumentó en la exposición de motivos, con su expedición se buscó dar la mayor neutralidad posible al sistema tributario estableciendo para el efecto en el caso del impuesto sobre la renta, dos mecanismos esenciales como fueron la eliminación del sistema de doble tributación hasta entonces existente, para las diversas formas de asociación, que implicaba que el ingreso obtenido por una sociedad fuera gravado en cabeza del ente societario y luego al transferirlo al socio o accionista, a título de dividendo o participación, fuera nuevamente objeto de imposición en cabeza de éste.

Si bien desde la expedición de la Ley 9ª de 1983, se estableció un sistema de descuento tributario sobre los dividendos recibidos de sociedades anónimas abiertas con el fin de atenuar la doble imposición, buscando lograr mayor democratización en el mercado accionario de sociedades anónimas, tal cometido no se logró.

Así mismo la tributación de la sociedad limitada diseñada sobre el esquema de tributación socio y sociedad, implicó que a pesar de la tarifa preferencial, el socio persona natural resultara gravado en sus participaciones de manera excesiva. Así no hubiera recibido efectivamente ni se le hubiera abonado en cuenta, en calidad de exigible, su participación.

Para desmontar el sistema de doble tributación el artículo 18 del proyecto de ley, previó que los dividendos y participaciones no quedarían sujetos a tributación en cabeza de las accionistas y socios, cuando correspondieran a utilidades que se hubieran gravado en cabeza del ente societario.

Consecuente con la unificación de la tarifa del impuesto de renta en el 30% para sociedades anónimas y limitadas, previó la distribución de dividendos y participaciones sin afectación con el impuesto de renta para su beneficiario, y considerarlos recibidos, sólo cuando al socio o accionista le hubieran sido decretados y abonados en cuenta, buscando con esta medida imprimir la neutralidad deseada al sistema impositivo, de tal suerte que tributariamente hablando, resultara irrelevante la forma de asociación escogida por el contribuyente.

Simultáneamente para mantener el desmonte de la doble tributación y lograr su efectividad en el sistema de determinación de la renta líquida, con base en el patrimonio líquido del año anterior o los ingresos del período, previó el proyecto de ley en su artículo 39, exonerar de la presunción mínima de rentabilidad establecida en el artículo 15 de la Ley 9ª de 1983, a los aportes y acciones, así como a los dividendos y participaciones recibidos de sociedades colombianas y a tal efecto, excluyó de plano el valor de los aportes y de acciones del patrimonio líquido sujeto a renta presuntiva, tanto para las personas jurídicas, como para las naturales que tuvieran calidad de socios o accionistas de sociedades limitadas o anónimas nacionales.

Explica textualmente el proyecto tal medida así:

"El sentido de la exclusión de los aportes y de las acciones radica en el hecho de que al ser considerados los dividendos y las participaciones como un ingreso no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional, resulta imperativo que sobre el valor invertido por el contribuyente en aportes y acciones, no se presuma una tributación mínima.

"Para el caso de los dividendos y las participaciones en la base del cálculo de los ingresos netos sometidos a renta presuntiva, no se incluyen los correspondientes a dividendos y participaciones que se distribuyan como ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional.

"En relación con los dividendos y participaciones que eventualmente sean distribuidos con el carácter de gravables para quien los recibe, el artículo 38 del proyecto básicamente establece una renta presuntiva sobre ingresos igual a la rentabilidad real obtenida por dividendos o participaciones, siempre que provengan de sociedades colombianas, pues establece la posibilidad de restar dichos dividendos o participaciones, del valor de los ingresos netos y posteriormente sumarlos a la renta presuntiva de tal suerte que en la práctica equivale a aceptar una renta presuntiva igual a la renta real generada por los dividendos o participaciones.

"Finalmente, el artículo 41 reproduce, por considerarse conveniente, la definición del valor patrimonial neto de los bienes que se excluyen de la

renta presuntiva, actualmente contenida en el decreto reglamentario que desarrolla el artículo 15 de la Ley 9ª de 1983, sobre renta presuntiva" (Subraya la Sala).

De esta manera, la propuesta encontró su concreción en la Ley 75 de 1986, artículos 21 y 22, que prevén la no imposición a los dividendos y participaciones en cuanto a la determinación de la renta líquida por el sistema ordinario se refiere, considerándolos para tal efecto como ingresos no constitutivos de renta ni de ganancia ocasional, siempre que las utilidades distribuidas hayan tributado en cabeza de la sociedad. En los artículos 47 y 48 *ibidem*, en cuanto a la determinación de la renta líquida por el sistema presuntivo se refiere, al ordenar "la no inclusión" de aportes y acciones en la base del patrimonio líquido, con la condición de que los mismos se posean en sociedades colombianas. Agregando luego que al cálculo de la renta líquida así determinada se agreguen los dividendos y participaciones "constitutivos de renta", esto es, de aquellos que no hubieren tributado en cabeza de la sociedad a la tarifa del 30%.

De ahí las previsiones tomadas en el mismo artículo 22 de la Ley 75 de 1986 para establecer en los numerales 1° y 2° el método para efectuar tal cálculo.

Analizado el acto administrativo la Sala encuentra que en el requerimiento la Administración propuso la determinación del porcentaje de renta presunta sobre el valor consignado en el código CR de la declaración de 1985; $18.133.656, valor que resulta exactamente de restar del patrimonio líquido declarado por $20.433.372, los aportes por $2.299.716.

Así las cosas, para la Sala, es evidente que no asiste razón al Agente del Ministerio Público cuando pide la revocación del fallo apelado, en cuanto no acepta la nulidad del acto administrativo por no existir violación del artículo 47 de la Ley 75 de 1986, pues es evidente que la Administración no incluyó el valor de las participaciones declaradas por la propia sociedad a renglón 107 del formulario de 1986, para excluirlas del cálculo de la renta presuntiva.

Con relación al cargo de violación del artículo 48 de la Ley 75 de 1986, precisa la Sala que a pesar de estar probado que las participaciones fueron recibidas de una sociedad nacional, pues la Administración conocía no sólo su naturaleza de limitada, sino su carácter de nacional no sólo por haberlo expresado así la sociedad en la respuesta al requerimiento y haber acompañado el instrumento de constitución de la sociedad Alejandro Puyana e Hijos Ltda., en donde consta que es sociedad constituida bajo la ley colombiana (fs. 57 a 59), sino esencialmente porque tal circunstancia es conocida con antelación por la Administración, por exigirse en el cuadro 16 del formulario, la información acerca de la naturaleza de nacional o extranjera, anónima, limitada o asimilada, de la contribuyente.

Pero para excluirlas de la renta presuntiva no era suficiente tal hecho, sino que debió estar demostrado que por tales utilidades la sociedad Alejandro Puyana e Hijos Ltda., (sociedad matriz) pagó el impuesto de renta.

Si bien esta última circunstancia no aparece demostrada en el acto acusado, en virtud de la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo, es de suponer que al hacer tal aseveración, la Administración, se ajustó a la legalidad vigente, y entonces, debió la sociedad actora demostrar que las participaciones recibidas no eran constitutivas de renta ni de ganancia ocasional, por haber tributado sobre tal utilidad la sociedad que las pagó.

No obstante analizado el expediente, no encuentra la Sala documento alguno que le permita inferir con certeza que la sociedad Alejandro Puyana e Hijos Ltda., pagó impuestos sobre la totalidad de las utilidades del ejercicio y en todo caso, que las participaciones distribuidas a los socios lo fueran dentro de la proporción de los siete tercios establecida en el artículo 22 de la Ley 75 de 1986, pues no aparece la declaración tributaria que debió haber presentado por esta vigencia fiscal, ni aparece certificado de contador público o revisor fiscal que dé fe en este sentido, pues el que obra a folio 16 del expediente no da fe de que los valores distribuidos como renta o ganancia ocasional hayan tributado. Tampoco la actora invocó como prueba tal declaración de renta de la sociedad matriz, ni aportó documento de pago sobre la utilidad fiscal en la vía gubernativa ni ante la jurisdicción.

Por tanto no desvirtuado el acto administrativo en cuanto a través del cálculo de la renta presuntiva, gravó con el impuesto de renta, las participaciones recibidas, la sentencia apelada 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:

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico en el juicio 6033-D.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala, *Julio Enrique Correa Restrepo, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

NOMINA MENSUAL DE SALARIOS - Integración / APORTES PARAFISCALES - Salario

De conformidad con el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, la locución "nómina mensual de salarios" abarca la "totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la Ley Laboral, cualquiera que sea su denominación y además, los verificados por los descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales". De ello se desprende que la "nómina mensual de salarios" que sirve de base para la liquidación de los aportes comprende todos los elementos integrantes del salario, excluye los pagos que no lo constituyen y desde luego, los que no se derivan de un contrato laboral. En atención a la existencia de normatividad especial aplicable a los docentes por cuanto regula sus relaciones y a que los pagos discutidos tuvieron su origen en actividades de tal naturaleza, resulta pertinente analizar los artículos 93, 98 y 99 de la Ley 80 de 1980, así como los artículos 73 y 74 de la Ley 30 de 1992.

DOCENTES - Clasificación / DOCENTE DE TIEMPO COMPLETO - Empleado público / DOCENTE DE TIEMPO PARCIAL - Empleado público/ DOCENTE DE CATEDRA / Naturaleza

De los artículos 73 y 74 de la Ley 30 de 1992 se deduce que los docentes pueden ser de tiempo completo, tiempo parcial y de cátedra. Los profesores de tiempo completo y el de tiempo parcial, son empleados públicos y se encuentran amparados por la estabilidad que les confiere el estatuto docente, por lo que no son funcionarios de libre nombramiento y remoción a excepción del primer año a partir del nombramiento. Así mismo, el empleado público debe su calidad de tal, al ejercicio de un empleo público creado conforme a las disposiciones legales y previsto únicamente

para los docentes de tiempo completo o parcial, por lo que su régimen laboral es estructurado y su vinculación y retiro, se efectúa por regla, general, mediante acto administrativo. A contrario sensu, el docente de cátedra no adquiere el carácter de empleado público, no está amparado por la estabilidad que confieren las normas especiales, no desempeña un empleo público y se vincula mediante un contrato de prestación de servicios docentes, en la forma como lo ha precisado la Corporación.

CONTRATO LABORAL - Inexistencia / APORTES PARAFISCALES - Salario / APORTES AL SENA - Improcedencia / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS - Profesores hora cátedra

Un análisis de los contratos de prestación de servicios de profesores hora cátedra, anteriores al año 1992 y los celebrados al amparo de la Ley 30 de 1992, así como las "autorizaciones de servicios como docente" aportados al proceso, demuestra que dichos documentos, no sólo no prueban la argüida relación laboral, sino que la niegan, por lo que es claro, que los pagos recibidos por los beneficiarios de la demandante, no fueron remuneración derivada de contrato laboral y consecuencialmente no constituyeron salario. La resolución acusada al tomar como base para la liquidación de los aportes, factores diferentes a los establecidos en la ley, al otorgarles carácter salarial a los pagos por honorarios, otros servicios personales y contratos de prestación de servicios, que no constituyen remuneración derivada de contrato laboral, incurrió en vicio de ilegabilidad por lo que deberá ser anulada.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., octubre trece (13) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Julio E. Correa Restrepo.*

Radicación número 7276.

Referencia: Aportes 1990 a junio 1993.

Actor: Instituto Departamental de Bellas Artes Contra / Sena.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del Instituto Departamental de Bellas Artes, el actor, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, desestimatoria de las súplicas de la demanda, en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución 578 el 20 de agosto de 1993 por la que se fijaron aportes a un empleador, expedida por el Servicio Nacional de Aprendizaje Sena.

ANTECEDENTES

El Director Regional del Sena del Valle de Cauca, expidió la Resolución 578 del 20 de agosto de 1993, a través de la cual exigió al Instituto actor, el pago de la suma de $4.846.952 correspondiente a ajuste de aportes causados a favor del Sena por las vigencias 1990 (mayo a diciembre), 1991, 1992 y 1993 (enero a junio), conforme a las liquidaciones números 43 y 44 del 14 de julio de 1993, contra dicha determinación la actora interpuso recurso de reposición el cual fue rechazado por Resolución 1013 del 21 de octubre de 1993, que expresó agotar la vía gubernativa.

DEMANDA

El apoderado del *InstitutoDepartamental de Bellas Artes* consideró infringidos los artículos 29 de la Constitución, 34 y 35 del C.C.A., 17 de la Ley 21 de 1982, 73 de la Ley 30 de 1992, 200 a 205 del Decreto 1300 de 1993 y 3° del Decreto 298 de 1986.

Adujo que la entidad demandada, para fijar el monto de los aportes, tomó como factores para la liquidación, los rubros correspondientes a "honorarios", el cual comprende las asesorías, los seminarios, la capacitación y los contratos de prestación de servicios, que no debieron ser tenidos en cuenta, por cuanto dichos pagos no constituyen salario y en consecuencia no podían incluirse en la liquidación de los aportes.

Lo anterior, porque así está determinado en el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, puesto que los aportes deben efectuarse únicamente sobre los elementos que constituyen salario, toda vez que éste es la remuneración de los servicios prestados por el trabajador en una relación laboral dependiente, que surge, bien de un contrato de trabajo o de un nombramiento y una posesión que es la relación legal y reglamentaria.

Agregó, que la relación que nace de un contrato de prestación de servicios es muy diferente de la que surge entre los servidores públicos y la entidad pública, por cuanto en la primera no existen los tres elementos que al unirse crean una relación laboral, como son la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación o dependencia. En el contrato de

prestación de servicios existe una autonomía, tanto administrativa como económica por parte del contratista y por ello no genera el pago de ningún tipo de prestación social. Que así lo ha establecido el artículo 73 de la Ley 30 de 1992.

Sostuvo que de igual manera lo define el Estatuto de Contratación (Dcto. 1300 de 1992), al establecer que el contrato de prestación de servicios es "el celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallan a cargo de la entidad contratante cuando las mismas no pueden cumplirse con personal de planta".

A juicio de la parte, es claro que la modalidad de contratos para la realización de asesorías, seminarios, capacitación y prestación de servicios en general, no generan pago de prestaciones sociales por la inexistencia de una relación o de un vínculo laboral y por lo mismo, causan el pago de honorarios por la prestación de servicios profesionales.

Solicitó, la nulidad de los actos acusados y a título de restablecimiento del derecho la devolución de la suma liquidada, la que fue cancelada, cuyo reintegro debe ajustarse en los términos del artículo 178 del C.C.A., desde el 25 de enero de 1994 fecha del pago. Subsidiariamente, que sobre la suma reintegrada la demandada está obligada a cancelar intereses corrientes o bancarios desde el 25 de enero de 1994. Igualmente, que se le reconozcan intereses comerciales y moratorios sobre las cantidades líquidas reconocidas en la sentencia conforme al artículo 177 del C.C.A.

OPOSICION

El apoderado de la entidad demandada, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda argumentando que el rubro de "honorarios" sí debía tenerse en cuenta, y que de atenerse a la Ley 30 de 1992, solamente a partir de enero de 1993, se vino a hablar de que los honorarios o los profesores hora cátedra en las universidades debían tener otro tratamiento.

Adujo que el procedimiento para la liquidación y cobro de los aportes se ha seguido conforme a las normas legales y que se contabilizó el rubro de "contratos hora cátedra, de servicios personales y de honorarios", al considerar que hasta la vigencia de la Ley 30 de 1992, el concepto jurídico de trabajador ocasional o transitorio es el que desempeña una labor menor de un mes y en labores distintas de las actividades normales del patrono, por tanto, si los profesores laboraron más de un mes y su trabajo era enseñar en las actividades de bellas artes, que es el fin primordial del Instituto, esos funcionarios eran permanentes y por tanto surgía la obligación legal de efectuar aportes al Sena.

Respecto de los contratos de prestación de servicios, debe establecerse fehacientemente que no son laborales, pues con frecuencia se les denomina de prestación de servicios, aún cuando se pueden establecer los requisitos que exige el Código Laboral, independientemente de la denominación que reciban.

Explicó, que la claridad en los conceptos de honorarios, profesores hora cátedra y contratos de prestación de servicios, sólo se dio con la expedición de la Ley 30 de 1992, por lo que si alguna modificación habría que hacerse en las liquidaciones, sería de enero a junio de 1993, puesto que en los períodos anteriores sí constituían base para liquidar aportes, dado que la legislación de entonces incluía prestaciones sociales en su vinculación.

SENTENCIA

Denegó las pretensiones de la demanda, al considerar que el artículo 7° de la Ley 21 de 1982, señala cuáles son los empleadores obligados a aportar para el subsidio familiar y que el 4° Ib., indica a los empleadores que ocupan por lo menos uno o más trabajadores permanentes, y que el 9°, impuso a dichos empleadores un aporte del 6% del monto de sus respectivas nóminas", señalando que el 2% era con destino al Sena.

Agregó, que sobre lo que se entiende por nómina mensual de salarios que sirven de base para el cálculo de los aportes, el artículo 17 de la ley, señala que es la constituida por la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes de salario en los términos de la ley laboral, cualquiera que sea su denominación.

De manera que cuando el servicio se presta bajo la dependencia del patrono y a cambio de un salario, las remuneraciones que se reciben por ese servicio entran en el concepto de nómina y esos salarios son los que sirven de base para el cálculo de los aportes.

Agregó, que con la prueba pericial practicada a la contabilidad de la demandante se verificaron las nóminas y planillas de pagos de salarios y sueldos desde mayo de 1990 hasta junio de 1993, encontrándose que tienen los mismos valores que aparecen en las liquidaciones de aportes.

Previa transcripción parcial el dictamen, lo desestimó al considerar que los peritos no eran los competentes para definir si un contrato es laboral o es de prestación de servicios, pues esta función le corresponde al Tribunal. Además, los peritos no examinaron cada uno de los contratos de servicios que se dice, sirvieron de base para la liquidación, sino que se fundamentaron en un modelo de contrato proforma, esto es que el peritazgo no se fundó en lo que realmente fue base para la liquidación.

Estimó en conclusión que, era necesario que la parte aportara los contratos que alega no son laborales, y que sirvieron de base para la liquidación practicada por el Sena, por las vigencias de 1990 a 1993, para efectuar un estudio de ellos y definir su naturaleza y si el pago que generaron constituye base por aportes, que al no haberlos allegado, la demandante incumplió con la carga de la prueba.

APELACION

Al apelar, el apoderado del actor adujo que con la demanda solicitó inspección judicial con intervención de peritos a los libros de contabilidad y demás documentos del Instituto Departamental de Bellas Artes, especialmente de aquellos que sirven de control y apoyo al manejo y remuneración de personal, particularmente las nóminas y contratos de trabajo y la correspondencia de éstos con las nóminas y planillas de pago, y los contratos de carácter civil y comercial celebrados y que no se consideran como parte de la nómina, prueba sobre la que el Tribunal consideró innecesario practicar la inspección judicial, por cuanto los puntos a constatar eran puramente contables y era suficiente con la prueba pericial.

Con transcripción del dictamen sostuvo que éste estableció la suma que debería reintegrarse al actor, la que con reajuste equivale a $7.165.066; también precisó, que el mismo no fue objetado por la demandada, ni se solicitó ampliación o aclaración, en la medida en que fue emitido con base en los libros de contabilidad del Instituto y que éstos dan fe de la realidad de sus ingresos y egresos. Criticó la desestimación de la prueba por parte del Tribunal, puesto que através del examen a los libros de contabilidad los peritos pudieron establecer con claridad cuáles fueron los factores tenidos en cuenta por el Sena para el cobro de los aportes, en los que se encuentran los Contratos de Prestación de Servicios Personales, Hora Cátedra y Honorarios. Se preguntó, si ante la hipotética pérdida o destrucción de los contratos, no tendrían valor los libros, soportes, asientos, etc., concluyendo que aparentemente así fue para el Tribunal. Agregó, que el criterio sobre la calificación de los contratos por parte de los peritos "no puede llevar a discordia que obnubile a la justicia", y que por el contrario, el experticio debe analizarse como un todo.

Que el aporte, para mayor claridad, de un modelo de contrato por parte de los peritos, fue tergiversado por el Tribunal, que consideró que éstos fundaron su criterio en un modelo proforma de contrato.

Reiteró que el Sena no podía liquidar los aportes incluyendo el rubro honorarios (asesorías, contratos, seminarios y capacitación), prestación de servicios y hora cátedra, por cuanto dicha figura no constituye salario, con la

consiguiente violación de los artículos 17 de la Ley 21 de 1982, Decreto 298, artículo 3° y artículo 73 de la Ley 30 de 1992.

Solicitó la revocatoria de la sentencia y el restablecimiento del derecho impetrados en la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSION

En esta oportunidad procesal, ninguna de las partes registró actuación procesal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como se deduce de los antecedentes, la controversia se contrae a determinar si algunas de las cantidades pagadas por la entidad actora, según ella a título de honorarios por asesorías, seminarios y capacitación y en contratos de prestación de servicios hora cátedra, en realidad lo son, o si por el contrario, dichas erogaciones constituyen salarios, y en consecuencia deben ser base de aportes al Sena.

Los artículos 12 y 17 de la Ley 21 de 1982 establecen:

"Artículo 12. Los aportes hechos por los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las empresas de economía mixta de los órdenes nacional, departamental, intendencial, comisarial, distrital y municipal y empleadores del sector privado, tendrán la siguiente destinación:

2°. El dos por ciento (2%) para el Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena)".

"Artículo 17. Para efectos de la liquidación de los aportes al régimen del Subsidio Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena), Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), Escuelas Industriales e Institutos Técnicos, se entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la Ley Laboral, cualquiera que sea su denominación y además, los verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales.

..." (Subraya la Sala).

De conformidad con el artículo 17 de la Ley 21 de 1982, la locución "nómina mensual de salarios" abarca la "totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la Ley Laboral, cualquiera que sea su denominación y además, los verificados por los descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales". De

ello se desprende que la "nómina mensual de salarios" que sirve de base para la liquidación de los aportes comprende todos los elementos integrantes del salario, excluye los pagos que no lo constituyen y desde luego, los que no se derivan de un contrato laboral.

En atención a la existencia de normatividad especial aplicable a los docentes por cuanto regula sus relaciones y a que los pagos discutidos tuvieron su origen en actividades de tal naturaleza, resulta pertinente la transcripción de las siguientes disposiciones:

A su turno, el Decreto-ley 80 de 1980 disponía:

"ARTICULO 93. Los docentes son de tiempo completo, de tiempo parcial y de cátedra.

Es docente de tiempo completo quien dedica la totalidad de la jornada laboral, que es de cuarenta horas semanales, al servicio de la institución a la cual se halla vinculado.

Cuando la dedicación es entre quince y veinticinco horas semanales, el docente es de tiempo parcial.

Quien dicte en la institución menos de diez horas semanales de cátedra o lectiva es, en todos los casos, docente de cátedra".

"ARTICULO 98. Los docentes de cátedra no son empleados públicos ni trabajadores oficiales y su vinculación a la institución se hará mediante un contrato administrativo de prestación de servicios, el cual se celebrará por períodos académicos. Su remuneración se determinará según su categoría en el Escalafón, si la tiene, y con base en las horas efectivamente dictadas. Sus prestaciones sociales serán proporcionales a las establecidas para los docentes de tiempo completo.

Los contratos a que se refiere este artículo no estarán sujetos a formalidades distintas a las que se acostumbran entre particulares. El régimen de estipulaciones será el determinado por la naturaleza del servicio y el contrato deberá darse por terminado sin indemnización alguna en los casos de incumplimiento de los deberes previstos en este decreto.

Los contratos de que aquí se trata requieren para su perfeccionamiento, el registro presupuestal correspondiente".

"ARTICULO 99. Los docentes de tiempo completo y de tiempo parcial cuyos servicios sean requeridos transitoriamente por la institución para

un período inferior a un año, no son empleados oficiales y sus servicios serán reconocidos mediante resolución".

A su turno, la Ley 30 de 1992, que derogó expresamente el Decreto 80 de 1980, previó

"ARTICULO 73. Los profesores de cátedra no son empleados públicos ni trabajadores oficiales; son contratistas y su vinculación a la entidad se hará mediante contrato de prestación de servicios, el cual se celebrará por períodos académicos.

Los contratos a que se refiere este artículo no estarán sujetos a formalidades distintas a las que se acostumbran entre particulares. El régimen de estipulaciones será el determinado por la naturaleza del servicio y el contrato podrá darse por terminado sin indemnización alguna en los casos de incumplimiento de los deberes previstos en la ley o en el contrato.

Estos contratos requieren, para su perfeccionamiento, el registro presupuestal correspondiente".

"ARTICULO 74. Serán profesores ocasionales aquellos que con dedicación de tiempo completo o de medio tiempo, sean requeridos transitoriamente por la entidad para un período inferior a un año.

Los docentes ocasionales no son empleados públicos ni trabajadores oficiales, sus servicios serán reconocidos mediante resolución y no gozarán del régimen prestacional previsto para estos últimos".

De lo anterior se deduce que los docentes pueden ser de tiempo completo, tiempo parcial y de cátedra. Los profesores de tiempo completo y el de tiempo parcial, son empleados públicos y se encuentran amparados por la estabilidad que les confiere el estatuto docente, por lo que no son funcionarios de libre nombramiento y remoción a excepción del primer año a partir del nombramiento. Así mismo, el empleado público debe su calidad de tal, al ejercicio de un empleo público creado conforme a las disposiciones legales y previsto únicamente para los docentes de tiempo completo o parcial, por lo que su régimen laboral es estatutario y su vinculación y retiro, se efectúa por regla general, mediante acto administrativo.

A *contrario censu*, el docente de cátedra no adquiere el carácter de empleado público, no está amparado por la estabilidad que confieren las normas especiales, no desempeña un empleo público y se vincula mediante un contrato de prestación de servicios docentes, en la forma como lo precisó esta Corporación en sentencias del 31 de mayo de 1991, expediente N° 1188, Sección Segunda, C.P.: Dr. Diego Younes Moreno y del 9 de septiembre de 1992, expediente N° 4602, C.P.: Dr. Reynaldo Arciniégas, fallo este último en el que la Sección dijo:

"En más de una oportunidad ha reiterado la Sala que los docentes de cátedra no son empleados públicos ni trabajadores oficiales, por lo que no les es aplicable el régimen previsto para quienes estén vinculados mediante una relación regular ya sea de naturaleza legal y reglamentaria o contractual, pues aquéllos aparecen regidos por un contrato de prestación de servicios. Tal criterio tiene soporte en lo dispuesto en el artículo 98 del Decreto 80 de 1980, invocado por el libelista".

Examinada la actuación gubernativa, observa la Sección, que la demandada reliquidó los aportes pagados inicialmente por la actora, por los períodos mayo a diciembre de 1990 de $7.091.133 a $7.887.809; todo el año de 1991 de $8.728.234 a $9.637.449; todo el año de 1992 de $10.770.133 a $12.037.203 y por los meses de enero a junio de 1993 de $5.975.835 a $7.849.826, como consecuencia de la inclusión, fundada en la revisión de las ejecuciones presupuestales y los libros auxiliares, de los pagos efectuados bajo los rubros contables de contratos hora cátedra, servicios personales y honorarios; de donde derivó diferencias a favor del Sena por $796.676 (1990); $909.215 (1991), $1.267.070 (1992) y $1.873.991 (1993), para un total de $4.846.952, y que corresponden al ajuste de aportes contenido en el acto acusado.

Advierte la Sala que el tribunal fundamentó su decisión desestimatoria al considerar necesario que la actora aportara al proceso los contratos presuntamente no laborales, los cuales echó de menos, no obstante que la parte actora en cumplimiento de lo ordenado por auto para mejor proveer para que se allegara "copia auténtica de todos los contratos celebrados por el Instituto Departamental de Bellas Artes, los cuales fueron tenidos en cuenta por el Sena para liquidar los aportes referidos..." (fl. 80), aportó un total de 24 contratos correspondientes a los años 1990 a 1993, sobre los que no existió examen ni pronunciamiento por parte del Tribunal.

Un análisis de los contratos de prestación de servicios de profesores hora cátedra, anteriores al año 1992 y los celebrados al amparo de la Ley 30 de 1992, así como las "autorizaciones de servicios como docente", aportados al proceso, demuestra que dichos documentos, no sólo no prueban la argüida relación laboral, sino que la niegan, por lo que para la Sala es claro, que los pagos recibidos por los beneficiarios de la demandante, no fueron remuneración derivada de contrato laboral y consecuencialmente no constituyeron salario.

En efecto, vista la orden de servicio número 4264 del 21 de septiembre de 1990, mediante la cual por solicitud de la Escuela de Teatro, se autoriza a la señora Bernardina Diossa a "prestar servicios como docente de cátedra en

esta unidad durante el período comprendido entre el 17 de septiembre y el 7 de diciembre de 1990. Cursos de extensión. Las horas que tendrá a su cargo se han determinado en 4 horas semanales por 12 semanas del período citado = 48 horas, las cuales se le liquidarán a $1.500 hora, para un costo de la presente orden de servicios de $72.000" (fl. 83 Cdno. ppal.). Similar contenido presentan otros documentos aportados entre ellos, la orden N° 3983 del 27 de agosto de 1990, referida a la prestación de "servicios profesionales al grupo Titirindeba, adscrito al Departamento de Divulgación, durante el mes de septiembre de 1990, consistente en la evaluación del grupo en los aspectos artístico y normativo, así como seminarios de actualización a los actuales integrantes. Valor del servicio $152.000".

Así mismo, del contenido de la Resolución 027 del 6 de septiembre de 1991 (fl. 92), se destaca lo siguiente: El considerando del documento señala que "La Escuela de Danza dentro de la planeación académica 1991-1992, presenta necesidades de contratación de profesores hora cátedra, después de asignar las cargas académicas al profesorado nombrado"... "Resuelve: Contratar los servicios de los siguientes profesores bajo la modalidad de hora cátedra para el período septiembre 9 a diciembre 20 de 1991, así: ...Adriana López, 10 horas semanales, asignatura técnica clásica. 10 H. valor hora: $915 Valor total 10 HS x 15 S x $915 = 137.250". Procedimiento que se repite con cada uno de los docentes citados a lo largo de la resolución. En su artículo 3° prevé que "El gasto se imputará al programa Escuela de Danza, servicios personales, Contratos de Prestación de Servicios". Y el artículo 4°, previene: "Sólo se reconocerá a los docentes contratados mediante la presente resolución los emolumentos expresamente dichos".

Términos parecidos expresan las diferentes resoluciones allegadas a los autos para contratar monitores, modelos para la escuela de artes plástica, violinistas, trompetistas, hora cátedra escuela de música, y asesor curricular, caso este último en el que se prevé que se hizo la reserva presupuestal, rubro de honorarios del presupuesto de gastos de la respectiva vigencia (fl. 109).

Obran también contratos celebrados al amparo de la Ley 30 de 1992, denominados de "Prestación de servicios", contentivos de cláusulas relativas al objeto, (prestación de servicios profesionales para dictar la cátedra) cuyas características allí se detallan, valor, duración y forma de pago, como en el que "el Instituto pagará al catedrático por la ejecución del trabajo señalado en la cláusula anterior **honorarios** a razón de $3.510 hora de clase dictada, N° de horas 435. Valor total $1.526.850".

Contiene así mismo previsiones relativas a las causales de terminación del contrato (muerte, incapacidad del catedrático, común acuerdo, etc.). Apropiación presupuestal (rubro honorarios N° 560-01-0105) y certificación de disponibilidad

presupuestal. La cláusula sexta señala que, "Queda claramente establecido para todos los efectos legales que el catedrático no es empleado público ni trabajador oficial, ni está bajo subordinación o dependencia" (fl. 1 C.3).

De otra parte en relación con el dictamen pericial practicado por contadores y que incluye aspectos estrictamente no contables, como lo son los relativos a la calificación jurídica de los contratos, y que el Tribunal desestimó por haberse en él conceptuado en materia reservada al juzgador, estima la Sala que tal circunstancia no tiene la virtualidad de tornar en ineficaz la prueba, en lo relativo al examen de la contabilidad de la actora, pues se aclara, que el dictamen fue pedido para dar fe de los registros contables y esclarecer situaciones relativas a los respectivos soportes, debiendo ser apreciado de tales aspectos. Sin embargo, examinado el experticio, observa la Sala, que el mismo no aportó mayores elementos de juicio, como quiera que la prueba y el debate en el *sub lite* se centraron en el análisis jurídico de los contratos, y no existió cuestionamiento alguno en su contabilización por parte de la demandada.

De lo expuesto se tiene que; la resolución acusada al tomar como base para la liquidación de los aportes, factores diferentes a los establecidos en la ley, al otorgarles carácter salarial a los pagos por honorarios, otros servicios personales y contratos de prestación de servicios, que no constituyen remuneración derivada de contrato laboral, incurrió en vicio de ilegalidad por lo que deberá ser anulada. De donde resulta, que la entidad actora no está obligada a cancelar los ajustes de aportes en cuantía de $4.846.952, liquidados por el Sena.

La Sala no se referirá al pago de aportes basados en el subsidio de transporte, hecho por la actora, en atención a que sobre este concepto no hubo reliquidación alguna por la demandada, ni tal punto fue materia de la demanda.

De otra parte, respecto de las pretensiones de restablecimiento, a través del reintegro a la actora, la Sala no ordenará devoluciones, ni ajustes, en atención a la ausencia de prueba del pago de la misma de $4.846.952, materia de controversia y que según la demanda fue cancelada el 25 de enero de 1994, mediante cheque N° 2639224 del Banco Tequendama, ya que no es posible acceder a la petición, sin que obre la plena prueba del pago en exceso que originaría la devolución, y en el acto sólo se da cuenta de lo pagado inicialmente por la actora.

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. REVÓCASE la sentencia apelada.

2. ANÚLASE la Resolución N° 578 del 20 de agosto de 1993, por la cual se fijaron ajustes de aportes con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje

Sena y a cargo del Instituto Departamental de Bellas Artes en cuantía de $4.846.952, correspondientes a los años 1990 (mayo a diciembre); 1991, 1992 y 1993 (enero a junio).

3. NO SE ORDENA reintegro de suma alguna, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente, ausente; *Julio E. Correa Restrepo, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

SENTENCIA DE NULIDAD - Efectos / COSA JUZGADA - Alcance / RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Limitación

Según el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo "la sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes" lo que significa que el acto administrativo desaparece del ordenamiento jurídico frente a todo el mundo y desde el mismo momento de la declaratoria de nulidad. Consecuencialmente la declaratoria de nulidad vuelve las cosas al estado en que se hallaban cuando se profirió el acto inválido y tiene efectos retroactivos en todas las situaciones aún no definidas en vía administrativa o jurisdiccional. De ahí que fue acertado el proceder del tribunal al no tener en cuenta para efectos de la determinación de la base para calcular la renta presuntiva el parágrafo 2° del artículo 2° del Decreto 353 de 1984, disposición que fue declarada nula por la Corporación en sentencia del 22 de octubre de 1994. Por lo que al recurso de súplica se refiere, éste no tiene la virtualidad de enervar los efectos de la declaratoria de nulidad que consagra de manera perentoria el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, como quiera que el fenómeno de la cosa juzgada en este evento, opera sin limitación alguna, de tal suerte que, una vez declarada la nulidad de una norma, ésta desaparece del escenario jurídico y no puede ser motivo de nueva impugnación ni ser aplicada.

RENTA PRESUNTIVA - Reducción / EMPRESA EN PERIODO IMPRODUCTIVO - Reducción de renta presuntiva / PATRIMONIO LIQUIDO / INGRESOS NETOS

El legislador estableció la posibilidad de disminuir proporcionalmente la renta presuntiva "sobre aquella parte de los

ingresos netos y del patrimonio líquido vinculado a empresas en período improductivo o afectada por hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito" y agregó que "al resto de los ingresos netos y del patrimonio líquido, se aplican los porcentajes respectivos" (inciso 3° artículo 15 de la Ley 9ª de 1983, artículo 181 del Estatuto Tributario). Por ello, el Decreto Reglamentario 353 de la Ley 9ª de 1983, en los artículos 2 y 3 estableció en forma concreta los valores que debían excluirse del patrimonio líquido y de los ingresos netos para efectos de determinar la base de cálculo de la renta presuntiva cuando existían causales de reducción de la misma. Fue así como para determinar el patrimonio base de la renta presuntiva precisó que deba excluirse, entre otros valores, "el valor patrimonial neto de los activos vinculados a empresas en período improductivo" (en el parágrafo 2° del precitado artículo 2° norma anulada por la Corporación, contempló la proporcionalidad respectiva cuando el período improductivo había afectado sólo una parte del período gravable). Sin embargo, dada la nulidad de esta última disposición debe entenderse como si nunca hubiesen existido).

EMPRESA EN PERIODO IMPRODUCTIVO - Inexistencia / REDUCCION DE RENTA PRESUNTIVA - Improcedencia / RENTA PRESUNTIVA - Aplicación

En cuanto que no es procedente dar aplicación a las reglas que consagraba el parágrafo 2° del artículo 2° del Decreto 353 de 1984, en virtud de la nulidad decretada por la Sección en sentencia del 22 de octubre de 1994, por las razones indicadas en el primer punto de estas consideraciones, no está de acuerdo con la norma aplicada para determinar la renta presuntiva, es decir, el artículo 186 del Estatuto Tributario (norma que codificó parcialmente el artículo 2° del Decreto 353 de 1984). Lo anterior, por cuanto no puede pasarse por alto, que la causal de reducción invocada (período de improductividad) no se aceptó como quiera que se estableció que durante el año gravable 1989, la sociedad no se encontraba en período de improductividad, en razón a que éste había concluido el 8 de enero de 1989. Si se aceptara la exclusión que consagra el numeral 3° del artículo 186 del Estatuto Tributario, como lo pretende la actora, equivaldría a aceptar la causal de reducción, como si ésta hubiese afectado la totalidad del período

gravable lo que no es de recibo, pues está plenamente demostrado en el proceso y sobre ello no existe discusión en esta oportunidad procesal, que el período de improductividad terminó el día 8 de enero de 1989, lo que de suyo demuestra la procedencia de la determinación de la renta presuntiva respecto del período gravable, sin reducción alguna y por ende de acuerdo con la base y porcentajes señalados en el artículo 180 del Estatuto Tributario (inciso 1° de la Ley 9ª de 1983).

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., trece (13) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Delio Gómez Leyva.*

Radicación número 6058.

Referencia: Impuestos - Renta.

Actor: Carbones de Colombia S.A.

FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Nación-Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales y de Aduanas, contra la sentencia del 28 de octubre de 1994, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, acogió las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la sociedad Carbones de Colombia S.A. NIT 860.050.684-1, para impugnar la operación administrativa a través de la cual la Administración de Impuestos Nacionales-Grandes Contribuyentes-Santa Fe de Bogotá, le determinó el impuesto de renta y complementarios correspondiente al año gravable 1989.

ANTECEDENTES

La Sociedad Carbones de Colombia S.A., presentó su declaración de renta y complementarios correspondiente al año gravable 1989, el día 17 de abril de 1990, en el Banco del Estado de la ciudad de Bogotá, en cuya liquidación privada fijó el impuesto a cargo en la suma de cero (0) pues su renta presuntiva fue también de cero y determinó una pérdida líquida de $21.151.824.824.000.

La Administración de Impuestos Nacionales Grandes Contribuyentes de Santa Fe de Bogotá, a través de auto comisorio N° 68-0325 del 16 de julio de

1990, ordenó inspección contable con el fin de realizar cruce de verificación para efectos de determinar las ventas realizadas por la precitada sociedad durante los años gravables 1984 y 1985, en la cual se encontró que ésta efectuó la primera venta el día 8 de enero de 1985.

Con base en los resultados obtenidos en tal diligencia, expidió el requerimiento especial N° 034-0016 del 16 de mayo de 1991, mediante el cual propuso modificar la liquidación privada correspondiente al año gravable 1989, al aplicar renta presuntiva por cuanto de conformidad con el artículo 10 del Decreto 353 de 1984 "las etapas de construcción, instalación y montaje, están comprendidas entre la fecha de terminación de la etapa de prospectación y la fecha en que la empresa realice la primera enajenación de bienes o la primera prestación de servicios" hecho que para Carbocol S.A., había ocurrido el día 8 de enero de 1985, según la factura N° E-0063 del 8 de enero de 1985, y por ende el período de improductividad había terminado el día 8 de enero de 1989.

La sociedad dio respuesta a tal requerimiento manifestando la improcedencia de la determinación de la renta por el régimen presuntivo para el año gravable 1989, en razón a que durante este año la empresa se encontraba aún en período improductivo según acuerdo complementario de diciembre de 1983, el cual había sido ignorado por los funcionarios de impuestos. Que en virtud de tal acuerdo, el período de improductividad sólo había concluido el 25 de febrero de 1990, y que en él se habían previsto las exportaciones preliminares de carbón sin que ello implicara cambio en los plazos o términos para la iniciación de la etapa de explotación.

La Administración a través de su Unidad de Liquidación estimó que si bien podía darse el caso de las ventas preliminares o anticipadas, así como el cambio de términos por acuerdo entre las partes, tal y como había ocurrido en el Acuerdo N° 021, fiscalmente ello no era válido, por cuanto contradecía lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 353 de 1984. En consecuencia reafirmó lo expuesto en la etapa investigativa en el sentido de que el período improductivo para Carbocol S.A., se había iniciado el 1° de enero de 1977 y terminado el día 8 de enero de 1989. Por consiguiente, concretó la determinación de la renta líquida por el sistema especial de renta presuntiva e impuso sanción por inexactitud, proceder plasmado en la liquidación de revisión N° 0052 del 28 de noviembre de 1991.

Dentro de la oportunidad legal la sociedad presentó recurso de reconsideración alegando: nulidad por pretermisión de la instancia; falta de correspondencia entre el requerimiento especial y la liquidación de revisión; improcedencia en la aplicación de la renta presuntiva por cuanto el período

improductivo del proyecto definitivo culminó el 25 de febrero de 1990; eventualmente sólo sería aplicable respecto al patrimonio vinculado a la empresa provisional que se constituyó para efectos de las ventas preliminares; la liquidación de la renta presuntiva no se encuentra conforme a la ley e improcedencia de la sanción por inexactitud, así como del mayor valor determinado por concepto de anticipo.

A través de la Resolución N° 47-069 del 22 de diciembre de 1992, la Administración confirmó en todas sus partes la liquidación de revisión recurrida, al considerar que las causales de nulidad alegadas no se configuraban por cuanto tal acto administrativo se había practicado con el debido cumplimiento de los requisitos legales. En cuanto a la determinación de la renta presuntiva observó que la sociedad actora estaba obligada a liquidar renta presuntiva por el año gravable 1989, por las siguientes razones:

- Porque en virtud del acuerdo N° 021 se posibilitó la operación comercial y se logró efectuar la primera venta del mineral al exterior en enero 8 de 1985.

- El hecho de utilizar instalaciones provisionales o definitivas, para realizar la operación comercial de venta del mineral, en nada modifica la delimitación legal de la etapa de improductividad consagrada en los artículos 8 y 19 del Decreto 353 de 1984.

- La primera enajenación de bienes a que se refiere el artículo 10 del Decreto 353 de 1983, delimita la fecha a partir de la cual se cuentan los cuatro años de improductividad.

- Porque la factura N° E.0063 de enero 8 de 1985, contiene los elementos que tipifican la venta, como son, objeto, el precio y la transferencia del dominio, que demuestra plenamente que se realizó el primer embarque de carbón y consecuencialmente la primera venta.

- Porque a partir de la primera venta (8 de enero de 1985) se debe contar los cuarenta y ocho meses a que se refiere el artículo 11 del Decreto 353 de 1984, el cual concluyó el 8 de enero de 1989.

- Por la vigencia fiscal discutida únicamente estuvo afectada por improductividad desde el 1° hasta el 8 de enero de 1989, por lo que por el lapso restante del año la sociedad estaba obligada a determinar la renta presuntiva, afectando la anualidad gravable solamente con los siete días de improductividad.

Respecto a la sanción por inexactitud, señaló que no existía la diferencia de criterio alegada por cuanto las normas relativas a la renta presuntiva eran

claras y de manera expresa consagraban tal aspecto. De igual modo consideró improcedente la inconformidad planteada por el mayor valor del anticipo para el año gravable 1990, el que según el concepto citado por la recurrente, estaba obligada la Administración a liquidar en razón a que "como se originaron intereses por el no pago de las cuotas del anticipo o su reajuste, éstos deben ser cancelados por el contribuyente, desde el momento en que fueron exigibles las cuotas, hasta la fecha de pago de la liquidación privada del impuesto del año gravable al cual deberá imputarse ese anticipo".

LA DEMANDA

Ante la jurisdicción la sociedad Carbocol S.A., a través de su apoderado judicial solicitó a la Corporación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo declarar la nulidad de la actuación administrativa anteriormente reseñada y en consecuencia declarar en firme la liquidación privada del impuesto de renta por el año gravable 1989. En forma subsidiaria, en el caso de que se encuentre procedente la determinación de la renta líquida por el sistema presuntivo sobre patrimonio para el año gravable 1989, solicitó practicar una nueva liquidación de la base de renta presuntiva "únicamente con base en los activos vinculados a la empresa creada para las exportaciones preliminares de carbón".

En el acápite de normas violadas y concepto de violación, concretó las siguientes disposiciones que en su concepto fueron violadas por la actuación administrativa acusada: Los artículos 4, 29, 38, 83, 333, 338 y 363 de la Constitución Nacional; 26, 180, 181, 186, 189, 647, 703, 711, 712, 730, 746 y 807 del Estatuto Tributario; 35, 59 y 84 del Código Contencioso Administrativo; 25 del Código del Comercio; 10 del Decreto Reglamentario 353 de 1984, y 12 de la Ley 153 de 1887.

El concepto de violación se desarrolló en torno a los siguientes cargos: Nulidad de la liquidación de revisión por no resolver todos los puntos planteados con ocasión de la respuesta del requerimiento especial, violación del derecho de defensa de Carbocol S.A., y del artículo 711 del Estatuto Tributario, por incongruencia y contradición entre los argumentos del requerimiento especial y la liquidación de revisión, la renta presuntiva sobre patrimonio no puede aplicarse a Carbocol S.A., para el año gravable 1989, por cuanto el período improductivo del Proyecto Definitivo del Cerrejón culminó el 25 de febrero de 1990; la determinación de la renta líquida por el sistema especial de renta presuntiva sería eventualmente procedente sólo

con respecto al patrimonio vinculado a la empresa provisional y alterna que se constituyó entre Carbocol e Intercor para la realización de ventas preliminares o anticipadas; el procedimiento para la determinación de la base de renta presuntiva utilizado en la actuación oficial infringe el artículo 338 de la Constitución Nacional y no está conforme a la ley; improcedencia de la sanción por inexactitud e improcedencia de la determinación de un mayor anticipo para el año gravable 1990.

LA PARTE OPOSITORA

La apoderada judicial de la Nación al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones del demandante argumentando en síntesis lo siguiente:

En cuanto al primer cargo de violación manifestó que el artículo 730 del Estatuto Tributario señala en forma expresa las causales de nulidad de las liquidaciones de impuestos y que esta norma no contempla "el no referirse en forma detallada a los argumentos que expone el contribuyente en la respuesta al requerimiento especial" por lo que y de acuerdo con el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo solicita abstenerse de conocer tal cargo. Por otra parte, observó que el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo no era aplicable al *sub lite*, por cuanto existen normas especiales, los artículos 703 y 715 del Estatuto Tributario, que establecen los requisitos y contenido de la liquidación de revisión consignado entre ellos "la explicación sumaria de las modificaciones efectuadas a la declaración" requisito que cumplía la actuación acusada.

Respecto al segundo cargo de violación, señaló que no se violó el derecho de defensa porque este principio constitucional no persigue que la Administración reconozca en cada instancia las pretensiones del actor, sino que se cumpla el debido proceso para que el administrado pueda ser oído, lo que se había dado en el proceso gubernativo, independientemente de que se hubiese determinado que la sociedad en la determinación de los impuestos se alejó de la normatividad especial consagrada para las empresas vinculadas a la extracción de recursos naturales no renovables. Acerca de la violación del artículo 711 del Estatuto Tributario, señaló que tampoco se observaba por cuanto existía la debida correspondencia entre el requerimiento especial y la liquidación de revisión.

En lo referente al tercer cargo de violación afirmó que la *litis* radica en torno a establecer el momento de terminación de la fase de construcción y montaje para determinar la fase improductiva de la sociedad, y que para su representada con fundamento en los artículos 181 del Estatuto Tributario,

concordante con el artículo 15 de la Ley 9ª de 1983, y 7° y siguientes del Decreto 353 de 1984, estos períodos están delimitados así:

- Etapa de exploración o prospectación: desde el 1° de enero de 1977 hasta el 31 de diciembre de 1988.

- Etapa de construcción y montaje: desde la terminación de la etapa de prospectación hasta cuando se verifique la primera enajenación de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 del Decreto 353 de 1984, es decir, se inició el 1° de enero de 1981 y culminó el 8 de enero de 1985, fecha en que Carbocol efectuó la primera venta según factura comercio N° E-0065 con destino a Compañía General Comercializadora S.A. Nueva Orleans.

- Etapa de ensayos y puesta en marcha: desde el 8 de enero de 1985, momento en que se verificó la primera venta, hasta la culminación del plazo de 48 meses previsto en el artículo 11 del precitado Decreto 353, el cual culminó el 8 de enero de 1989, fecha a partir de la cual se inicia el período productivo para Carbocol y por ende la obligación de determinar renta presuntiva.

Agregó que la afirmación del actor en el sentido de que la venta de enero de 1985, sólo fue una "venta preliminar efectuada por una empresa paralela" no desvirtuó la actuación administrativa por cuanto el Decreto 353 de 1984, no contempla ninguna condición de construcción, inauguración o modalidad de la planta o de la venta, por lo que aprobada y verificada la primera "venta" se inicia la fase de ensayos y puesta en marcha. También advirtió que los acuerdos celebrados entre las partes no pueden contrariar las normas tributarias.

Acerca del cuarto cargo de violación, criticó la tesis expuesta por el actor con fundamento en el artículo 25 del Código de Comercio, la que a su juicio no tiene cabida en materia fiscal, máxime cuando está probado que ni Carbocol ni Intercor constituyen un ente social independiente, y que en virtud del contrato de asociación las únicas partes reconocidas en el mismo para todos los efectos eran estas dos sociedades. Señaló que la certificación del Auditor General de la Contraloría acerca del valor de los activos vinculados a la empresa dedicada a las exportaciones preliminares de carbón no era procedente por cuanto las oficinas de impuestos verificaron los datos contables y que además tal certificación no podía entrar a demostrar la supuesta existencia de una sociedad paralela a Carbocol.

Con relación al quinto cargo de violación, solicitó al Tribunal abstenerse de aplicar la excepción de inconstitucionalidad pedida por el demandante, respecto del parágrafo 2° del artículo 2° del Decreto 353 de 1984, frente al artículo 338 de la nueva Constitución, porque cuando el precitado decreto fue aplicado no contrariaba la norma fundamental existente en ese momento y por tanto las actuaciones surtidas bajo la vigencia de esa Constitución no podían

ser afectadas por una inconstitucionalidad sobreviniente frente a la nueva normatividad que empezó a regir en julio de 1991. Señaló que el Decreto 353 de 1984 no fijó nueva base gravable como lo pretende el demandante, sino que desarrolló la establecida en los artículos 15 y 16 de la Ley 9ª de 1983. Así mismo, indicó que la acción pretendida se sale del ámbito de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

En lo concerniente al sexto cargo de violación, manifestó que la sanción por inexactitud estuvo ajustada a lo preceptuado por el artículo 647 del Estatuto Tributario, ya que la sociedad presentó datos desfigurados e incompletos de los cuales se derivó un menor impuesto a cargo de la sociedad por el año gravable 1989.

Respecto al mayor valor determinado por concepto de anticipo para el año gravable 1990, anotó que ello no es más que la consecuencia lógica y obligatoria de la modificación planteada del impuesto a cargo en los artículos 701 y 704 del Estatuto Tributario.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca acogió las súplicas de la demanda, con fundamento en la pretensión subsidiaria encaminada a que se practicara una nueva liquidación de impuestos, únicamente con base en los activos vinculados a la empresa creada para las exportaciones de carbón, y en el hecho de que el parágrafo 2° del artículo 2° del Decreto 353 de 1984 fue declarado nulo por esta Corporación en sentencia del 22 de abril de 1994, razón por la cual estimó con apoyo en el concepto del agente del Ministerio Público, que la base de cálculo en la renta presuntiva sobre patrimonio debía efectuarse con fundamento en lo establecido en el artículo 186 del Estatuto Tributario, según el cual "el patrimonio líquido base para el cálculo de la renta presuntiva será el que se obtenga de excluir del total del patrimonio líquido del año inmediatamente anterior al gravable el valor de los activos representados en los siguientes bienes: "...3. El valor patrimonial neto de los activos vinculados a empresas en período improductivo" que como a 31 de diciembre del año anterior al año gravable 1989, la sociedad aún estaba en período improductivo, concluyó que la base para efectos de calcular la renta presuntiva era de cero.

En cuanto a los restantes cargos de violación, el *a quo* se pronunció en forma adversa manifestando en síntesis lo siguiente:

Acerca de la nulidad de la liquidación de revisión por no resolver todos los puntos planteados con ocasión de la respuesta al requerimiento especial, advirtió que tanto del requerimiento especial como de la liquidación de revisión

se observaba que el hecho impugnado correspondía a la determinación de la renta presuntiva de acuerdo con las normas que regulaban tal procedimiento, por lo que estimó que no se configuraba violación alguna al derecho de defensa.

De igual modo encontró que no se había violado el artículo 711 del Estatuto Tributario por la supuesta falta de correspondencia entre el requerimiento especial y la liquidación de revisión por cuanto los puntos planteados en ambos actos administrativos eran coincidentes.

Respecto al cargo de violación según el cual "la renta presuntiva sobre patrimonio no puede aplicarse a Carbocol S.A., para el año gravable 1989, por cuanto el período improductivo del Proyecto Definitivo del Cerrejón culminó el 25 de febrero de 1990", determinó con fundamento en los artículos 10 y 11 del Decreto 353 de 1984, y en el hecho demostrado de que la primera venta se produjo el día 8 de enero de 1985, que el período improductivo se terminó el 8 de enero de 1989 y no el 25 de febrero de 1990, como lo pretendía el demandante, como quiera que no podía tenerse en cuenta los acuerdos de los particulares, y que en consecuencia la sociedad estaba obligada a determinar la renta presuntiva.

Respecto al cargo de violación atinente a la sanción por inexactitud observó que ésta debía levantarse en razón a que no era posible determinar la renta líquida gravable por el sistema especial de renta presuntiva sobre la base del patrimonio como lo había determinado la Administración. Con apoyo en el concepto del Ministerio Público, indicó que el mayor valor determinado por concepto de anticipo para el año gravable de 1990, corría la misma suerte de la sanción por inexactitud.

En consecuencia de lo resuelto, el Tribunal practicó nueva liquidación de impuestos fijando el impuesto de renta por el año gravable 1989, en la suma de cero y por ende declaró la nulidad de la operación administrativa acusada.

LA APELACION

La apoderada judicial de la Nación al apelar la sentencia anterior, puso de manifiesto el hecho de que la Subdirección Jurídica de la Dirección de Impuestos Nacionales y de Aduanas, con fecha 11 de mayo de 1994, había interpuesto el recurso extraordinario de súplica contra la sentencia del 22 de abril de 1994, por medio de la cual la Sección Cuarta de esta Corporación declaró la nulidad del parágrafo 2° del artículo 2° del Decreto 353 de 1984, circunstancia por la cual consideró que mientras este recurso no sea resuelto, debe dársele aplicación a la norma cuestionada dejando en firme la actuación administrativa acusada.

En su opinión por estar pendiente la decisión sobre el recurso interpuesto, es el parágrafo 2° del artículo 2° del Decreto 353 de 1984, la norma base para

determinar la renta presuntiva de Carbocol por el año gravable 1989, por cuanto en su contenido está prevista la situación en que se encontraba tal empresa, en el sentido de que el período improductivo afectó sólo una parte del período gravable, por lo que la proporcionalidad prevista en la norma era de obligatoria aplicación a la empresa demandante.

Añadió, que en el evento de no aceptarse este planteamiento, solicitó aplicar la renta presuntiva sobre el sistema alterno de ingresos netos del año gravable 1989, como quiera que se trata del mismo sistema de depuración, el cual no riñe con la decisión que finalmente se adopte.

Respecto a la sanción por inexactitud, observó que no existiendo pronunciamiento definitivo sobre la norma suplicada, debía confirmarse esta sanción porque se configuró la conducta señalada en el artículo 647 del Estatuto Tributario.

Con el mismo fundamento con que se modificaron las bases gravables consideró que debía mantenerse la modificación del anticipo.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Parte demandante:

El apoderado judicial de la sociedad actora al alegar de conclusión, en primer lugar, se opuso a las pretensiones de la apelante, y luego de reproducir los fundamentos de la sentencia por medio de la cual esta Sección declaró la nulidad del parágrafo 2° del artículo 2° del Decreto 353 de 1984, "por la evidente y flagrante contradicción frente a la norma de carácter superior que pretendía reglamentar, así como los fundamentos expuestos por la Dirección de Impuestos Nacionales en el recurso extraordinario de súplica, manifestó que independientemente del resultado del recurso de súplica y dada la reconocida ilegalidad de la precitada norma y en virtud de la excepción de ilegalidad la determinación de la base de renta presuntiva sobre patrimonio debía efectuarse de conformidad con las normas con fuerza de ley, vale decir, los artículos 181 y 186 del Estatuto Tributario y no con base en la norma de inferior jerarquía como se pretendía.

Con respecto a la aplicación de la excepción de ilegalidad en los casos en que las normas de inferior jerarquía contradicen en forma evidente a las de carácter superior, reseñó apartes jurisprudenciales de sentencia de la Sala Plena del 26 de junio de 1991 (exp. S-086) y otra de la Sección Segunda del 13 de julio de 1982, y finalmente recordó que en el presente caso la contradicción entre la norma superior y la inferior es tan evidente que así fue declarado en la sentencia del 22 de abril de 1994. De igual modo, advirtió que de la aplicación de los artículos 181 y 186 del Estatuto Tributario surgen resultados diferentes a los que surgen de la aplicación de la norma reglamentaria que se anuló.

En consecuencia, solicitó que en caso de ser procedente la determinación de la renta líquida de Carbocol S.A., por el año gravable 1989, por el sistema de renta presuntiva sobre patrimonio, ésta se efectué de conformidad con los artículos 181 y 186 del Estatuto Tributario.

Subsidiariamente el apoderado judicial de la actora concretó su inconformidad con los cargos de violación que no fueron aceptados por el Tribunal.

Parte demandada:

La entidad demandada al alegar de conclusión observó que respecto de la sentencia del 22 de abril de 1994, que declaró la nulidad del parágrafo 2° del artículo 2° del Decreto 353 de 1984, no podía predicarse la característica de la "inmutabilidad" en razón a que al encontrarse pendiente el recurso extraordinario de súplica al ser decidido éste podía variarse la decisión tomada y por ende los efectos de la misma. Por tanto, sostuvo que al no existir cosa juzgada material en la sentencia que sirvió de base al Tribunal, éste no podía desconocer la actuación administrativa, razón por la cual solicitó dar aplicación a la norma cuestionada dejando en firme la actuación administrativa acusada.

Por otra parte, indicó que existía incongruencia entre las pretensiones expuestas por el actor en su demanda, la acción incoada y el trámite dado a las mismas, al pretender la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a través de la nulidad de la norma en que se fundamentó la actuación administrativa con lo cual se estaba desnaturalizando el contenido de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de distinguir la acción de simple nulidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, reseñó apartes de jurisprudencia de sentencia de mayo 9 de 1986, expediente N° 0596, Sección Cuarta, Consejero Ponente: Doctor Jaime Abella Zárate.

Con fundamento en lo anterior solicitó a la Corporación revocar la sentencia apelada y en su lugar confirmar la actuación administrativa acusada.

EL MINISTERIO PUBLICO

La Procuraduría Séptima Delegada en lo Contencioso a quien le correspondió en la segunda instancia emitir concepto en el presente proceso, no intervino.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De acuerdo con lo reseñado anteriormente, la controversia en la presente instancia del proceso está constituida por la inconformidad de la apelante apoderada judicial de la Nación - Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales y de Aduanas con la sentencia del Tribunal, por cuanto éste no obstante que reconoció la procedencia de la renta presuntiva para efectos

de la determinación de la renta líquida gravable en el impuesto de renta a cargo de la sociedad Carbocol S.A. por el año gravable 1989, anuló la operación administrativa acusada al considerar que la base gravable para efectos del cálculo de la renta presuntiva debía determinarse con fundamento en el artículo 186 del Estatuto Tributario, y no con base en el parágrafo 2° del artículo 2° del Decreto 353 de 1984, que tuvo en cuenta la Administración, en razón a que esta disposición había sido declarada nula por esta Corporación en sentencia del 22 de abril de 1994.

Para la apelante, a pesar de la declaratoria de nulidad del parágrafo 2° del artículo 2° del Decreto 353 de 1984, debe darse aplicación a esta disposición por cuanto su representada interpuso el recurso extraordinario de súplica y éste no ha sido resuelto; o en subsidio debe aplicarse la renta presuntiva sobre la base de ingresos netos. Por su parte el apoderado judicial de la sociedad actora insistió que ante la declaratoria de nulidad del precitado parágrafo del artículo 2° del Decreto 353 de 1984, debía determinarse la base para efectos de calcular la renta presuntiva con base en los artículos 181 y 186 del Estatuto Tributario, y que en consecuencia la renta presuntiva era de cero, tal y como había sido calculada por el Tribunal.

Planteada así la controversia en la segunda instancia del proceso, la Sala observa que previamente debe aclararse lo relacionado con los efectos de las sentencias de nulidad de los actos administrativos, para luego analizar lo concerniente a la base sobre la cual debe determinarse la renta presuntiva.

Efectos de las sentencias de nulidad:

Según el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo "La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada *erga omnes*" lo que significa que el acto administrativo desaparece del ordenamiento jurídico frente a todo el mundo y desde el mismo momento de la declaratoria de nulidad.

Consecuencialmente, la declaratoria de nulidad vuelve las cosas al estado en que se hallaban cuando se profirió el acto inválido y tiene efectos retroactivos en todas las situaciones aún no definidas en vía administrativa o jurisdiccional. De ahí que fue acertado el proceder del Tribunal al no tener en cuenta para efectos de la determinación de la base para calcular la renta presuntiva el parágrafo 2° del artículo 2° del decreto 353 de 1984, disposición que fue declarada nula por la Corporación en sentencia del 22 de octubre de 1994.

Por lo que al recurso de súplica se refiere, éste no tiene la virtualidad de enervar los efectos de la declaratoria de nulidad que consagra de manera perentoria el pretranscrito artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, como quiera que el fenómeno de la cosa juzgada en este evento, opera sin

limitación alguna, de tal suerte que, una vez declarada la nulidad de una norma, ésta desaparece del escenario jurídico y no puede ser motivo de nueva impugnación ni ser aplicada.

Adicionalmente, la Sala advierte a la apelante-apoderada de la entidad demandada que el recurso extraordinario de súplica quedó resuelto en sentencia del 7 de abril de 1995, proferida por la Sala Plena de esta Corporación, en la cual "no se infirma la sentencia de 22 de octubre de 1994, dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, mediante la cual se anuló el parágrafo 2° del artículo 2° del Decreto 353 de 1984".

Base para calcular la renta presuntiva:

El artículo 181 del Estatuto Tributario, norma que codificó parte del artículo 15 de la Ley 9ª de 1983, consagraba en forma genérica las bases y porcentajes para efectos de la determinación de la renta presuntiva, señalando que ésta "...no es inferior al ocho por ciento (8%) (...) (del) patrimonio líquido en el último día del ejercicio gravable inmediatamente anterior (...) o al uno por ciento (1%) de los ingresos netos obtenidos en el respectivo año gravable, si este último valor fuere superior" de donde se deduce que las bases corresponden al patrimonio líquido del año inmediatamente anterior o los ingresos netos del año gravable respectivo, el valor que resulte superior al aplicar los respectivos porcentajes.

Pero, el legislador estableció la posibilidad de disminuir proporcionalmente la renta presuntiva "sobre aquella parte de los ingresos netos y del patrimonio líquido vinculado a empresas en período improductivo, o afectada por hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito" y agregó, que "Al resto de los ingresos netos y del patrimonio líquido, se aplican los porcentajes respectivos" (inciso 3° artículo 15 de la Ley 9ª de 1983, artículo 181 del Estatuto Tributario).

Por ello, el Decreto Reglamentario 353 de la Ley 9ª de 1983, en los artículos 2 y 3 (codificado parcialmente el primero en el artículo 186 del Estatuto Tributario y el segundo en el artículo 185 *ibidem*) estableció en forma concreta los valores que debían excluirse del patrimonio líquido y de los ingresos netos para efectos de determinar la base de cálculo de la renta presuntiva, cuando existían causales de reducción de la misma. Fue así como para determinar el patrimonio base de la renta presuntiva precisó que debía excluirse, entre otros valores, "el valor patrimonial neto de los activos vinculados a empresas en período improductivo" (en el parágrafo 2° del precitado artículo 2° norma anulada por la Corporación, contempló la proporcionalidad respectiva cuando el período improductivo había afectado sólo una parte del período gravable). Sin embargo, dada la nulidad de esta última disposición debe entenderse como si nunca hubiesen existido.

En el caso que atiende la Sala, la sociedad actora invocó como causal de reducción de la renta presuntiva, el encontrarse en período improductivo, sin embargo la Administración estableció que ello no era exacto puesto que tal período improductivo había concluido el 8 de enero de 1989, ya que la primera venta se había efectuado el día 8 de enero de 1985, fecha a partir de la cual debía contarse los cuarenta y ocho meses de la etapa improductiva según lo ordenado en el artículo 11 del Decreto precitado, proceder que confirmó el Tribunal, pero ante la nulidad del parágrafo 2° del artículo 2° del Decreto 353 de 1984, estimó que la base se encontraba mal liquidada y que en consecuencia debía determinarse teniendo en cuenta el artículo 186 del Estatuto Tributario y que como "...para el año gravable 1989, se toma el patrimonio líquido a diciembre 31 del año anterior, que por estar todavía la actora en período improductivo la base sería cero...".

Si bien la Sala comparte la apreciación del Tribunal, en cuanto que no es procedente dar aplicación a las reglas que consagraba el parágrafo 2° del artículo 2° del Decreto 353 de 1984, en virtud de la nulidad decretada por la Sección en sentencia del 22 de octubre de 1994, por las razones indicadas en el primer punto de estas consideraciones, no está de acuerdo con la norma aplicada para determinar la renta presuntiva, es decir, el artículo 186 del Estatuto Tributario (norma que codificó parcialmente el artículo 2° del Decreto 353 de 1984).

Lo anterior, por cuanto no puede pasarse por alto, que la causal de reducción invocada (período de improductividad) no se aceptó como quiera que se estableció que durante el año gravable 1989, la sociedad no se encontraba en período de improductividad, en razón a que éste había concluido el 8 de enero de 1989. Si se aceptara la exclusión que consagra el numeral 3° del artículo 186 del Estatuto Tributario, como lo pretende el apoderado de la actora y lo acogió el Tribunal, equivaldría a aceptar la causal de reducción, como si ésta hubiese afectado la totalidad del período gravable lo que no es de recibo, pues está plenamente demostrado en el proceso y sobre ello no existe discusión en esta oportunidad procesal, que el período de improductividad terminó el día 8 de enero de 1989, lo que de suyo demuestra la procedencia de la determinación de la renta presuntiva respecto del período gravable, sin reducción alguna y por ende de acuerdo con la base y porcentajes señalados en el artículo 180 del Estatuto Tributario (inciso 1° de la Ley 9ª de 1983), pues la mínima exclusión que operaba por los ocho días que duró el período de improductividad durante el año gravable 1989 y que tuvo en cuenta la Administración no es procedente al desaparecer del mundo jurídico el parágrafo 2° del artículo 2° del Decreto 353 de 1984.

En esta forma, advierte la Sala que la renta presuntiva está conformada por el 8% del patrimonio líquido del año anterior, o el 1% de los ingresos netos del año gravable, el que sea superior.

Conforme a esta base y porcentaje vigente para el año gravable 1989, la renta presuntiva que corresponde a Carbocol S.A., por el año gravable 1989, es la siguiente:

Sobre patrimonio:		
Patrimonio líquido a 31 de diciembre - 1988		58.435.590.000
Porcentaje (8%)	8%	
Renta presuntiva	4.674.847.200	
Sobre ingresos:		
Ingresos netos año gravable 1989		104.069.484.000
Porcentaje 1%	1%	
Renta presuntiva	1.040.684.840	

Como el valor superior es el determinado con base en el patrimonio líquido del año gravable inmediatamente anterior, la renta presuntiva a cargo de la sociedad actora asciende a la suma de $4.674.847.200. Sin embargo, como la Administración determinó un valor inferior al aplicar la exclusión del parágrafo 2° del artículo 2° del Decreto 353 de 1984, pues la determinó en la suma de $4.590.803.000, no es procedente variarla por cuanto se haría más gravosa la situación tributaria de la sociedad, razón por la cual se impone mantener la suma determinada en los actos administrativos acusados.

En consecuencia, por este último aspecto la sentencia del Tribunal debe ser revocada y en su lugar denegar las súplicas de la demanda.

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

FALLA:

1. REVÓCASE la sentencia apelada.

2. NIÉGANSE las súplicas de la demanda.

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

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

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala, ausente; *Gilberto Arango Londoño,* Conjuez; *Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

VIATICOS - Concepto / PRUEBA CONTABLE - Eficacia / APORTES PARAFISCALES - Aportes al Sena

Según lo dispone el Código Sustantivo de Trabajo en su artículo 130, los viáticos constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento, razón por la cual debe determinarse en qué proporción la suma pagada como viáticos por la actora, corresponde a tales conceptos, para establecer en relación con ella, la base de los aportes al Sena. De otra parte se observa que la partida así determinada también encuentra soporte en el cuadro comparativo practicado por los peritos, entre la liquidación de los aportes efectuada por el Sena y los estados de Pérdidas y Ganancias del banco, según el cual los gastos de alojamiento y manutención coinciden con la Resolución del Banco Ganadero.

BONIFICACIONES SALARIALES - Naturaleza / APORTES PARAFISCALES - Aportes

El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo establece que para que las bonificaciones constituyan salario deben tener el carácter de "habituales", esto es, según tiene dicho la Sala, que el pago por tal concepto se realice por costumbre, rutina o tradición, aunque no se repita dentro de un período de tiempo ni se produzca en una fecha cierta. De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta, que en el dictamen pericial (...) se indicó que las bonificaciones fueron reconocidas a ciertos funcionarios como recompensa a su productividad y como estímulo por la actividad desarrollada en beneficio del banco, y que el mismo actor afirmó que el banco reconoció bonificaciones en forma habitual, se observa que la circunstancia de que no se paguen los mismos trabajadores ni se repitan dentro de un período (fundamento de la apelación), no implica que el pago efectuado no

sea habitual ni que pierda su naturaleza salarial toda vez que para los empleados beneficiados no hay duda que constituyen salario y su habitualidad no se refiere a la periodicidad, sino a su reconocimiento siempre que se presenta el hecho reconocido de una especial labor desarrollada que incide en la productividad".

VACACIONES - Naturaleza / APORTES PARAFISCALES / Aportes al Sena

Teniendo en cuenta que el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 dispone que para efectos de la liquidación de los aportes al Sena "se entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario... y además los verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales", resultan inaceptables las argumentaciones del apelante en el sentido de que como el pago en dinero de las vacaciones de acuerdo con el artículo 189 del Código Sustantivo del Trabajo, tiene naturaleza indemnizatoria está excluido de la base de los aportes en comento toda vez que, por una parte en el mencionado artículo 189 del citado Código no se le atribuye el carácter indemnizatorio a las vacaciones pagadas en dinero y por otra, los pagos que el banco actor efectuó por concepto de vacaciones, reconocidas en descanso o en dinero, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 que es norma especial, forman parte de la base para la liquidación de los aportes al SENA.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., diecisiete (17) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Julio E. Correa Restrepo.*

Radicación número 7255.

Referencia: Aportes Sena 1989.

Actor: Banco Ganadero.

FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 22

de mayo de 1995, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho intentado contra la Resolución N° 1791, expedida el 28 de julio de 1992 por la Dirección Regional de Bogotá del Sena, que fijó los aportes a cargo de la actora para el año gravable 1989.

ANTECEDENTES

El 8 de mayo de 1991 el Sena, Regional Bogotá y Cundinamarca expidió la Liquidación de Aportes 021, en la cual determinó la base de los aportes a cargo del banco, por el año 1989.

Luego, mediante la Resolución 1791 del 28 de julio de 1992 el Sena, Regional Bogotá, tomando como base la Liquidación 021, fijó los aportes a tal Instituto, a cargo del Banco Ganadero e incluyó como factores básicos para su determinación los pagos efectuados por auxilio de transporte, viáticos, bonificaciones, vacaciones pagadas en tiempo y dinero, primas de vacaciones y sobrerremuneración por vacaciones.

La anterior resolución fue notificada mediante edicto desfijado el 25 de septiembre de 1992 y no fue recurrida en sede gubernativa.

LA DEMANDA

A juicio del actor, el acto acusado viola las siguientes normas: los artículos 12 y 17 de la Ley 21 de 1982, artículo 7° de la Ley 1ª de 1963, 2°, 4° y 5° de la Ley 15 de 1959; 1° y 5° del D.R. 1258 de 1959, 127 (art. 14 L. 50 de 1990), 128, 130 (art. 17 L. 50 de 1990), 186, 189 del Código Sustantivo del Trabajo.

Explicó que la violación a los artículos 12 y 17 de la Ley 21 de 1982, se concreta en que para determinar cuál es el 2% del valor de la nómina mensual que se debe pagar por aportes al Sena, se debe atender la definición que de salario hace el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo según el cual por este término debe entenderse todo lo que recibe el trabajador, como contraprestación directa del servicio. Concluyó entonces que los rubros incluidos por el Sena, por no corresponder a la noción citada, deben excluirse.

LA OPOSICION

La apoderada de la entidad demandada estimó que el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 no fue violado, pues se aplicó en concordancia con los artículos 127 y 128 del C.S.T., pues los rubros en controversia son elementos constitutivos de salarios por haberse desembolsado en forma habitual y periódica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal declaró parcialmente la nulidad de la Resolución 1791 expedida por la Regional Bogotá del Sena, con los siguientes argumentos:

Bonificaciones: En atención a que en el dictamen pericial se indicó que tales pagos obedecen a circunstancias específicas de productividad, ya que la habitualidad no sólo se predica del trabajador, el *a quo* concluyó que deben considerarse como salariales.

Viáticos: Apoyado en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y en el dictamen pericial, indicó que tales pagos obedecieron a conceptos de manutención y alojamiento, constitutivos de salario, pues no existe evidencia de que la suma haya correspondido a un concepto diferente.

Vacaciones: Resaltó que la Ley 21 de 1982 en su artículo 7°, expresamente dispuso que para efectos de aportes parafiscales se incluye como elemento del salario, la totalidad de los pagos verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales, por lo que fundado en el experticio, no accedió a excluirlas de la base para la liquidación.

Transporte: En relación con este cargo, el *a quo* le otorgó la razón al accionante, pues el artículo 128 del C.S.T. excluye como factor salarial los pagos que tienen por objeto de desempeño de las funciones, como el destinado a los medios de transporte.

Advirtió que no se pronunciaría sobre las primas de vacaciones y sobresueldos por vacaciones, como quiera que dichos rubros no fueron objeto de demanda y que no accedería al reintegro de sumas pedidas, toda vez que no fue acreditado su pago.

APELACION

La parte actora se mostró en desacuerdo con el fallo de primera instancia e hizo énfasis en que el *a quo* no tuvo en cuenta los alegatos de conclusión por él presentados, por lo que los transcribió nuevamente.

Viáticos: En relación con este punto reiteró que tales sumas sólo son salario en la parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento. Al respecto indicó que el dictamen pericial incurrió en un error de apreciación al tomar como gastos de alojamiento y manutención la suma de $304.376.296, toda vez que el anexo 13 que soporta tal partida, únicamente da cuenta de la suma de $156.450.419.40.

Bonificaciones: Insistió en que por no tener el pago de este concepto, el carácter de habitual frente a los mismos trabajadores, pues cada uno los recibe en forma ocasional, no puede considerarse como salarial.

Vacaciones: Retomó lo ya expuesto anteriormente y subrayó que las vacaciones pagadas en dinero, tampoco son salario, pues a su juicio constituyen una indemnización (art. 189 C.S.T.), para lo cual se apoyó en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, según la cual no constituye salario la compensación monetaria de vacaciones causadas y no disfrutadas; arguyó que igual naturaleza tiene la prima de vacaciones, las cuales no retribuyen directamente el trabajo, sino el descanso, por lo que no pueden considerarse salario.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado de la parte actora en esta instancia expresó que el *a quo* no analizó en su integridad el dictamen pericial, pues sólo tuvo en cuenta el encabezamiento donde en forma equívoca toma como viáticos la cifra de los actos acusados, sin analizar que determinaron como valor salarial exclusivamente la suma de $156.450.419 y no la de $304.376.296.

Ya precluido este término, el apoderado de la demandada alegó de conclusión y en la parte final del memorial, presentó apelación adhesiva.

MINISTERIO PUBLICO

Apoyado en jurisprudencia del Consejo de Estado, conceptuó que el fallo debe ser confirmado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En esta instancia la controversia se centra a determinar si las sumas pagadas por concepto de viáticos, bonificaciones y vacaciones constituyen base para liquidar los aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, por lo que la Sala procederá a su estudio en el orden en que fueron propuestos por la parte apelante, esto es por el apoderado del Banco Ganadero, no sin antes aclarar que no se pronunciará en relación con el recurso presentado por el apoderado de la demandada, como quiera que éste fue extemporáneo.

Viáticos

Tal como lo precisa el apelante, según lo dispone el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 130, los viáticos constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento, razón por la cual debe determinarse en qué proporción la suma pagada como viáticos por la actora, corresponde a tales conceptos, para establecer en relación con ella, la base de los aportes al Sena.

Sobre el particular se observa que dentro del juicio se rindió dictamen pericial, el cual al no haber sido objetado por ninguna de las partes, sirvió

como fundamento al *a quo* para establecer que la actora registró y contabilizó como gastos de alojamiento y manutención, la partida de $304.376.296.96, que coincide con la tomada de la actuación acusada por tal concepto, por lo que la confirmó en este aspecto.

El apoderado recurrente, estimó que los peritos incurrieron en un error de transcripción al tomar como gastos de alojamiento y manutención, la suma de $304.376.296.96 y no la partida registrada en el Código Contable N° 45013 obrante en el folio 5 del anexo 13, que ascendía a $156.450.419.40, por lo que en esta instancia solicita que se reduzcan los viáticos determinados en los actos oficiales acusados.

Visto en su integridad el dictamen pericial, advierte la Sala que si bien el Código Contable N° 45013, correspondiente a gastos de alojamiento y manutención, registra en la hoja 5 del anexo 13 la suma de $156.450.419.40, tal Código Contable también se halla soportado en la hoja 8 del anexo 6, en la cual se registra la suma de $147.925.877.56, partidas estas que deben ser adicionadas, como quiera que cada una de ellas corresponde al segundo y primer semestre de 1989, respectivamente, razón por la cual para determinar el total de gastos de alojamiento y manutención consolidado por el año gravable 1989, lo procedente era sumar tales partidas, como lo entendieron los peritos, al establecer por concepto de viáticos constitutivos de salario la suma de $304.376.296.96.

De otra parte se observa que la partida así determinada también encuentra soporte en el cuadro comparativo practicado por los peritos, entre la liquidación de los aportes efectuada por el Sena y los estados de Pérdidas y Ganancias del banco, según el cual los gastos de alojamiento y manutención por valor de $304.376.296.96 coinciden tanto en la Resolución 021 como en el P. y G. del Banco Ganadero.

Igualmente llama la atención de la Sala que como anexo 14 del dictamen pericial, obra certificación emanada por el Director de la División de Contabilidad del Banco Ganadero, señor Carlos Nery Borda Junco, según la cual el banco actor registró en su estado de Pérdidas y Ganancias consolidado a 31 de diciembre de 1989, como gastos de alojamiento y manutención, la cifra de $304.376.296.99, aquí discutida, por lo que no prospera el cargo.

Como quiera que en el juicio 5777 decidido por sentencia del 17 de noviembre de 1994, de esta misma Sección, C.P.: Dra. Consuelo Sarria Olcos, promovido por el Banco Ganadero contra las liquidaciones de aportes al Sena por las vigencias de 1986 y 1987, ya se dilucidó la naturaleza de las bonificaciones pagadas por tal entidad y de las vacaciones pagadas en dinero,

como base para calcular los portes al Sena y que tanto los argumentos de la parte, como la posición de la Sala sobre tales puntos no ha variado, según se transcribe a continuación:

Bonificaciones

"El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo establece que para que las bonificaciones constituyan salario deben tener el carácter de "habituales", esto es, según tiene dicho la Sala, que el pago por tal concepto se realice por costumbre, rutina o tradición, aunque no se repita dentro de un período de tiempo ni se produzca en una fecha cierta.

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta, que en el dictamen pericial (...) se indicó que las bonificaciones fueron reconocidas a ciertos funcionarios como recompensa a su productividad y como estímulo por la actividad desarrollada en beneficio del banco, y que el mismo actor afirmó (en la demanda y en la apelación) que el banco reconoció bonificaciones en forma habitual, se observa que la circunstancia de que no se paguen los mismos trabajadores ni se repitan dentro de un período, (fundamento de la apelación), no implica que el pago efectuado no sea habitual ni que pierda su naturaleza salarial toda vez que para los empleados beneficiados no hay duda que constituyen salario y su habitualidad no se refiere a la periodicidad, sino a su reconocimiento siempre que se presenta el hecho reconocido de una especial labor desarrollada que incide en la productividad".

No prospera el cargo.

Vacaciones

"Teniendo en cuenta que el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 dispone que para efectos de la liquidación de los aportes al Sena "se entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario... y además, los verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales", resultan inaceptables las argumentaciones del apelante en el sentido de que como el pago en dinero de las vaçaciones de acuerdo con el artículo 189 del Código Sustantivo del trabajo, tiene naturaleza indemnizatoria está excluido de la base de los aportes en comento toda vez que, por una parte en el mencionado artículo 189 del citado Código no se le atribuye el carácter indemnizatorio a las vacaciones pagadas en dinero y por otra, los pagos que el banco actor efectuó por concepto de vacaciones, reconocidas en descanso o en dinero, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° de la Ley 21 de 1982 que es norma especial, así como lo señaló el *a quo*, forman parte de la base para la liquidación de los aportes al Sena".

No prospera el cargo.

Por lo anterior resulta procedente confirmar la decisión impugnada.

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:

CONFÍRMESE la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Julio E. Correa Restrepo, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

SANCION POR INEXACTITUD - Procedencia / INGRESOS POR ACTIVIDAD INDUSTRIAL / IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO VALLEDUPAR - Base gravable / NORMA NACIONAL EN MATERIA TRIBUTARIA - Inaplicación

El artículo 210 del Decreto 153 de 1993 prevé que si el menor valor a pagar se deriva de errores de apreciación o diferencias de criterio, tal conducta no configura inexactitud, contrario a como se encuentra regulado en las normas de impuestos nacionales, las cuales de ninguna manera resultan aplicables a los impuestos municipales, en atención a que existe norma especial que regula la sanción por inexactitud y que debe ser observada preferentemente. En relación con la sanción por inexactitud así impuesta, que la misma habrá de mantenerse, como quiera que la norma local que autoriza su aplicación, además de no contemplar la argüida diferencia de criterios frente a interpretaciones normativas, estipula clara e inequívocamente que configura inexactitud sancionable la utilización de datos erróneos, incompletos o desconfigurados que deriven un menor impuesto, tal como se evidencia en el caso que se atiende, pues la actora al presentar la declaración privada entendió que no debía incluir en la base gravable los ingresos provenientes de la comercialización de sus productos que habían sido obtenidos en municipios diferentes de Valledupar, motivo por el cual omitió declarar tales ingresos y registró únicamente los obtenidos en Valledupar, con lo cual denunció datos desfigurados y equivocados al disminuir así la base gravable del tributo.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta.

Consejero Ponente: Doctor *Julio E. Correa Restrepo.*

Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Referencia: Expediente número 7275.

Actora: Compañía Colombiana de Alimentos Lácteos S.A. "Cicolac" Industria y Comercio 1993.

FALLO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del municipio de Valledupar, contra el fallo de primera instancia, proferido por el Tribunal Administrativo del Cesar el 13 de junio de 1995, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado contra la Liquidación Oficial de Industria y Comercio N° 30 expedida el 6 de mayo de 1994 y la Resolución N° 40 expedida el 18 de julio de 1994, parcialmente favorable a las súplicas de la demanda, por cuanto levantó la sanción por inexactitud impuesta.

ANTECEDENTES

En relación con la declaración del impuesto de industria y comercio y avisos de la sociedad actora Cicolac, relativa al año gravable de 1993, la Secretaría de Hacienda de Valledupar, previo requerimiento especial, expidió la Liquidación Oficial N° 30 de 1994, a fin de adicionar los ingresos comerciales obtenidos en su jurisdicción, lo que se tradujo en un mayor impuesto y acarreó sanción por inexactitud.

Una vez recurrido el acto liquidatorio, fue confirmado por la Resolución N° 40 de 1994, que reliquidó un mayor impuesto por pagar en la suma de $281.496.804 e impuso sanción por inexactitud por valor de $50.394.886.

DEMANDA

Ante la jurisdicción, la sociedad actora a través de apoderado judicial, solicitó que se declare la nulidad de la actuación administrativa por considerarla violatoria de los artículos 2, 83 y 95 de la Constitución Nacional y 77 de la Ley 49 de 1990, principalmente.

Adujo que era improcedente la adición de ingresos efectuada, toda vez que ella tuvo por objeto que la base gravable incluyera los ingresos brutos de la comercialización de la producción a nivel nacional, sin considerar que parte de esos ingresos fueron obtenidos por Cicolac en jurisdicción de otros municipios, donde tributó por este concepto.

Criticó la postura de la Administración que se tradujo en doble tributación, pues del total de los ingresos obtenidos por la compañía, $76.572.522.288, la suma de $34.969.244.238, correspondió a ingresos derivados de actividades de comercialización realizadas en las agencias de Bogotá, Cali, Medellín,

Pereira, Barranquilla y Bucaramanga, ciudades donde canceló el respectivo tributo, por lo que tal suma era deducible de la base gravable.

Igualmente, se consideró ilegal la sanción por inexactitud al haber sido impuesta a sabiendas de que la discusión obedeció a una diferencia de criterios sobre el alcance de la ley.

Indicó que la sanción debe levantarse, toda vez que no hubo omisión de ingresos por parte de la actora, pues los declaró en otros municipios, por lo que no puede negarse que actuó con buena fe.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Valledupar encontró ajustada a derecho la adición de la base gravable del tributo en cuantía $34.969.244.238, pues a su juicio esta suma se derivó de la actividad comercial de la actora, durante la vigencia de 1993.

En relación con la sanción por inexactitud, indicó que de acuerdo con lo previsto en el artículo 210 del Decreto 153 de 1993 del Alcalde de Valledupar, constituye inexactitud la utilización de datos o factores falsos, equivocados, incompletos o desfigurados, por lo que al no haber demostrado la Administración que la actora hubiese incurrido en maniobras fraudulentas u omisivas al declarar sus ingresos, accedió a levantar la sanción.

APELACION

El apoderado del municipio solicitó que se revoque la decisión adoptada por el *a quo* respecto de la sanción por inexactitud, puesto que ésta resulta procedente toda vez que en su declaración privada, la sociedad no relacionó la suma total de los ingresos obtenidos de la comercialización de su producción, por lo que los datos en ella consignados fueron falsos, equivocados e incompletos y no permitieron deducir el verdadero impuesto.

A juicio de la parte, la equivocación de la sociedad "no fue producto de un error inconsciente o culposo", sino que incurrió en él a sabiendas de lo que hacía.

De otra parte adujo que la disparidad de criterios no es excusable para sanear la responsabilidad, pues la interpretación errada de la ley es un grado de ignorancia sobre ella y la ignorancia de la ley no sirve como excusa.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Las partes no registraron actuación en esta oportunidad.

MINISTERIO PUBLICO

A juicio de la señora Procuradora Séptima Delegada, la sentencia del *a quo* debe ser revocada, en cuanto levantó la sanción por inexactitud.

Estimó que a la luz del artículo 210 del Decreto 153 de 1993 de la Alcaldía de Valledupar, también constituye inexactitud sancionable, la equivocación en los datos de la declaración, que impliquen un menor impuesto a pagar, tal como ocurrió en el *sub lite* al omitirse ingresos provenientes de otros municipios.

Adicionalmente subrayó que la diferencia de criterios, a la luz del artículo 77 de la Ley 49 de 1990, no resulta admisible, pues tal norma por su claridad, no permite interpretaciones diferentes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En el caso *sub examine* se debate la juridicidad de la sanción por inexactitud impuesta en los actos que determinaron el impuesto de industria y comercio a cargo de la sociedad, por el año gravable 1993.

El Decreto 153 de 1993 de la Alcaldía Mayor de Valledupar, aplicable en este juicio por ser norma especial expedida por el municipio y que obra a folios 82 y siguientes del cuaderno N° 1, establece:

"Artículo 210. *Sanción por inexactitud.* Constituye inexactitud en las declaraciones de impuestos la utilización de datos o factores falsos, equivocados, incompletos o desfigurados, de los cuales se derive un menor impuesto a pagar a cargo del contribuyente" (Subraya la Sala).

De la disposición transcrita se deduce claramente que no sólo constituye inexactitud sancionable, el que los datos anotados en los denuncios sean falsos, sino igual connotación se adquiere por incluir factores desfigurados, equivocados o incompletos.

Igualmente resulta pertinente destacar, que el artículo 210 del Decreto 153/93 no prevé que si el menor valor a pagar se deriva de errores de apreciación o diferencias de criterio, tal conducta no configura inexactitud, contrario a como se encuentra regulado en las normas de impuestos nacionales, las cuales de ninguna manera resultan aplicables a los impuestos municipales, en atención a que existe norma especial que regula la sanción por inexactitud y que debe ser observada preferentemente.

Hechas las anteriores precisiones, observa la Sala que la Sociedad contribuyente al diligenciar su denuncio de industria y comercio por el año gravable 1993, declaró en la casilla correspondiente al "Total de ingresos brutos anuales por todo concepto obtenidos fuera y dentro de Valledupar", la suma de $76.842.278.000 en las casillas relativas al "Total de ingresos anuales obtenidos por todo concepto en Valledupar" y a la "Base Gravable Anual", la

cantidad de $41.603.279.000 y en la casilla referente a las "Deducciones, exenciones y no sujeciones", la cifra de $35.238.999.000 lo que motivó que la Secretaría de Hacienda del municipio de Valledupar primero a través de requerimiento especial y luego mediante liquidación de revisión que fue posteriormente confirmada, propusiera y luego modificara la declaración así presentada a efectos de adicionar a la base gravable los ingresos obtenidos en otros municipios, según lo previsto en el artículo 47 del Decreto 153 de 1993 que estipula que el gravamen sobre la actividad industrial se pagará en el municipio donde se encuentre ubicada la fábrica o planta industrial, teniendo como base gravable los ingresos brutos provenientes de la comercialización de la producción, razón por la cual también impuso sanción por inexactitud.

La legalidad de la mencionada actuación administrativa fue avaluada por el Tribunal *a quo* en lo relativo a la adición de ingresos, pero no en relación con la sanción por inexactitud, existiendo únicamente inconformidad de la parte demandada, por lo que la sanción por inexactitud constituye el único punto materia de pronunciamiento en esta instancia.

En relación con la sanción por inexactitud, estima la sala que la misma habrá de mantenerse, como quiera que la norma local que autoriza su aplicación, además de no contemplar la argüida diferencia de criterios frente a interpretaciones normativas, estipula clara e inequívocamente que configura inexactitud sancionable la utilización de datos erróneos, incompletos o desfigurados que deriven un menor impuesto, tal como se evidencia en el caso que se atiende, pues la actora al presentar la declaración privada entendió que no debía incluir en la base gravable los ingresos provenientes de la comercialización de sus productos que habían sido obtenidos en municipios diferentes de Valledupar, motivo por el cual omitió declarar tales ingresos y registró únicamente los obtenidos en Valledupar, con lo cual denunció datos desfigurados y equivocados al disminuir así la base gravable del tributo.

Por ser suficientes las anteriores razones, se procederá a revocar el fallo apelado, pero no sin antes advertir que llama la atención de la Sala la actuación del Tribunal que, sin decretar previamente la nulidad de acto administrativo alguno, declaró que la actora no estaba obligada a pagar sanción por inexactitud y, en cuanto no practicó acto liquidatorio que reflejara la modificación y fijara el tributo y sanciones a cargo de la actora, actividad que delegó en los funcionarios de impuestos, aspectos éstos que evidencian falta de correspondencia entre la parte motiva y resolutiva del fallo.

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,

1°. Revócase la sentencia apelada.

2°. En su lugar, deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano (Presidente); *Julio E. Correa Restrepo, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

IMPUESTO DE AVISOS Y TABLEROS / Hecho generador

El hecho generador de este impuesto radica además de la actividad comercial e industrial y de servicios en la colocación de avisos, vallas o comunicaciones al público. En el caso de autos se observa que la diligencia de inspección judicial prueba el demandante, se deja constancia de que "...no existen avisos o vallas publicitarias de la empresa Quintex de ninguna naturaleza, tampoco existen vallas o avisos publicitarios en el lugar público contiguo como son las canchas de fútbol o basketbol localizadas por el costado nororiental de la fábrica Quintex...". Lo anterior lleva a concluir que la actora quien realiza actividades industriales y comerciales, pero no utiliza el espacio público para la colocación de avisos y vallas, no es sujeto pasivo del impuesto complementario de avisos y tableros. De acuerdo con esto, la contribuyente no está obligada a liquidar su impuesto de avisos y tableros como complementario del impuesto de industria y comercio.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta.

Consejero Ponente: Doctor *Guillermo Chahín Lizcano.*

Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Referencia: Expediente número 7284. Actor: Química Industrial y Textil S.A. "Quintex", C/Municipio de Yumbo. Apelación sentencia de 6 de marzo de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca .

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del municipio de Yumbo contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 6 de marzo de 1995 estimatoria de las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

En abril 30 de 1992, presentó la declaración y liquidación privada de impuesto de industria y comercio para la vigencia fiscal de 1992, liquidando impuesto mensual de industria y comercio por $13.088.264.00, pero sin liquidar el impuesto complementario de avisos y tableros por considerar que no es sujeto pasivo de tal impuesto, por no darse los requisitos señalados en el literal k) del artículo 1° de la Ley 97 de 1913.

Mediante Resolución 288 de abril 7 de 1993, proferida por la División de Rentas y notificada por edicto desfijado el 28 de abril de 1993, se fijó la suma de $13.088.264.00, mensuales por concepto de industria y comercio, es decir, fue confirmada la liquidación privada por este concepto, y se fijó la suma de $1.963.240.00 por impuesto complementario de avisos y tableros.

El 4 de mayo de 1993, dentro del término legal fueron interpuestos los recursos de reposición y apelación, que se decidieron mediante Resolución 027 de agosto 3 de 1993, que al resolver la reposición confirmó la decisión.

La Resolución 027 de agosto 3 de 1994, no le fue notificada ni personal ni por edicto, sino anexa a una carta mediante la cual el jefe de la División de Rentas le notifica que "el recurso de Reposición se ha resuelto por medio de la Resolución 027 emanada de la División de Rentas de la Secretaría de Hacienda y subió en apelación al Despacho del señor Alcalde".

Sustentado el 13 de agosto de 1993, el recurso de apelación contra las dos Resoluciones (027 y 288), se recibieron dos comunicaciones, en las cuales provenientes del Jefe de la División de Rentas, una fechada en agosto 12 informaba, que por un error involuntario se había confundido la página 2 de la Resolución 027 de agosto 2 de 1993, por lo que solicitan colaborar y enviarla a esa dependencia y anexar la correspondiente, y, en la otra comunicación fechada en agosto 12 de 1993, le notifican que el recurso de apelación fue resuelto por Resolución 175 y por lo tanto le solicitan acercarse al Despacho para notificarse de la Resolución.

La Resolución 175 de agosto 11 de 1992, notificada personalmente en agosto 26 de 1993, carece de motivación alguna.

DEMANDA

El representante legal de la sociedad Química Industrial y Textil S.A. "Quintex S.A.", instaura mediante apoderado judicial, demanda en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contra el municipio de Yumbo, con el fin de obtener la nulidad de las Resoluciones Nos. 288 de abril 7 de 1993, y

027 de agosto 2 de 1993, proferidas por la jefatura de la División de Rentas y de la Secretaría de Hacienda Municipal de Yumbo (Valle), y No. 175 de agosto 11 de 1993, proferida por el Alcalde Municipal de esa localidad.

Consecuencialmente pide que se declare que la actora no está obligada a cancelar suma alguna al Municipio de Yumbo por concepto de impuesto de avisos y tableros para la vigencia fiscal de 1992, declarando en firme la liquidación privada.

DISPOSICIONES Y CONCEPTO DE VIOLACION

La sociedad actora menciona como violadas las siguientes disposiciones: literal k) artículo 1° de la Ley 97 de 1913, artículo 37 de la Ley 14 de 1983 hoy artículo 200 del Decreto 1333 de 1986, artículo 10 del Decreto Reglamentario 3070 de 1983, artículo 43 y 44 del Acuerdo 003 de 1989 del Concejo Municipal de Yumbo (Valle).

En relación con cada una de ellos desarrolló el concepto de la violación.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca declara la nulidad parcial de las Resoluciones acusadas por las siguientes consideraciones:

Analiza el tribunal *a quo* la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, en donde se ha dicho que para que se genere el impuesto de avisos y tableros es indispensable además de la utilización del espacio público y el ejercicio de las actividades de industria y comercio medie la colocación de avisos y vallas de cualquier naturaleza en dicho espacio.

Precisa que si bien el Acuerdo del Municipio de Yumbo N° 003 de 1989, no prevé esta situación, no significa que hubiera creado una regulación diferente a la prevista a la ley y el reglamento.

Se refiere además, a la diligencia de inspección judicial a la sociedad actora en donde conste que no existe avisos o vallas publicitarias de ninguna naturaleza.

Analiza de otra parte la Resolución 175 de agosto 11 de 1993 que resolvió el recurso, la cual consideró violatoria del artículo 59 del Código Contencioso Administrativo por carecer de motivación en los aspectos de hecho y de derecho que le sirvieron de soporte para confirmar la Resolución 027 de agosto 2 de 1993.

De lo anterior concluye que la sociedad actora no está obligada a pagar impuesto complementario de avisos y tableros por la vigencia fiscal de 1992.

RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial del demandado inconforme con la decisión del Tribunal *a quo* instaura recurso de apelación exponiendo los siguientes motivos de discrepancia:

Afirma el recurrente que en ésta y en otras ocasiones ha manifestado sin hasta ahora hacerse entender que la interpretación de las normas no debe ser axiomática, como lo está haciendo el Tribunal, sino que debe ser racional y lógica como él lo ha interpretado en la contestación de la demanda y en las demás actuaciones.

Transcribe una definición del Diccionario Jurídico Elemental, del profesor Guillermo Cabanellas de Torres sobre interpretación de las leyes.

Concluye que de las normas que regulan el impuesto en discusión se deriva como consecuencia lógica que la empresa demandante, sí se encuentra obligada a pagar en favor del Municipio de Yumbo el impuesto complementario de avisos y tableros para la vigencia demandada.

ALEGATOS DE CONCLUSION

A. Demandante.

El apoderado judicial de la parte actora se opone al recurso de apelación incoada por la entidad demandada, afirmando que ésta en su memorial de interposición se fundamenta en una errada interpretación del derecho aplicable y no aporta nada al debate jurídico planteado; que lo único que busca es dilatar el proceso.

Solicita que se confirme la providencia recurrida por cuanto se ajusta a derecho.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Representado en esta oportunidad por el doctor Jaime Ossa Arbeláez, Procurador Octavo Delegado ante la Corporación, solicita que se confirme la sentencia recurrida, argumentando que está demostrado dentro del expediente, a través de la diligencia de inspección judicial que la sociedad demandante no tiene avisos publicitarios o vallas de la misma clase en el Municipio de Yumbo; en consecuencia, respecto de la sociedad contribuyente no se causa el gravamen materia de discusión.

CONSIDERACIONES

El problema central de la controversia planteada radica en establecer, si como lo afirma el demandado, el impuesto de avisos y tableros se causa por el

solo hecho de desarrollar la actividad industrial y comercial; o si por el contrario, como lo afirma la sociedad contribuyente, para ser sujeto de este impuesto complementario, es necesario además de la actividad industrial y comercial, la colocación de avisos y vallas en el espacio público.

Para resolver se considera:

De conformidad con las normas que regulan el impuesto de avisos y tableros artículo 1 literal k) de la Ley 93 de 1993, artículo 37 de la Ley 4 de 1983 y el artículo 10 del Decreto Reglamentario 3070 de 1983:

"Artículo 37. *El impuesto de avisos y tableros,* autorizados por la Ley 93 de 1913 y la Ley 84 de 1915 se liquidará y cobrará a todas las actividades comerciales, industriales y de servicios como complemento del impuesto de industria y comercio, con una tarifa de un 15% sobre el valor de éste, fijada por los Concejos Municipales".

"Artículo 10. El impuesto de avisos y tableros de que se trata el artículo 37 de la Ley 14 de 1983 se aplica a toda modalidad de aviso, valla y comunicación al público".

De las normas transcritas se deduce claramente que el hecho generador de este impuesto, radica además de la actividad comercial e industrial y de servicios en la colocación de avisos, vallas o comunicaciones al público, como lo afirman el *a quo* y la sociedad actora.

En el caso de autos, observa la Sala que en la diligencia de inspección judicial que obra a folio ¾ del cuaderno N° 3 prueba del demandante, se deja constancia de que "...no existen avisos o vallas publicitarias de la empresa Quintex de ninguna naturaleza, tampoco existen vallas o avisos publicitarios (sic) en el lugar público contiguo como son las canchas de fútbol o básketbol localizadas por el costado nororiental (sic) de la fábrica Quintex...".

Lo anterior lleva a la Sala a concluir que la Sociedad Química Industrial y Textil S.A. "Quintex", quien realiza actividades industriales y comerciales, pero no utiliza el espacio público para la colocación de avisos y vallas, no es sujeto pasivo del impuesto complementario de avisos y tableros.

De acuerdo con esto, para la Corporación, la contribuyente no está obligada a liquidar su impuesto de avisos y tableros como complementario

del impuesto de industria y comercio y como los actos demandados así lo establecieron, las peticiones de la demanda si han debido prosperar; por lo tanto, la sentencia apelada que las anuló ha de confirmarse.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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, Julio Correa Restrepo, Delio Gómez Leyva.*

Carlos A. Flórez, Secretario.

SOBRETASA A LA GASOLINA - Facultad impositiva municipal / FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL - Sobretasa a la gasolina / SUSPENSION PROVISIONAL – Sustentación / SUSPENSION PROVISIONAL – Improcedencia

El artículo 152 del C.C.A. exige para que prospere la medida cautelar, que se solicite y sustente de modo expreso, con la demanda o en escrito separado, presentado antes de la admisión de la misma. En esta oportunidad, la Sala no puede dar prosperidad a la medida cautelar, por cuanto el accionante no sustentó de modo suficiente la solicitud de suspensión provisional, ya que si bien se citó como norma superior infringida el artículo 338 de la C.P. no se efectuó la debida confrontación entre la norma superior y las acusadas, de manera que de tal escrito surgiera la evidente contrariedad entre ellas; es decir, no se dio cumplimiento a los requisitos exigidos por el artículo 152 del C.C.A. como quiera que el actor se limitó a afirmar, de manera conclusiva a lo dicho en la demanda, que tanto el ejecutivo, como el Concejo Municipal, desconocieron el mandato superior.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta.

Consejero Ponente: Doctor *Julio E. Correa Restrepo.*

Santafé de Bogotá, D.C., veinte (20) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Referencia: Expediente número 7412.

Actor: Darío Botero Londoño C/Mpio. de Armenia, Suspensión Provisional Artículos 1 a 4 del Acuerdo 19/94 y Decretos 390 y 391 de 1994 –AUTO-.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del especial del demandante, contra el auto del 2 de agosto de 1995 proferido por el Tribunal Administrativo del Quindío, mediante el cual negó la suspensión

provisional de los artículos 1 a 4 del Acuerdo 19 de 1994, expedido por el Concejo Municipal de Armenia y de los Decretos 390 y 391 dictados por el Alcalde de la misma capital.

ANTECEDENTES

El ciudadano Darío Botero Londoño, actuando a través de apoderado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó la nulidad de los artículos 1, 2, 3 y 4 del Acuerdo 19 de 1994 y de los Decretos 390 y 391 de 1994, dictados por el Concejo Municipal y el Alcalde de la ciudad de Armenia, respectivamente. A través de los actos acusados, se estableció una sobretasa al consumo de gasolina motor y se implementaron los procedimientos para su recaudo, control y régimen de sanciones.

En el mismo escrito demandatorio, solicitó la suspensión provisional de los efectos de las normas acusadas, por considerarlas violatorias del artículo 338 de la Constitución Política, como quiera que el ejecutivo municipal no tenía facultad para señalar los sujetos pasivos y no podía establecerse la tasa sin fijar previamente los sistemas y métodos para definir los costos y beneficios y la forma de hacer el reparto, por parte del Concejo Municipal. Así mismo a juicio del actor, no podía el Concejo "crear una tasa sin cumplir con los precisos requisitos que fija la norma".

Mediante el auto materia de apelación, el Tribunal Administrativo del Quindío negó la suspensión provisional, fundado en que no es evidente la violación que argumenta el actor y se hace necesario acudir a otras disposiciones para determinar si la Administración Municipal obró dentro de su campo funcional.

Respecto del acuerdo, sostuvo que éste contiene los requisitos exigidos por la norma superior para imponer la contribución, como se desprende de sus artículos 4, 5 y siguientes, relativos al sistema y métodos para definir los costos y beneficios y la forma de hacer el reparto.

Mediante escrito presentado el 10 de agosto de 1995, el apoderado del actor, interpuso recurso de apelación contra la decisión del Tribunal, en el cual, además de afirmar que ni el Concejo Municipal, ni el ejecutivo local dieron aplicación al artículo 338 de la Carta, agregó que el Decreto acusado 390 de 1994, fijó los sujetos pasivos de la obligación tributaria, lo cual era facultad indelegable del Concejo Municipal, argumentó que apoyó en un aparte de sentencia de la Corte Constitucional. De otro lado, sostuvo que el acuerdo impugnado no determinó técnicamente el sistema y método para repartir los costos y beneficios y la forma de hacer el reparto, directrices que a su juicio eran de obligatorio acatamiento por el encargado de fijar la tarifa. En consecuencia, solicitó acceder a decretar la suspensión provisional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como reiteradamente lo ha sostenido esta Corporación, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, es una medida de carácter excepcional, y como tal, para su viabilidad se requiere el cumplimiento estricto y riguroso de todos los requisitos expresamente previstos en la ley.

El artículo 152 del C.C.A., exige para que prospere la medida cautelar, que se solicite y sustente de modo expreso, con la demanda o en escrito separado, presentado antes de la admisión de la misma. En esta oportunidad, la Sala no puede dar prosperidad a la medida cautelar, por cuanto el accionante no sustentó de modo suficiente la solicitud de suspensión provisional, ya como se dejó expuesto en los antecedentes, si bien se citó como norma superior infringida el artículo 338 de la C.P., no se efectuó la debida confrontación entre la norma superior y las acusadas, de manera que de tal escrito surgiera la evidente contrariedad entre ellas; es decir, no se dio cumplimiento a los requisitos exigidos por el artículo 152 del C.C.A., como quiera que el actor se limitó a afirmar, de manera conclusiva a lo dicho en la demanda que tanto el ejecutivo, como el Concejo Municipal, desconocieron el mandato superior.

Si bien en el escrito de apelación mejora sus argumentos relativos a la violación de la norma constitucional, tal sustentación además de insuficiente resulta extemporánea a la luz del artículo 152 del C.C.A.

Por las anteriores razones, la Sala procederá a confirmar el auto apelado.

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

RESUELVE:

CONFIRMASE el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano (Presidente); *Julio E. Correa Restrepo, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

PRECIO – Naturaleza / PRECIO – Características / NECESIDAD PUBLICA / NECESIDAD PRIVADA

De acuerdo con parte de la doctrina, el precio es un ingreso pecuniario, no definitivo, de contrapartida directa, personal y de total equivalencia al costo económico de los bienes y servicios así vendidos en el mercado, adicionalmente, se considera como característica del precio el hecho de ser voluntario para quien lo paga, pues se sufraga en la medida en que se demande determinado bien o servicio. Tal elemento no desaparece por el hecho de que la producción y distribución de los bienes se haga en régimen de monopolio y oligopolio, pues su adquisición depende de la iniciativa de quien los demanda, así el consumidor no tenga opción diferente de adquisición. La característica principal del precio está en la existencia de una contrapartida, directa y de total equivalencia, entre el valor pecuniario entregado y el costo económico del bien o servicio que se recibe a cambio, costo éste que involucra la ganancia del propietario de los medios de producción empleados. La concurrencia de necesidades colectivas con las individuales, no altera, como se dijo, la naturaleza del ingreso denominado precio, pues lo que importa es la preponderancia de la satisfacción pública o privada en la gestión y prestación de ciertos bienes y servicios.

TASA – Naturaleza / TASA – Características / SERVICIO PUBLICO / SATISFACCION DE NECESIDADES PUBLICAS – Financiación / SATISFACCION DE NECESIDADES GENERALES - Financiación / SATISFACCION DE NECESIDADES INDIVIDUALES - Financiación

La satisfacción de necesidades colectivas asumidas como públicas preponderantemente esenciales, se financia con el impuesto; la de necesidades colectivas asumidas como públicas preponderan-

temente generales, con la tasa; y la de necesidades preponderantemente individuales con el precio. De otra parte la tasa ha sido definida como una erogación pecuniaria, no definitiva, de contrapartida directa, personal y de parcial equivalencia limitada por lo máximo al costo contable del servicio. La tasa es un medio financiero cuyo elemento esencial característico es la existencia de una contrapartida de parcial equivalencia, personal y directa, por cuanto el ente gestor no puede realizar una ganancia neta o puede inclusive tener pérdida, por lo cual no se compensa todo el costo económico de la producción sino únicamente el costo contable, y por ello, el beneficio que debería recibir el empresario, de ser posible, lo obtiene el usuario o consumidor. Así las cosas, el servicio al usuario se hace en parte gratuito, que no le compensa a la empresa un beneficio rentable, y en parte oneroso, por cuanto el usuario compensa parcialmente el costo económico de producción. A las características que se han expresado, la jurisprudencia agrega como elemento constitutivo de la tasa, el elemento de la voluntariedad (Exp. 2864 Ponente doctor Jaime Abella Zárate) pues las tasas dependen de la solicitud o demanda del servicio por parte del usuario mediante su pago, y el ente público se limita a desarrollar en favor de quien lo solicita, mediante su pago, la actividad respectiva. Tal característica, no desaparece por la imposibilidad del usuario de escoger entre servicios públicos que satisfagan determinada necesidad pública, pues en definitiva toda tasa sería obligatoria ya que estos servicios por lo general, constituyen monopolios que dejan sin opción al usuario del bien o servicio.

SERVICIO DE V.T.R. – Naturaleza / EMPRESA CONCESIONARIA DE ESPACIOS DE TELEVISION - Servicio de V.T.R.

La utilización del V.T.R. (Video Tape Recorder) o grabadora de cinta fonóptica, se materializa en la omisión de los comerciales de acuerdo con una ordenación efectuada en los comerciales de manera automática por medio de un sistema computarizado que funciona a través de dos máquinas de propiedad de Inravisión, y que se traduce en la práctica en la utilización de los equipos o aparatos pertenecientes a Inravisión y operados por técnicos suyos, con que se prueban las cintas de las propagandas comerciales que se emiten al aire dentro de los programas televisivos. Para la Sala, no existe la menor duda que a nivel nacional,

el V.T.R. únicamente es prestado por el Estado a través de Inravisión y que solamente puede ser prestado a las empresas concesionarias de espacios de televisión o programadoras, en razón precisamente de la concesión que les ha sido otorgada, programadoras que a su vez cubran a los distintos anunciantes por permitirles "pautar o anunciar" en los espacios a ellos concedidos, y que para lograr su emisión en el espacio de que se trate deben pagar a Inravisión las tarifas a que haya lugar.

INRAVISION – Naturaleza / INRAVISION – Objeto / INRAVISION – Facultades / SERVICIO PUBLICO DE TELEVISION – Prestación por parte del Estado

De conformidad con lo previsto en la Ley 42 de 1985, norma vigente en algunos aspectos a la fecha de expedición del acto acusado, el Instituto Nacional de Radio y Televisión Inravisión, es una persona jurídica de derecho público, transformada en entidad asociativa de carácter especial que por mandato de la Ley 14 de 1991, ley que sirvió de fundamento al acto que se demanda, tiene por objeto desarrollar y ejecutar los planes y programas que el Gobierno Nacional adopte sobre el servicio público de televisión y operar la radiodifusión oficial. En desarrollo de su objeto, y dado que por mandato del artículo 4 de la Ley 42 de 1985, todos los cables radioeléctricos que Colombia utiliza o pueda utilizar en el ramo de las telecomunicaciones son de propiedad exclusiva del Estado, a quien corresponde la prestación del servicio público de televisión, puede Inravisión según el literal e) del artículo 9 de la Ley 14 de 1991, utilizar directamente los espacios de televisión, darlos en concesión a particulares, o asociarse con éstos para transmitir programas televisivos.

SERVICIO DE V.T.R. – Naturaleza / CONCESIONARIOS DE TELEVISION SERVICIO DE V.T.R. / SERVICIO AUXILIAR DE TELEVISION / MONOPOLIO ESTATAL - Servicio de Televisión

El V.T.R. es un servicio auxiliar que presta Inravisión a las programadoras de televisión que puede ser perfectamente equiparado con servicios tales como los estudios o grabación, pues lo que determina que un servicio sea auxiliar es precisamente su carácter de adicional o complementario a un servicio principal, en este caso, el de televisión

y que Inravisión está en capacidad de ofrecerlo así no existan en el mercado otras entidades o empresas que puedan prestarlo. Así las cosas, no se comparte el razonamiento de la parte actora en el sentido de que los servicios auxiliares que da cuenta el literal d) del artículo 9°. de la Ley 14/91, se caracterizan porque el interesado está en libertad teórica y práctica de utilizarlos o no, pues además de que tal precisión no parece provenir de la norma aludida, ya que la misma se refiere a "los demás servicios que la entidad esté en capacidad de ofrecer por razón de sus actividades", la circunstancia de que el V.T.R. se preste en condiciones de monopolio no desdibuja la noción en mención, en este orden de ideas, siendo el V.T.R. un servicio auxiliar que a nivel nacional presta Inravisión, puede ser prestado por dicho organismo "en forma remunerada y con carácter comercial" artículo 9 Ley 14 de 1991, es decir con ánimo de lucro, lo que significa ni más ni menos que la contraprestación que paga el usuario de ese servicio es un precio. El hecho de que los concesionarios de televisión no tengan la libertad de elegir si contratan o no el servicio V.T.R. ni tampoco puedan libremente escoger la compañía con la cual van a celebrar dicho acuerdo, no quiere decir que el pago recibido por Inravisión no sea un precio, pues además de que la citada entidad puede fijar el valor del servicio en función de una ganancia legalmente permitida, el hecho de que el servicio sea monopolio estatal no transforma el precio en otro tipo de ingreso. Adicionalmente, la tasa como especie de tributo que es, sólo tiene creación por mandato legal, en tanto que el pago que recibe Inravisión por el servicio de V.T.R. si bien tiene su justificación última en la Ley, ya que es ésta la que le permite prestar varios servicios a los usuarios, tiene su causa próxima en el contrato de prestación de servicios auxiliares celebrado en desarrollo de la concesión de un espacio de televisión, entre programadora y la citada entidad.

INGRESO NO TRIBUTARIO - Servicio de V.T.R.

Dado que la necesidad que en forma primordial se busca satisfacer con el V.T.R. es de carácter particular, tal circunstancia, es un argumento más para fortalecer la posición de la parte demandada en el sentido de que se está en presencia de un precio. Sobre el particular, es necesario remitirse a las nociones precisadas al momento de analizar el precio como ingreso no tributario. Se estima que no procede la nulidad solicitada, máxime si se tiene en cuenta que en la fijación de los precios por el servicio de V.T.R. podía la

entidad demandada tener en cuentas además del costo del servicio, la utilidad o ganancia propia de las actividades que se realizan con ánimo de lucro y que tienen como contraprestación un precio. De otra parte, y dado que el precio que deben pagar las programadoras de televisión no tiene naturaleza tributaria, no hay lugar siquiera a la violación del artículo 338 de la Constitución Nacional, pues adicionalmente, tal pago no tiene la naturaleza de tasa.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta.

Consejero Ponente: Doctor *Delio Gómez Leyva.*

Santafé de Bogotá, D.C., veinte (20) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Referencia: Expediente número 7110.

Actores: Unión Colombiana de Empresas Publicitarias "UCEP" y otro. Autoridades Nacionales .

FALLO

La Unión Colombiana de Empresas Publicitarias "UCEP" y la Asociación Nacional de Anunciantes de Colombia "ANDA", a través de apoderado, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandaron la nulidad del artículo 2 No. 1.4 del Acuerdo No. 71 de 1994, expedido por la Junta Administradora del Instituto Nacional de Radio y Televisión, Inravisión.

EL ACTO ACUSADO

La disposición acusada es del siguiente tenor:

"ACUERDO NUMERO 71 DE 1994
(diciembre 21)

"por el cual se fijan tarifas para la prestación de servicios auxiliares, codificación, transfer, V.T.R. y utilización del segmento de cinta en el sistema digital de comerciales.

"La Junta Administradora del Instituto Nacional de Radio y Televisión, Inravisión, en ejercicio de sus facultades legales y en especial de las que les confiere el literal b) del artículo 18 de la Ley 14 de 1991,

CONSIDERANDO:

"Que las tarifas para la prestación de servicios auxiliares de emisión al aire y de producción de Inravisión, deben ser reajustadas para la vigencia de 1995,

ACUERDA:

"Artículo 2º. Por el cual se fijan tarifas para los servicios auxiliares de emisión al aire.

...

"1.4. V.T.R. de comerciales.

"Las tarifas de servicios de V.T.R. para la emisión de anuncios comerciales, promoción de programas de las empresas concesionarias de espacios y presentación y despedidas de programas, serán las siguientes:

"V.T.R. de Comerciales Nacionales	$23.000
"V.T.R. de Comerciales Extranjeros	$69.000
"V.T.R. de Comerciales Mixtos	$46.000

"V.T.R. de promoción de programas de las empresas concesionarias de espacios de televisión $ 7.000

"V.T.R. de presentaciones y despedidas de programas de televisión $ 5.000

"Parágrafo..."

LA DEMANDA

Los actores solicitan la nulidad de la disposición transcrita por violación de los artículos 338 de la C.N. y 18 literal b) de la Ley 14 de 1991, con base en las siguientes razones:

Después de exponer las nociones generales sobre poder tributario e ingresos del Estado, y de describir el servicio V.T.R., el cual fundamentalmente comprende dos fases, cuales son, el estudio, revisión y aprobación del comercial y la emisión del mismo, efectuada de manera automática y reiterada en el tiempo, sostiene la parte actora que el servicio de V.T.R. hace parte del servicio público de televisión.

Igualmente, sostuvieron que el servicio de V.T.R., está a cargo únicamente del Estado a través de Inravisión, y la fijación de las tarifas correspondientes a la prestación del mismo corresponde a la Junta Administradora de Inravisión en virtud de la Ley 14 de 1991.

Afirman así mismo, que la contraprestación pecuniaria causada con motivo del servicio del V.T.R., es decir, la tarifa que debe pagarse, es una tasa pues a pesar del alcance contraprestacional referido al servicio disfrutado o utilizado por quien paga la suma de dinero a que haya lugar, lo cual lo identifica con el precio, tiene un elemento que lo hace sustancialmente diferente, cual es la

coacción en la que se halla enmarcado dicho pago, pues sólo el Estado a través de Inravisión, presta el servicio V.T.R., y adicionalmente, la utilización del servicio no depende de la libre voluntad del programador, sino que es inevitable y forzosa en razón de que de otra manera, tendría que prescindir de la emisión de anuncios comerciales en el espacio correspondiente, y por ende, renunciar al ingreso operacional básico para su subsistencia.

Así las cosas, y como tasa que es, ha de estar sometida a las condiciones de validez y legitimidad de los tributos que establece el artículo 338 de la C.N.

Es así como el tributo denominado "Servicio de V.T.R." viola el principio de legalidad en la medida en que su establecimiento proviene de la discrecionalidad absoluta de Inravisión, pues tal otorgamiento estableció el aludido tributo sin criterio ni parámetro alguno que atendiera las claras previsiones de la Constitución Nacional, según las cuales, las tarifas de las tasas pueden ser fijadas por las autoridades administrativas pero no a su libre criterio sino conforme a las reglas y parámetros que en el evento preciso de la tasa implican un límite de racudación en función del costo del servicio y en reglas de reparto entre los asociados del importe por recibir.

Sostienen adicionalmente, que el hecho de que se clasifiquen los comerciales en nacionales, extranjeros, mixtos y otros, demuestra la clara infracción de la Constitución, pues es evidente que el costo del "Servicio de V.T.R." para Inravisión no es mayor o menor según la clase de comercial.

Dado que el régimen de tarifas fue previsto en forma discrecional se desconoce también lo previsto en el literal b) de la Ley 14 de 1991, que faculta a la Junta Administradora de Inravisión para fijar las tarifas, pues tal facultad no puede ir hasta el extremo de señalar dicha contraprestación económica de manera arbitraria, sino, se repite, deben ir en función del costo del servicio.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El apoderado de la parte demandada se opone a las pretensiones de la demanda, pues a su juicio, el pago que se hace a favor de Inravisión por concepto del servicio V.T.R., no es una tasa ya que tiene naturaleza contractual y corresponde a una parte del precio de la concesión con el que se retribuye un servicio indudablemente de carácter comercial en cuanto accesorio a la presentación de propagandas comerciales.

El hecho de que sea Inravisión el que señale el precio de los servicios que presta a los concesionarios en las cadenas comerciales no transforma este precio en tributo, pues finalmente la esencia del tributo consiste en la fuente del deber de pagar la respectiva contribución fiscal o parafiscal (la ley), y en su causa próxima, cual es la realización del hecho gravable.

En contraste, el precio de los servicios de V.T.R. por tener como causa un contrato, ya de concesión, ya de asociación, y por constituir la contraprestación de un servicio comercial prestado a quien "explota" el servicio público de televisión mediante la presentación de anuncios comerciales, no es un tributo.

Precisa así mismo, que Inravisión al tiempo que presta a la comunidad el servicio público de televisión, suministra diversos servicios de carácter comercial a los programadores y a otros interesados, lo cual se hace evidente en el artículo 9 de la Ley 14 de 1991 que enumera los actos y operaciones que realiza la entidad en desarrollo de su objeto.

Así las cosas, Inravisión está facultado por la ley para en la tarifa que cobra a los usuarios, que es un precio, agregar al costo del servicio un excedente que atienda al mejoramiento del servicio, o sea, una ganancia.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado de la parte demandada reitera que la obligación de pagar a Inravisión el servicio de V.T.R. para emisión de comerciales, tiene su origen en el contrato de concesión que así como da lugar al derecho a que se emitan los anuncios, también da lugar a la obligación de pagar el servicio correspondiente. Reitera así mismo los argumentos expuestos con ocasión de la contestación de la demanda.

El apoderado de la parte actora sostiene que el servicio de V.T.R. no corresponde a los servicios auxiliares y actividades comerciales que por ley pueda ejecutar Inravisión, pues su prestación entraña una típica función administrativa que tiene una relación directa con el servicio público de televisión, ya que la gestión de Inravisión al aprobar y emitir un comercial es fruto de la cogestión que implica el sistema mixto de televisión, pues todo lo que conlleva la aprobación y emisión de propagandas y la difusión de los mensajes a través de un medio de tanta influencia en la comunidad, como lo es la televisión, no es en absoluto una actividad comercial.

Sostiene así mismo que el V.T.R. no tiene naturaleza de renta contractual, pues otorgada una concesión a los particulares, en este caso, de los espacios de televisión, lo cual tiene evidentemente como contrapartida un precio, el Estado puede conservar a su cargo funciones administrativas las cuales al ser retribuidas no constituyen el precio de la concesión sino erogaciones adicionales que en el caso del V.T.R. son de naturaleza tributaria.

Reitera por último, los demás argumentos expuestos en la demanda.

El Ministerio Público representado en esta oportunidad por el Procurador Octavo Delegado ante la Corporación, propugna por que se denieguen las súplicas

de la demanda, pues en el asunto que se somete a consideración del Consejo de Estado no se está creando ningún tributo sino que se está fijando la tarifa correspondiente al uso del servicio de V.T.R., y que a su juicio constituye una tasa.

Precisa que el acto en virtud del cual se fijaron las tarifas se expidió en ejercicio de una facultad legal, motivo por el cual no puede ser anulado.

Sostiene igualmente que no hay violación del artículo 338 de la C.N., pues la Constitución no señala las reglas a las que deben sujetarse las autoridades administrativas en la expedición de los actos que fijen las tarifas ya que las limitaciones a que hace mención dicha norma están dirigidas al Congreso, las Asambleas y los Concejos.

La única limitación constitucional en materia de tarifas impuesta a las autoridades administrativas es que las mismas no se pueden fijar sin autorización legal, autorización esta que previamente existía y debe ser ejercida, dado que la ley obliga salvo la existencia de graves vacíos o de inconstitucionalidad ostensible, lo cual no se cumple en el presente caso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Con el fin de determinar si el acto acusado viola o no los textos normativos invocados por la parte actora, y por ende, si procede o no su nulidad, debe la Sala precisar si el pago de la tarifa de V.T.R. a cargo de los concesionarios de espacios de televisión es de naturaleza tributaria, más exactamente, una tasa, o es un precio, es decir, un ingreso no tributario.

De acuerdo con parte de la doctrina, el precio es un ingreso pecuniario, no definitivo, de contrapartida directa, personal y de total equivalencia al costo económico de los bienes y servicios así vendidos en el mercado.

Adicionalmente, se considera como característica del precio el hecho de ser voluntario para quien lo paga, pues se sufraga en la medida en que se demande determinado bien o servicio. Tal elemento no desaparece por el hecho de que la producción y distribución de los bienes se haga en régimen de monopolio u oligopolio, pues su adquisición depende de la iniciativa de quien los demanda, así el consumidor no tenga opción diferente de adquisición.

La característica principal del precio está en la existencia de una contrapartida, directa y de total equivalencia, entre el valor pecuniario entregado y el costo económico del bien o servicio que se recibe a cambio, costo este que involucra la ganancia del propietario de los medios de producción empleados.

Ahora bien, el hecho de que tal ganancia o beneficio lo obtenga un ente público, no puede alterar la índole económica-financiera del precio, y aún más, el hecho de que la entidad pública satisfaga incidentalmente una necesidad pública

al lado de la necesidad privada, no es óbice para que el ingreso obtenido sea considerado como precio y para que la entidad pueda obtener una utilidad neta.

La concurrencia de necesidades colectivas con las individuales no altera, como se dijo, la naturaleza del ingreso denominado precio, pues lo que importa es la preponderancia de la satisfacción pública o privada en la gestión y prestación de ciertos bienes y servicios.

Es así como ha expresado la doctrina que la satisfacción de necesidades colectivas asumidas como públicas preponderantemente esenciales, se financia con el impuesto; la de necesidades colectivas asumidas como públicas preponderantemente generales, con la tasa; y la de necesidades preponderantemente individuales, con el precio.

Adicionalmente, el precio implica un cambio radicalmente oneroso, en cuanto erogación de determinada suma de dinero equivalente a su costo económico de producción pues excluye de determinado bien o servicio no sólo a quien no quiere sino a quien no puede adquirirlo.

De otra parte, la tasa ha sido definida como una erogación pecuniaria, no definitiva, de contrapartida directa, personal y de parcial equivalencia limitada por lo máximo al costo contable del servicio.

La tasa es un medio financiero cuyo elemento esencial característico es la existencia de una contrapartida de parcial equivalencia, personal y directa, por cuanto el ente gestor no puede realizar una ganancia neta o puede inclusive tener pérdida, por lo cual no se compensa todo el costo económico de la producción sino únicamente el costo contable, y por ello, el beneficio que debería recibir el empresario, de ser posible, lo obtiene el usuario o consumidor.

Así las cosas, el servicio al usuario se hace en parte gratuito, que no le compensa a la empresa un beneficio rentable, y en parte oneroso, por cuanto el usuario compensa parcialmente el costo económico de producción.

Es de anotar que igualmente la jurisprudencia de la Corporación ha precisado en forma reiterada las características de la tasa a que la Sala ha hecho mención. (Exp. 2630, Consejero Ponente, doctor Carmelo Martínez Conn, providencia del 28 de junio de 1991; Exp. 2864. Consejero Ponente, doctor Jaime Abella Zárate, providencia del 15 de junio de 1990, al igual que en las providencias del 13 de marzo de 1963, Consejero Ponente, doctor Gabriel Rojas Arbeláez y del 22 de febrero de 1968, Consejero ponente doctor Alfonso Meluk).

A las características que se han expresado, la jurisprudencia agrega como elemento consecutivo de la tasa, el elemento de la voluntariedad (Exp. 2864

Consejero Ponente, doctor Jaime Abella Zárate), pues las tasas dependen de la solicitud o demanda del servicio por parte del usuario mediante su pago, y el ente público se limita a desarrollar en favor de quien lo solicita, mediante su pago, la actividad respectiva.

Tal característica, a juicio de la Sala, no desaparece por la imposibilidad del usuario de escoger en tres servicios públicos que satisfagan determinada necesidad pública, pues en definitiva toda tasa sería obligatoria ya que estos servicios por lo general, constituyen monopolios que dejan sin opción al usuario del bien o servicio.

Ahora bien, la utilización del V.T.R. (Video Tape Recorder) o grabadora de cinta fonóptica, se materializa en la emisión de los comerciales de acuerdo con una ordenación efectuada de manera automática por medio de un sistema computarizado que funciona a través de dos máquinas de propiedad de Inravisión, y que se traduce en la práctica en la utilización de los equipos o aparatos pertenecientes a Inravisión y operados por técnicos suyos, con que se quedan las cintas de las propagandas comerciales que se emiten al aire dentro de los programas televisivos.

Para la Sala, no existe la menor duda que a nivel nacional, el V.T.R., únicamente es prestado por el Estado a través de Inravisión, y que solamente puede ser prestado a las empresas concesionarias de espacios de televisión o programadoras, en razón precisamente de la concesión que les ha sido otorgada, programadoras que a su vez cobran a los distintos anunciantes por permitirles "pautar o anunciar" en los espacios a ellos concedidos, y que para lograr su emisión en el espacio de que se trate deben pagar a Inravisión las tarifas a que haya lugar.

Ahora bien, de conformidad con lo previsto en la Ley 42 de 1985, norma vigente en algunos aspectos a la fecha de expedición del acto acusado, el Instituto Nacional de Radio y Televisión, Inravisión, es una persona jurídica de derecho público transformada en entidad asociativa de carácter especial, que por mandato de la Ley 14 de 1991, ley que sirvió de fundamento al acto que se demanda, tiene por objeto desarrollar y ejecutar los planes y programas que el gobierno nacional adopte sobre el servicio público de televisión y operar la radiodifusión oficial.

En desarrollo de su objeto, y dado que por mandato del artículo 4° de la Ley 42 de 1985, todos los canales radioeléctricos que Colombia utiliza o pueda utilizar en el ramo de las telecomunicaciones son de propiedad exclusiva del Estado, a quien corresponde la prestación del servicio público de televisión, puede Inravisión según el literal e) del artículo 9° de la Ley 14 de 1991, utilizar directamente los espacios de televisión, darlos en concesión a particulares, o asociarse con éstos para transmitir programas televisivos.

Pero dicha entidad, en desarrollo de su objeto, puede también ejecutar otras actividades, dentro de las cuales cabe mencionar por la importancia que tiene en el *sub judice,* la prevista en el literal d) del artículo 9° de la Ley 14 de 1991, según el cual corresponde a Inravisión:

"Prestar a otras empresas o personas, en forma remunerada y con carácter comercial, los servicios de estudios, de laboratorios de cinematografía, de grabación fonóptica y magnética y los demás servicios que la entidad está en capacidad de ofrecer por razón de sus actividades".

A juicio de la Sala, el V.T.R. es un servicio auxiliar que presta Inravisión a las programadoras de televisión que puede ser perfectamente equiparado con servicios tales como los de estudios o grabación, pues lo que determina que un servicio sea auxiliar es precisamente su carácter de adicional o complementario a un servicio principal, en este caso, el de televisión, y que Inravisión está en capacidad de ofrecerlo así no existan en el mercado otras entidades o empresas que puedan prestarlo.

Así las cosas, no comparte la Sala el razonamiento de la parte actora en el sentido de que los servicios auxiliares de que da cuenta el literal d) del artículo 9° de la Ley 14/91, se caracterizan porque el interesado está en libertad teórica y práctica de utilizarlos o no, pues además de que tal precisión no parece provenir de la norma aludida, ya que la misma se refiere en general a "los demás servicios que la entidad esté en capacidad de ofrecer por razón de sus actividades", la circunstancia de que el V.T.R. se preste en condiciones de monopolio no desdibuja la noción en mención.

En este orden de ideas, siendo el V.T.R. un servicio auxiliar que a nivel nacional presta Inravisión, puede ser prestado por dicho organismo "en forma remunerada y con carácter comercial" –artículo 9° Ley 14/91–, es decir, con ánimo de lucro, lo que a juicio de la Sala significa ni más ni menos que la contraprestación que paga el usuario de ese servicio es un precio.

El hecho de que los concesionarios de televisión no tengan la libertad de elegir si contratan o no el servicio de V.T.R., ni tampoco puedan libremente escoger la compañía con la cual van a celebrar dicho acuerdo, no quiere decir que el pago recibido por Inravisión no sea un precio, pues además de que la citada entidad puede fijar el valor del servicio en función de una ganancia legalmente permitida, el hecho de que el servicio sea monopolio estatal no transforma el precio en otro tipo de ingreso, tal y como a espacio lo precisó la Sala.

De otra parte, la circunstancia de que para el concesionario sea obligatorio contratar el servicio de V.T.R. con Inravisión, no implica que la contraprestación que dicho organismo reciba sea una tasa, pues como también se precisó, no es inherente al concepto en mención la obligatoriedad en el pago.

Adicionalmente, la tasa como especie de tributo que es, sólo tiene creación por mandato legal, en tanto que el pago que recibe Inravisión por el servicio de V.T.R. si bien tiene su justificación última en la ley, ya que es esta la que le permite prestar varios servicios a los usuarios, tiene su causa próxima en el contrato de prestación de servicios auxiliares celebrados en desarrollo de la concesión de un espacio de televisión, entre la programadora y la citada entidad.

En ese sentido, observa la Sala que se trata de una renta contractual, pero no como parte del precio de la concesión, como lo sostiene la parte demandada, sino como contraprestación directa y completa del servicio auxiliar de V.T.R. en razón de que aun cuando dicho servicio no puede tener ocurrencia sin la existencia del contrato de concesión de espacios de televisión, no por tal motivo entra a ser parte de la concesión misma, y por ende, a estar involucrado su pago en el pago del precio de la concesión.

De otra parte, cabe precisar que si bien es cierto la emisión de anuncios comerciales a través de los espacios de televisión tiene una gran incidencia en la comunidad dados los mensajes que se transmiten y difunden y la gran audiencia de este medio audiovisual, no por estas... puede olvidarse que la emisión de propagandas... de efectuarse con el fin de beneficiar directamente a la comunidad, busca financiar a las programadoras, motivo por el cual el servicio de la emisión de los anuncios comerciales se presta para satisfacer las necesidades de los concesionarios de espacios de televisión aun cuando en forma inmediata tal servicio tenga incidencia colectiva.

De consiguiente, y dado que la necesidad que en forma primordial se busca satisfacer con el V.T.R. es de carácter particular, tal circunstancia, es un argumento más para fortalecer la posición de la parte demandada en el sentido de que se está en presencia de un precio. Sobre el particular, la Sala se remite a las nociones precisadas al momento de analizar el precio como ingreso no tributario.

Así las cosas, y dado que el acto acusado se ajusta a la ley, pues fue precisamente expedido en desarrollo de la función atribuida a la Junta Administradora de Inravisión, consistente en adoptar el régimen de tarifas del Instituto, la Sala estima que no procede la nulidad solicitada, máxime si se tiene en cuenta que en la fijación de los precios por el servicio de V.T.R. podía la entidad demandada tener en cuenta además del costo del servicio, la utilidad o ganancia propia de las actividades que se realizan con ánimo de lucro y que tienen como contraprestación un precio.

De otra parte, y dado... precio que deben pagar las programadoras de televisión no tiene naturaleza tributaria, no hay lugar siquiera a la violación

del artículo 338 de la Constitución Nacional, pues adicionalmente, tal pago no tiene la naturaleza de tasa, tal como lo sostiene la parte actora.

Así las cosas, no están llamadas a prosperar las súplicas de la demanda, y en consecuencia, el acto acusado no debe desaparecer 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:

1°. DENIÉGASE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

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

Guillermo Chahín Lizcano (Presidente); *Julio Enrique Correa Restrepo, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

ACCION DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD – Titularidad / ACCIONES PUBLICAS - Titularidad / DERECHOS POLITICOS - Titularidad / ACCION DE NULIDAD POR ILEGALIDAD - Titularidad (Salvamento de voto)

Las personas jurídic0as no pueden ejercer acciones públicas por cuanto ellos, como derechos políticos que son, están reservados a los titulares de tales derechos políticos, esto es, a los ciudadanos. Pór tanto el fallo habrá de ser inhibitorio. Acerca de este tópico, el Consejero Ponente del presente fallo, expresó en reciente salvamento de voto que las personas morales no pueden: "...ejercer acciones como la presente reservadas por la Carta Política a los ciudadanos. No cabe duda tampoco, de la lectura de los antecedentes referidos, que se trata con la demanda aludida de ejercer una acción pública de nulidad por inconstitucionalidad, que por expresa definición constitucional corresponde tramitar y decidir al Consejo de Estado, con competencia que en el caso fue deferida al resolverse el conflicto planteado por la corte Constitucional a favor de este Tribunal de lo Contencioso Administrativo por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Los anteriores elementos de juicio permiten afirmar que no es admisible una demanda que ejercita una acción pública de nulidad por inconstitucionalidad –y las de ilegalidad también quedan subsumidas bajo esta denominación– por persona distinta a la que constitucionalmente fue determinada como titular de dicha acción; el ciudadano. El derecho de establecer acciones públicas de nulidad por inconstitucionalidad o ilegalidad es un derecho político que tiene como exclusivo titular al ciudadano y por lo tanto supone la existencia de una persona natural, mayor de 18 años, en ejercicio pleno de los derechos políticos, basta leer cinco normas de la Constitución de 1991 que de conformidad con el principio de supremacía

de la Carta deben aplicarse preferencialmente a lo que hayan dispuesto leyes anteriores a posteriores a ella. Tales normas son: 1. El artículo 40, que consagra lo relativo a los derechos políticos y los radica en cabeza del ciudadano. 2. Los artículos 98 y 99 que regulan lo concerniente a la ciudadanía y que determinan que esta condición, indispensable para el ejercicio de los derechos políticos se adquiere sólo por las personas naturales mayores de 18 años y puede ser suspendida por decisión judicial. No es de ninguna manera admisible esgrimir como argumento para que el Consejo de Estado o los Tribunales de lo Contencioso Administrativo tramiten acciones públicas de nulidad por inconstitucionalidad o ilegalidad que como el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo expresa que "toda persona" podrá solicitar que se declare la nulidad de los actos administrativos, todas las personas, naturales (ciudadanos o no) y jurídicas, son titulares de la acción pública de nulidad por inconstitucionalidad o ilegalidad. Este parecer pudo ser válido hasta antes de que se expidiera la Constitución de 1991, pues las normas que ella contiene sobre esta materia, a las cuales hicimos referencia, definieron tales acciones como expresiones puras del derecho político. Esta corporación comparte la tesis del Procurador General cuando afirma lo siguiente: Tampoco podría pensarse en gracia de una interpretación más laxa, que ella permite presentar la demanda bajo el binomio: ciudadano apoderado de una persona jurídica. Somos de la opinión que por no tratarse de una acción privada sino pública, no es posible postular personerías supletivas o alternativas para proponerla. Sólo deberá ser admisible en forma exclusiva o excluyente, es decir, haciendo uso de la calidad de ciudadano colombiano. En este orden de ideas, la Corte Constitucional estima que no puede presentarse una demanda de constitucionalidad en condición exclusiva de apoderado de una persona jurídica, porque lo que es de la esencia única de la persona natural no puede extenderse a la persona moral. Son suficientemente claras las razones esgrimidas por la Corte Constitucional en las sentencias proferidas sobre el particular, las cuales se corroboran con una buena cantidad de autos inadmisorios de demanda en los cuales existía la pretensión de que personas jurídicas adquieran la condición de actores en este tipo de acciones públicas.

Salvamento de Voto del doctor Guillermo Chahín Lizcano.

Consejero Ponente: Doctor *Delio Gómez Leyva.*

Referencia: Expediente número 7110.

Actores: Unión Colombiana de Empresas Publicitarias "UCEP" y otro. C/La Junta Administradora del Instituto Nacional de Radio y Televisión "Inravisión".

Como mi posición respecto al asunto debatido es el mismo que aparece expresado en el proyecto que como ponente del proceso en el que es actora la Asociación Nacional de Anunciantes de Colombia "Anda", he llevado a la Sala Plena de la Corporación, me permito transcribir a continuación la parte considerativa de este como fundamento explicativo de mi disenso:

"Observa la Sala que la parte actora en el presente proceso es la persona jurídica Asociación Nacional de Anunciantes "Anda", la que mediante apoderado judicial, en ejercicio de la acción pública prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, acudió ante la Corporación para solicitar que se declare la nulidad del artículo 5° del Acuerdo 147 de 1993 por violación del artículo 338 de la Constitución Política.

"La Sala considera que las personas jurídicas no pueden ejercer acciones públicas por cuanto ellos, como derechos políticos que son, están reservados a los titulares de tales derechos políticos, esto es, a los ciudadanos. Por lo tanto, el fallo habrá de ser inhibitorio.

"Acerca de este tópico, el Consejero Ponente del presente fallo, expresó en reciente salvamento de voto que las personas morales no pueden:

"...ejercer acciones como la presente reservadas por la Carta Política a los ciudadanos. No cabe duda tampoco, de la lectura de los antecedentes referidos, que se trata con la demanda aludida de ejercer una acción pública de nulidad por inconstitucionalidad, que por expresa definición constitucional corresponde tramitar y decidir al Consejo de Estado, con competencia que en el caso fue deferida a resolverse el conflicto planteado por la Corte Constitucional a favor de este Tribunal de lo Contencioso Administrativo, por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

"Los anteriores elementos de juicio permiten afirmar que no es admisible una demanda que ejercita una acción pública de nulidad por inconstitucionalidad –y las de ilegalidad también quedan subsumidas bajo esta denominación– por persona distinta a la que constitucionalmente fue determinada como titular de dicha acción: el ciudadano.

"Ahora bien, en Colombia solamente ostentan el carácter de ciudadanos las personas naturales, hombres o mujeres, que hayan alcanzado la mayoría de edad, que en los momentos actuales es la de 18 años. No existe derecho de ciudadanía, que es por definición el derecho político sobre el cual descansan todos los demás de esta índole, asentado en personas naturales, sean éstas partidos políticos, sociedades, fundaciones, sindicatos, etc.

"Para arribar a la conclusión de que el derecho de establecer acciones públicas de nulidad por inconstitucionalidad o ilegalidad de un derecho político que tiene como exclusivo titular al ciudadano y por tanto supone la existencia de una persona natural, mayor de 18 años, en ejercicio pleno de los derechos políticos, basta leer cinco normas de la Constitución de 1991, que de conformidad con el principio de supremacía de la Carta deben aplicarse preferentemente a lo que hayan dispuesto leyes anteriores o posteriores a ella.

"Tales normas son:

"1. El artículo 40, que consagra lo relativo a los derechos políticos y los radica en cabeza del ciudadano. Dice sobre el particular que "Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:... 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley". De tal manera que las acciones públicas de inconstitucionalidad y de ilegalidad, que se interponen unas veces ante la Corte Constitucional y otras ante el Consejo de Estado, según lo que la misma Carta tiene definido, se caracterizan como uno de los siete derechos políticos consagrados en la norma citada, junto con los de elegir y ser elegido, tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática, constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas, formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas, revocar el mandato de los elegidos, tener iniciativa en las Corporaciones Públicas y acceder al desempeño de las funciones y cargos públicos.

"2. Los artículos 98 y 99, que regulan lo concerniente a la ciudadanía y que determinan que esta condición, indispensable para el ejercicio de los derechos políticos se adquiere sólo por las personas naturales mayores de 18 años y puede ser suspendida por decisión judicial.

"3. Así mismo, los artículos 237 y 241, que disponen que las acciones públicas por inconstitucionalidad e ilegalidad se tramitarán por el Consejo de Estado y por la Corte Constitucional de conformidad con la taxativa distribución de materias que respectivamente establecen tales normas.

"No es de ninguna manera admisible esgrimir como argumento para que el Consejo de Estado o los Tribunales de lo Contencioso Administrativo

tramiten acciones públicas de nulidad por inconstitucionalidad o ilegalidad, que como el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo expresa que "toda persona" podrá solicitar que se declare la nulidad de los actos administrativos, todas las personas, naturales (ciudadanos o no) y jurídicas, son titulares de la acción pública de nulidad por inconstitucionalidad o ilegalidad. Este parecer pudo ser válido hasta antes de que se expidiera la Constitución de 1991, pues las normas que ella contiene sobre esta materia, a las cuales hicimos referencia, definieron tales acciones como expresiones puras del derecho político. Expedida la Constitución de 1991 no se puede, bajo ningún aspecto, dársele al artículo 84 del Código Contencioso Administrativo el entendimiento que se le venía dando y que es el que inspira el auto del cual me aparto mediante este salvamento de voto. Ello equivale a privilegiar la aplicación de una norma legal sobre lo dispuesto por la Carta Política, lo que entraña desconocimiento y vulneración de lo que ella prevé en su artículo 4°, en el sentido de que la Constitución es norma de normas y que en todo caso la incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales.

"Quiero destacar que en análisis semejante al que acaba de hacerse fundamentó la Carta Constitucional la sentencia de enero 14 de 1993 por medio de la cual decretó la inexequibilidad de las disposiciones contenidas en el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991, que permitían el ejercicio de acciones públicas de inconstitucionalidad por personas jurídicas. En tal oportunidad, acogiendo el concepto del Ministerio Público, dijo la Corte:

"Antes de entrar a resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del inciso final el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991 es preciso trazar los lineamientos del marco conceptual del tema objeto de esta sentencia.

"2.1. El poder político.

Aristóteles sostenía que el hombre es un animal político. El hombre, en efecto, a través de la historia ha buscado siempre obtener y conservar el poder político, el de su esencia.

"Así lo afirmaba Maquiavelo en el célebre capítulo XVIII de El Príncipe.

"Ello es legítimo porque, en términos de Hegel, el reconocimiento de una persona por sus semejantes es una aspiración de todos los hombres.

"Nietzche por su parte anotaba que "la lucha por el poder es la esencia de lo vivo".

"Y en este mismo orden de ideas, "la lucha por la preeminencia –al sentir de Burnham– es más importante que la lucha por la existencia".

"Ahora el término poder político tiene una acepción amplia y una acepción restringida. En el primer sentido, que es que aquí se adopta, poder significa toda forma de reconocimiento, toda manifestación del deseo del hombre de sentirse importante en algún campo de la vida. En el otro sentido sólo se refiere a la lucha partidista por el poder en el Gobierno.

"Sin duda entonces el hombre ha buscado el poder político desde siempre y ello constituye una característica inalienable –artículo 5° C.P.– e inherente –artículo 94 idem– y en ejercicio del derecho a la libertad de conciencia –artículo 18 idem–.

2.2. Los derechos políticos.

"El artículo 40 de la Constitución es del siguiente tenor:

"Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político...".

Este derecho es una manifestación de la democracia participativa que es Colombia, al tenor del Preámbulo y de los artículos 1°, 2° y 3° de la Carta.

"Ahora los derechos tienen unos alcances y unas limitaciones, como se verá a continuación:

2.1.1. El artículo 40 de la Constitución.

"Dice así el artículo 40 de la Carta

"Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

"1. Elegir y ser elegido.

"2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.

"3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.

"4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.

"5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.

"6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.

"7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

"Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios en la administración pública".

2.1.2. Titulares de los derechos políticos.

"Son titulares de los derechos políticos las personas naturales nacionales que gozan de la ciudadanía.

"El desear por todos, el querer conjunto, el buscar lo mejor para la colectividad únicamente puede ser predicable para las personas naturales.

2.1.2.2. Los Nacionales.

"Los nacionales colombianos están definidos en el artículo 96 de la Constitución.

"La nacionalidad es un vínculo jurídico–político entre una persona y un Estado.

"Es claro entonces que sólo los nacionales colombianos pueden ser titulares de los derechos políticos en su conjunto.

"Así lo establece el inciso tercero del artículo 100 de la Carta, dice:

"Los derechos políticos se reservan a los nacionales, pero la ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia y el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital".

"Se observa en esta disposición un principio general y una excepción.

"El principio general es que sólo los nacionales poseen derechos políticos.

"La excepción es que para las elecciones locales los extranjeros pueden votar.

"¿Cuál es la razón jurídica de ello?

"En cuanto a la regla general, que es el caso pertinente para el negocio que nos ocupa su razón jurídica consiste en el hecho de que por razones de soberanía es necesario limitar el ejercicio de derechos políticos a los nacionales. Ello en virtud del inciso primero del artículo 9° de la Carta, que dice:

"Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia".

"Y en cuanto a la excepción, su ratio iuris estriba en que las elecciones municipales y distritales sólo conciernen el destino político local. Las circunstancias departamentales y nacionales están vedadas a los extranjeros. En una localidad lo que está en juego no es el destino político de la Nación, sino la posibilidad de influir en la toma de decisiones sobre

los asuntos de orden local. Tales asuntos son, de conformidad con los artículos 311, 313 y 315 de la Carta, de naturaleza administrativa, de planificación, de participación, en general, de desarrollo estrictamente local, para lo cual resulta legítimo que un extranjero vecino de un municipio, a quien le afectan tal surte de decisiones, pueda influir en las mismas.

"2.1.2.3. Los ciudadanos.

"Son ciudadanos los nacionales mayores de 18 años, de conformidad con el parágrafo del artículo 98 de la Carta.

"La ciudadanía es el nexo que une al Estado con un nacional para efectos de concederle derechos y obligaciones políticas, siempre que la persona reúna los requisitos exigidos al efecto por la ley.

"Pues bien, sólo los ciudadanos pueden ejercer los derechos políticos.

"Así lo establece expresamente el artículo 40 de la Constitución –precitado–. "¿Cuál es la razón jurídica de ello? Las personas naturales colombianas que no son ciudadanas son de dos clases: los menores de 18 años y aquellos a quienes se ha sancionado con la interdicción de los derechos políticos como pena accesoria de una sanción penal principal. En el primer caso la norma tiene como fundamento inmadurez sicológica de la persona y en el segundo la idoneidad moral. Por exclusión se concibe en consecuencia al ciudadano como una persona con calidades de madurez y moralidad adecuadas para poder sufragar y ejercer los demás derechos políticos.

"3. De la acción pública de inconstitucionalidad.

"El control de constitucionalidad es producto del Estado Social de Derecho organizado como un ordenamiento jurídico jerárquico, teniendo en la cúspide del mismo a la Constitución, que es norma de normas según el artículo 4° de la misma.

"En virtud del principio de la supremacía de la Constitución, entonces, las demás normas deberán desarrollar su contenido y materialmente no podrán contravenir a sus preceptos, pues en tal caso la norma se expone a acciones que redundan en su desaparición del mundo jurídico.

"Uno de los grandes aportes del derecho colombiano a la ciencia universal del derecho ha sido el hecho de haber consagrado por primera vez la acción pública de inconstitucionalidad, esto es, el control de constitucionalidad de las leyes mediante acción pública.

"Ello se consagró en la Ley 2ª de 1904, artículo 2°, para los decretos-ley, y en el Acto Legislativo No. 3 de 1910 para las leyes –formales y materiales–. Las reformas constitucionales de 1945 y 1968 conservaron la acción pública de inconstitucionalidad.

"De conformidad con lo anteriormente expuesto, son Titulares de esta acción las personas naturales nacionales que gozan de la ciudadanía.

"Al respecto cabe preguntarse si, de un lado, existe algún grupo de ciudadanos que no puedan ejercer esta acción y si, de otro lado, un ciudadano puede formular simultáneamente la acción a título personal y como representante de una persona jurídica.

"En cuanto a lo primero, para esta Corporación no existe ninguna clase de ciudadanos que no goce de este derecho político para presentar las acciones de que trata el artículo 241 de la Constitucional, ni siquiera los magistrados encargados de resolver por vía judicial de dichos procesos, esto es, ni siquiera los Magistrados de la Corte Constitucional.

"Se cambia de esta manera la jurisprudencia establecida por la Corte Suprema de Justicia cuando en ejercicio entonces del control de constitucionalidad estableció que todos los ciudadanos tenían esta acción "a excepción de los Magistrados de la Corte Suprema, por su alta investidura de Jueces Unicos de esta acción".

"Ello porque si un magistrado de esta Corporación estima que el orden constitucional del país se encuentra desconocido por una de las normas objeto de su control, tiene el derecho de acusarla mediante las formalidades legales, sin perjuicio de declararse impedido en su oportunidad.

"En cuanto a lo segundo, esta Corporación comparte la tesis del Procurador General, cuando afirma lo siguiente:

"Tampoco podría pensarse, en gracia de una interpretación más laxa, que ella permite presentar la demanda bajo el binomio: ciudadano-apoderado de una persona jurídica. Somos de la opinión que por no tratarse de una acción privada sino pública, no es posible postular personerías supletivas o alternativas para proponerla. Sólo deberá ser admisible en forma exclusiva y excluyente, es decir, haciendo uso de la calidad de ciudadano colombiano".

"En este orden de ideas, la Corte Constitucional estima que no puede presentarse una demanda de constitucional en condición exclusiva de apoderado de una persona jurídica, porque lo que es de la esencia única de la persona natural no puede extenderse a la persona moral.

"Es por ello incluso que en dos oportunidades la Corte Constitucional ha inadmitido demandas presentadas a título exclusivo de personas jurídicas, argumentando para ello la excepción de inaplicabilidad constitucional, que le confiere el artículo 4° de la Carta". (Sentencia No. C-003, enero 14 de 1993. Magistrado Ponente, doctor Alejandro Martínez Caballero).

"El anterior criterio fue ratificado por la Corte Constitucional cuando falló la demanda instaurada contra la Ley 30 de 1992, acción en la cual figuraba como demandante de unos de sus artículos al Ministerio de Hacienda, sentencia No. C-022 de enero 27 de 1994:

"3. Sea lo primero reiterar la falta de titularidad de las personas jurídicas, públicas o privadas, para ejercer la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 40-6 y 241-4 de la Constitución. Esta Corte señaló al declarar la inexequibilidad del inciso final del artículo 2° del Decreto 2067 de 1991, que la acción pública de inconstitucionalidad es una acción consagrada en el ordenamiento colombiano en favor de los ciudadanos, sin que sea posible predicar de las personas jurídicas su titularidad.

"(...) **La Corte Constitucional estima que no puede presentarse una demanda de constitucionalidad en condición exclusiva de apoderado de una persona jurídica, porque lo que es de la esencia única de la persona natural no puede extenderse a la persona moral".**

"La apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, además de actuar a título personal como se evidencia en el poder que adjunta a su demanda, lo hace al mismo tiempo como representante de la Nación. Para la Corte es claro que esta segunda alternativa no es jurídicamente viable, por lo que se limitará a estudiar los cargos elevados contra el artículo 124 de la Ley 30 de 1992 por la actora en su calidad de ciudadana".

Son suficientemente claras las razones esgrimidas por la Corte Constitucional en las sentencias transcritas, las cuales se corroboran con una buena cantidad de autos inadmisorios de demanda en los cuales existía la pretensión de que personas jurídicas adquieran la condición de actores en este tipo de acciones públicas". [1]

"En conclusión, la parte actora en el presente proceso, carece de personería sustantiva para actuar".

Atentamente,

Guillermo Chahín Lizcano.

Fecha, *ut supra.*

---

[1] Consejo de Estado. Sección Cuarta, Salvamento de voto del doctor Guillermo Chahín Lizcano. Exp. número 7130. Actora: Fundación Universitaria San Martín.

PRINCIPIO TRIBUTARIO CONSTITUCIONAL - Observancia / PROFESION LIBERAL - Pago de impuestos / PRINCIPIO DE IGUALDAD IMPUESTO – Objeto / DISTRITO CAPITAL DE SANTA FE DE BOGOTA – Régimen aplicable / FACULTAD LEGISLATIVA DEL GOBIERNO – Restricción / PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL IMPUESTO - Observancia / PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL IMPUESTO

Reitera las providencias del 27 de enero y 9 de junio de 1995, Exps. 5194 y 5667, respectivamente, Consejera Ponente: Consuelo Sarria Olcos, en relación con la violación del principio de igualdad. Las sentencias del 24 de marzo de 1995. Exps. 5017, 5138 y 5486, Consejero Ponente: doctor Jaime Abella Zárate, sobre los alcances de las facultades otorgadas por el Constituyente al Presidente de la República en el artículo 41 transitorio de la Carta.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta.

Consejero Ponente: Doctor *Delio Gómez Leyva.*

Santafé de Bogotá, D. C, veinte (20) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Referencia: Expediente número 7130.

Actora: Fundación Universitaria San Martín. Nulidad del artículo 154 numeral 4 del Decreto 1421 de 1993. Estatuto de Santafé de Bogotá, D. C.

FALLO

La Fundación Universitaria San Martín, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción pública de nulidad por inconstitucionalidad, consagrada

en el artículo 237-2 de la Constitución Nacional, demanda la declaratoria de nulidad del artículo 154 numeral 4 del Decreto 1421 de 1993, expedido por el señor Presidente de la República y por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá.

EL ACTO ACUSADO

La disposición acusada del Decreto 1421 del 21 de julio de 1993, es del siguiente tenor:

DECRETO NUMERO 1421 DE 1993
(julio 21)

por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá.

El Presidente de la República de Colombia, en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 41 transitorio de la Constitución Política,

DECRETA:

...

Título XI
Régimen Fiscal

Artículo 154. *Industria y comercio.* A partir del año de 1994, se introducen las siguientes modificaciones al impuesto de industria y comercio en el Distrito Capital:

4ª. Se consideran actividades de servicios todas las tareas, laborales o trabajos ejecutados por persona natural o jurídica o por sociedad de hecho, sin que medie relación laboral con quien los contrata, que genere contraprestación en dinero o en especie y que se concreten en la obligación de hacer, sin importar que en ellos predomine el factor material o intelectual".

LA DEMANDA

La actora solicita la nulidad del numeral de la disposición transcrita por violación de los artículos 13, 150 numeral 12, 838 inciso 1° y 41 transitorio de la Constitución Nacional.

Sostuvo, que el numeral 4 del artículo 154 del Decreto 1421 de 1993, es manifiestamente contrario a las normas constitucionales en mención, pues la Ley 14 de 1983, expedida por el Congreso redefinió el impuesto de industria y comercio estableciendo las actividades industriales, comerciales y de servicios sobre las que en materia imponible recaería dicho impuesto.

Agregó, que a dicha normatividad quedaron sometidos todos los municipios del país, y que solamente a partir de 1994, a través de la norma que es objeto de la presente demanda, se sustrae al Distrito Capital, de esa regla general dada por la ley, para introducir nuevas actividades de servicios sometidas tributariamente al gravamen; esto quiere decir, que se le está dando un trato diferencial a situaciones iguales, en razón de la ubicación territorial, sin que medie una justificación, en abierta oposición al artículo 13 de la Constitución Nacional.

Así mismo, consideró vulnerado el artículo 150 numeral 12 de la Constitución Política, por cuanto el artículo 154 numeral 4 del Decreto 1421 de 1993, no era la normatividad idónea para crear o señalar nuevos hechos imponibles en el impuesto de industria y comercio, pues para que esto sucediera se requería una ley en sentido formal, esto es, una ley del Congreso de la República.

Adicionalmente, afirmó que el Decreto 1421 de 1993, se dictó en uso de las facultades otorgadas por la Asamblea Constituyente, pero que en ningún momento estas facultades se otorgaron para crear impuestos o establecer nuevos responsables o sujetos pasivos sino para determinar el régimen político, fiscal y administrativo del Distrito Capital, por tanto, el gobierno desbordó el uso de las facultades que le otorgó la Asamblea Constitucional.

OPOSICION

El apoderado del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, defiende la legalidad de las disposiciones acusadas, y destaca el carácter de ley en sentido material que ostenta el Decreto 1421 de 1993, expedido en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 41 transitorio de la Constitución.

Señaló, que el régimen jurídico del Distrito Capital está integrado por los siguientes elementos normativos: 1. El que ha determinado la Constitución, en los artículos 322 y siguientes y demás disposiciones concordantes; 2. El que determinen las "leyes especiales" contentivas del estatuto del Distrito, y 3. El contenido en las disposiciones constitucionales y legales comunes a todos los municipios.

De otra parte, señaló que al expedir el Decreto 1421 y en especial el régimen fiscal del Distrito, el gobierno no actuó en desarrollo de sus normales facultades legislativas en sustitución del Congreso, sino que en virtud del artículo 41 transitorio de la Constitución tenía las atribuciones constitucionales para dictar todas las normas necesarias para dotar a la capital de un Estatuto Especial.

De igual manera, precisó que el artículo 154 numeral 4 no creó un nuevo impuesto, ni un nuevo hecho generador del impuesto de industria y comercio, por cuanto lo que hace el numeral es definir en concreto y con exactitud la actividad de servicios como tal, para ampliar en consecuencia la gama de dichas actividades

servicios, toda vez que no limita a un listado y a unas actividades análogas, sino que concreta en su definición lo que es una actividad de servicio; es decir, se modifica lo que existe.

Por último, interpone la excepción de cosa juzgada en consideración a que, con fecha 27 de enero de 1995, dentro del expediente No. 5194, Consejera Ponente: doctora Consuelo Sarria Olcos, la Corporación se pronunció sobre el tema denegando las súplicas de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El representante judicial de la actora reitera los fundamentos planteados en la demanda, respecto a que se ha creado un nuevo impuesto, violándose el derecho de igualdad, puesto que éste sólo rige para los habitantes o contribuyentes del Distrito Capital y el Gobierno no tenía competencia para ello.

Por su parte, el representante judicial del Distrito Capital de Santafé de Bogotá no se pronunció en esta oportunidad procesal.

MINISTERIO PUBLICO

Representado por el señor Procurador Séptimo Delegado ante la Jurisdicción presentó su alegato de conclusión, a través del cual manifestó que la norma en cuestión ha sido varias veces demandada y ha habido ya pronunciamiento reiterado por parte del Consejo de Estado sobre la validez constitucional de la misma; que las razones del ataque en los procesos ya formulados, salvo variaciones formales, son las mismas que se esgrimen en este proceso y que los artículos que se señalan como violados fueron ya estudiados por la Sección; por tanto, se está en frente del fenómeno jurídico de la cosa juzgada, ya que todos los procesos fueron formulados en ejercicio de la acción pública de nulidad, y con planteamientos similares.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Observa la Sala que los cargos formulados contra la disposición del Decreto 1421 de 1993, materia de la demanda, efectivamente, como con buen juicio lo apreció el representante del Ministerio Público, en reiteradas oportunidades han sido estudiados y decididos por esta Corporación, por tanto, se está en frente al fenómeno jurídico de la cosa juzgada, que releva de un nuevo pronunciamiento.

En efecto, mediante sentencias del 27 de enero y del 9 de junio de 1995, expedientes Nos. 5194 y 5667, respectivamente, Consejera Ponente: doctora Consuelo Sarria Olcos, en relación con la violación del principio de igualdad, se dijo:

"Violación del principio de igualdad.

Dispone el artículo 13 de la Constitución Política:

"Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen, nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

"El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

"El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará abusos o maltratos que contra ellos se cometan".

El tema concerniente al principio de igualdad de las personas ante la ley ha sido objeto de análisis, en las decisiones de las corporaciones encargadas de administrar justicia, que lo han entendido como un concepto que atiende, dentro de una generalidad objetiva, las circunstancias especiales de los asociados para darles el trato jurídico que les corresponde en concreto.

Merece especial connotación en este tema el análisis que en la sentencia de junio 25 de 1992, proceso T-860, hizo la Corte Constitucional, en el que en síntesis, expresó:

"IGUALDAD ANTE LA LEY / DERECHOS FUNDAMENTALES / IGUALDAD FORMAL / IGUALDAD MATERIAL

"El principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos, con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática. La igualdad material es la situación objetiva concreta que prohíbe la arbitrariedad. La igualdad de todas las personas ante la ley y las autoridades, constituye un derecho constitucional fundamental".

Esta jurisprudencia permite inferir de cuando una disposición legal atiende circunstancias especiales de los asociados, como es en este caso la subordinación, para regular en forma diferente un tributo, no viola el principio de igualdad sino lo reafirma, pues como dijo Aristóteles: "la igualdad entre desiguales es injusticia".

El impuesto como instrumento en materia de política fiscal se utiliza de diversa manera para conseguir el cumplimiento de los diversos objetivos propuestos

por el Estado y por lo tanto, es viable, atendiendo a circunstancias especiales de la colectividad, imponer o exonerar de gravamen a quienes en apariencia son iguales. Es el caso por ejemplo, de los llamados incentivos fiscales (exenciones, exclusiones, rentas exentas, descuentos, etc.), que permiten frente a un ingreso de igual cuantía, que unos paguen menos con otros, atendidas otras circunstancias como la procedencia, ubicación y naturaleza del mismo, sin que por ello se vulnere el principio de igualdad.

También estima la Sala recordar que la Asamblea Nacional Constituyente (proyectos 108 y 114) al referirse al tema de los ingresos públicos, previó la posibilidad de existencia de regímenes impositivos diferentes a nivel municipal, al tratar el tema de la capacidad tributaria de las entidades territoriales, así:

"Los ingresos públicos.

"Los principios de tributación, la potestad y las competencias tributarias.

"Del lado de los ingresos públicos, en el cual puede considerarse el tema ya tratado de la participación en las rentas nacionales por parte de las entidades territoriales, los diferentes proyectos presentan principios generales sobre la tributación, que a nuestro juicio obedecen más directamente al capítulo de la Hacienda Pública, aunque con obvias repercusiones sobre el sistema de financiación regional, seccional y local.

"En los proyectos se menciona a menudo la justicia, la equidad, y la progresividad como criterios básicos de la imposición, la cual es tratada como una responsabilidad y un deber. En otro proyecto se propone que sean los impuestos directos los que de preferencia adopten las entidades territoriales (Aída Abello y Alfredo Vásquez C.). Además se instituye en otro proyecto la jurisdicción coactiva como recurso de cobro forzoso de los impuestos adeudados (Antonio Galán).

"Consideramos adecuado que en el título de la Hacienda, en forma coordinada con la Comisión V., se propongan unos criterios generales de tributación; además deberán definirse los órganos competentes para establecer los tributos, atribución que se asigna generalmente a los organismos colegiados, en tiempo de paz (Congreso, Asamblea y Concejos).

"Como principios generales de la tributación puede considerarse: la equidad tanto horizontal como vertical de los gravámenes; la neutralidad y el beneficio colectivo que se espera del pago de las contribuciones y tributos de parte de los aportantes; la simplicidad; la capacidad contributiva. A estos principios generales, pero especialmente válidos para el caso de los diseños tributarios de las administraciones departamentales y municipales, deberá añadirse

la coordinación tributaria que debe existir entre los gravámenes cobrados por los distintos niveles de gobierno.

"Relacionada con estas materias, se encuentra la cuestión de a quién corresponde la potestad tributaria; actualmente como se sabe ella es de la exclusividad del Congreso Nacional, de tal manera que es a él únicamente a quien le compete la creación válida de los impuestos, a pesar de que los impuestos creados puedan ser establecidos por las Asambleas Departamentales y de los Concejos Municipales. A este respecto vale la pena considerar que cualquier regulación sobre autonomía fiscal territorial, debe atenerse a los siguientes criterios:

i) La capacidad de las entidades territoriales para fijar tributos está limitada en todo caso por la ley, en lo concerniente a la definición de tributos existentes, criterios generales de administración de los mismos, bases gravables y tarifas.

"ii) Los municipios y demás entidades territoriales podrán establecer gravámenes distintos a los del régimen ordinario o sobretasas que operarían sobre algunos impuestos, que le serían de su propia competencia, para la financiación temporal de sus inversiones y proyectos.

"iii) Existiría un régimen tributario básico de carácter uniforme para todas las entidades territoriales, pero podrían coexistir regímenes impositivos diferentes, como resultado de la autonomía tributaria, que implicaría un tratamiento impositivo distinto para personas ubicadas en diferentes territorios, regiones, secciones o municipios del país.

No da la Sala prosperidad a los cargos de violación enunciados...".

De otra parte, en cuanto a la competencia del Gobierno para dictar normas de carácter legislativo sobre el Régimen Especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, incluyendo la materia fiscal, en sentencias del 24 de marzo de 1995. Exps. Nos. 5017, 5138 y 5486; Consejero Ponente: Doctor Jaime Abella Zárate, sobre los alcances de las facultades otorgadas por el Constituyente al Presidente en el artículo 41 transitorio de la Carta, la Sala en jurisprudencia que se reitera, expresó:

"Podía en consecuencia el legislador (bien el Congreso o en su defecto el Gobierno) dictar normas de carácter legislativo en materia fiscal atendiendo, tanto el mandato constitucional sobre su vigencia (artículo 338 inciso 3) como a los principios de equidad, eficiencia y progresividad que para el sistema tributario prevé el artículo 363 ibídem". Sentencia del 27 de enero de 1995, Exp. 5194, Consejera Ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos.

Y en sentencia de la misma fecha, Exp. 5021, Consejero Ponente Doctor Jaime Abella Zárate, se dijo:

"...

"Fue voluntad del Constituyente de 1991, organizar a la ciudad de Bogotá, que ostentaba la categoría de Distrito Especial, como Distrito Capital; y acorde con tal status, dotarla de un régimen excepcional y propio que la diferenciara del tratamiento normativo dado a los demás municipios del país.

"Se quiso entonces, proveer al Distrito Capital de herramientas e instrumentos jurídicos suficientes y acordes con su importancia y condición, a fin de adecuarlo a los requerimientos básicos de su desarrollo, y que siendo la Capital objeto de normas especiales, su régimen fuera consagrado en un cuerpo normativo con la categoría, permanencia e imperatividad de la ley".

"Los artículos 322, 323 y 324 de la Carta, entre otros, hacen relación al régimen especial de Santafé de Bogotá, a su condición de Distrito Capital, determinando que el mismo contendrá los aspectos político, fiscal y administrativo de la entidad territorial. Así en el inciso 2° del artículo 322, se precisó que:

"Su régimen político, fiscal y administrativo será el que determine la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios" (Subraya la Sala).

De esta forma destaca la Sala que el régimen político, administrativo y fiscal del Distrito Capital, es el que para la ciudad establecen la propia Constitución, las leyes especiales que para su organización y funcionamiento se dicten y supletivamente, el ordenamiento común vigente para los demás municipios, tal como lo interpretó y consignó el mismo Decreto 1421 de 1993 en cuyo artículo 2°, dispuso:

"**Régimen aplicable.** El Distrito Capital como entidad territorial está sujeto al régimen político, administrativo y fiscal que para él establece expresamente la Constitución, el presente estatuto y las leyes especiales que para su organización y funcionamiento se dicten. En ausencia de las normas anteriores, se somete a las disposiciones constitucionales y legales vigentes para los municipios".

Por otra parte, y en previsión de posibles demoras por parte del Congreso en la expedición de las leyes especiales previstas el Constituyente de 1991, en el artículo transitorio 41, estableció que:

"Si durante los dos años siguientes a la fecha de promulgación de esta Constitución el Congreso no dicta la ley a que se refieren los artículos 322, 323 y 324, sobre régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, el Gobierno, por una sola vez expedirá las normas correspondientes".

"Mediante la disposición transcrita, se previó que si dentro del lapso allí dispuesto, el Congreso no ejercía su función de dictar la respectiva ley, el Gobierno expediría las 'normas correspondientes', vale decir, las que debería haber dictado el Congreso. Así el Constituyente otorgó facultades legislativas especiales al Gobierno, para que en sustitución del Congreso, lo reemplazara en la expedición de las normas contentivas del régimen especial".

"De modo que en obedecimiento a lo dispuesto en el artículo transitorio 41, fue expedido el Decreto 1421 de 1993, que es un cuerpo normativo especial, con rango y fuerza de ley, dictado en ejercicio de las atribuciones legislativas especiales, que por UNA SOLA VEZ, le otorgó directamente la Constitución al Gobierno para que actuara en sustitución del órgano legislativo, dictando las normas correspondientes, en materia política, fiscal y administrativa".

"Uno de los sistemas utilizados por el Constituyente en la parte final destinada al tránsito constitucional, para obtener la regulación legal de ciertos temas que por su naturaleza competen al Congreso, consistió en que de no hacerlo éste en determinado tiempo, podría hacerlo el Gobierno Nacional u otros organismos mediante decretos con fuerza de ley. Este mecanismo se encuentra consagrado, a título de ejemplo, en los siguientes artículos transitorios: el 14 sobre el reglamento del Congreso que facultó al Consejo de Estado para expedirlo; el artículo 21 sobre el régimen de la carrera para algunos empleados oficiales; el artículo 42 sobre control de población en el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y en los artículos 43, 55 y 56 sobre otros temas. Las facultades especiales conferidas condicionalmente al gobierno por tales artículos se diferencian de las facultades extraordinarias, precisas y pro témpore, concedidas en otras de las disposiciones transitorias pero tienen de común que los decretos así expedidos gozan de categoría y fuerza de ley, pues debían dictarse en el evento de darse el silencio del Congreso".

"De otra parte, las facultades que el Constituyente, de manera excepcional y única, radicó en cabeza del Gobierno, también son diferentes de las facultades extraordinarias, que al amparo del artículo 150, numeral 10 de la Carta, puede el Congreso en cumplimiento de sus funciones, conceder al Gobierno para que éste actúe como legislador extraordinario, con las limitaciones en cuanto a materia, tiempo, iniciativa, etc., pues sabido es que entre otras provisiones, no pueden ser conferidas para decretar impuestos, según lo dispone el último inciso de la norma, y además porque las facultades que allí se mencionan son precisas y pro témpore, aspecto este último que no se predica de las especiales autorizaciones otorgadas al Gobierno, a través del citado artículo, 41, transitorio".

"De esta forma a juicio de la Sala, y como ya se dijo en la precitada sentencia de 24 de marzo de 1995, por tener una competencia de carácter legislativo, habilitada por la misma Constitución, podía el Gobierno dictar la ley a que se refieren los artículos 322, 323 y 324 de la Carta Política, sobre Régimen Especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, que comprende también la materia fiscal, en el entendimiento que dentro de este régimen se halla incluido el tributario, que junto con los regímenes político y administrativo, eran los tres temas que debía contener el Estatuto Orgánico de la Capital".

"Conforme a lo anterior, no comparte la Sala el cargo de incompetencia del Gobierno para dictar normas de carácter fiscal, que de manera general se plantean contra el Régimen Fiscal contenido en los artículos 153 a 159, Título XI, del Decreto 1421 de 1993...".

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°. ESTÉSE a lo resuelto en las sentencias del 27 de enero y del 9 de junio de 1995, Exps. Nos. 5194 y 5667, respectivamente, Consejera Ponente, doctora Consuelo Sarria Olcos; y del 24 de marzo de 1995, Exps. Nos. 5017, 5138 y 5486; Consejero Ponente, doctor Jaime Abella Zárate.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano (Presidente de la Sala); *Julio Enrique Correa R., Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

CONTRIBUCION DE ENTIDAD FINANCIERA A SUPERBANCARIA – Destinación / GASTOS DE INVERSION DE SUPERBANCARIA - Facultades Superintendente Bancario

Los cuestionamientos propuestos por el apelante al sustentar su recurso, relativos a la indebida destinación de los recursos recaudados por concepto de las contribuciones en cuanto se utilizaron para cubrir gastos de inversión y no de funcionamiento, ya que sirvieron para financiar la construcción de un edificio que sería compartido con otra entidad, mediante la celebración de un contrato que fue cuestionado por la misma Contraloría General de la República y por la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y que el dinero se utilizó para fines diferentes de los previstos en el ordenamiento jurídico no son predicables de una decisión que como la demandada, concreta el ejercicio de una competencia que la ley le otorga de manera expresa al Superintendente Bancario y que tiene un contenido concreto y específico al rifar al monto de las contribuciones, que por el segundo semestre de 1986 debían hacer las entidades vigiladas, fijando también el milaje aplicable y sin hacer ninguna referencia a la destinación que con posterioridad le darían a los recursos así recaudados, como sí lo había hecho la Superintendencia en otras oportunidades. En síntesis, no pueden confundirse los actos demandados, por los cuales se fijó el monto de las contribuciones, con las decisiones que establecieron la destinación, que una vez recaudados los fondos en ellos originados, debía darle la administración, destinación que por lo demás bien puede estar restringida por la ley y su desviación podría originar consecuencias jurídicas diferentes.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA – Facultades / VIGILANCIA Y CONTROL / CONTRIBUCION DE ENTIDAD FINANCIERA A

SUPERBANCARIA - Fijación de contribuciones entidades vigiladas / ENTIDADES VIGILADAS POR LA SUPERBANCARIA - Contribuciones

De conformidad con el artículo 23 de la Ley 45 de 1923 y el Decreto 056 de 1951 aplicables a los actos demandados proferidos antes de la expedición y vigencia de la Constitución Nacional de 1991, la Superintendencia Bancaria tenía la facultad para establecer las contribuciones que deben hacer las entidades sometidas a su vigilancia y control, cuyo monto debería guardar proporción con los activos de las mismas y tenía que ser aprobado por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público; los fondos así originados ingresan al Presupuesto Nacional y en el presupuesto de rentas e ingresos se debe incluir, como entrada una cantidad igual al monto de las contribuciones impuestas durante el año inmediatamente anterior y, en el presupuesto de gastos se debe apropiar una partida igual para el sostenimiento de la Superintendencia Bancaria, durante el respectivo período. De lo anterior se observa que algunas hacen referencia a la decisión misma de fijar el monto de las contribuciones. Ellas son la exigencia de que las contribuciones en cuestión deben ser proporcionales a los activos de cada una de las entidades vigiladas y la aprobación por parte del Ministerio de Hacienda, y otras establecen requisitos externos a la fijación del monto de la contribución; entre estos últimos están los relativos a que en el Presupuesto de rentas e ingresos se incluya una cantidad igual al monto de las contribuciones impuestas y en el de Gastos se apropie una partida equivalente, para la Superintendencia Bancaria, en el período respectivo.

FACULTAD IMPOSITIVA DE LA SUPERBANCARIA - Fijación de contribuciones / FALSA MOTIVACION DEL ACTO – Inexistencia

En efecto el Superintendente Bancario tenía la facultad para establecer el monto de esas contribuciones, teniendo en cuenta los activos de las entidades vigiladas como en efecto lo hizo, aspecto este que no se ha cuestionado y sin que se haya desvirtuado en este punto la presunción de legalidad del acto demandado; su decisión fue motivada sumariamente, en las normas pertinentes, sin que pueda afirmarse que hubo falsa motivación, cuando el acto

lo hace de manera simple, remitiéndose a los fundamentos de derecho y concretamente a las normas que regulan las contribuciones a cargo de las entidades vigiladas.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta.

Consejera Ponente: Doctora *Consuelo Sarria Olcos.*

Santafé de Bogotá, D. C, veinte (20) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Referencia: Expediente número 7209. Apelación sentencia de abril 27 de 1995 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos expedidos por la Superintendencia Bancaria. Contribución a cargo de las entidades vigiladas.

Actora: Corporación Nacional de Ahorro y Vivienda "Conavi".

FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto mediante apoderado por la Corporación Nacional de Ahorro y Vivienda "Conavi", la actora, contra la sentencia de abril 27 de 1995, desestimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho contra las resoluciones números 6176 de noviembre 27 de 1986 y 396 de febrero 7 de 1991, expedidas por el Superintendente Bancario y aprobadas por el Ministro de Hacienda y Crédito Público.

ANTECEDENTES

Mediante la Resolución número 6176 de noviembre 27 de 1986 el Superintendente Bancario, con fundamento en lo establecido en los artículos 23 de la Ley 45 de 1923, sustituido por el artículo 2° de la Ley 57 de 1931, y 2° del Decreto-ley 056 de 1951, fijó en la suma de $15.031.609 la contribución a cargo de la corporación actora vigilada correspondiente al segundo semestre de 1986. Dicha resolución fue aprobada por el Ministro de Hacienda y Crédito Público.

El recurso de reposición interpuesto contra el anterior acto administrativo fue decidido confirmando la decisión inicial a través de la Resolución número 396 de febrero 7 de 1991, aprobada igualmente por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, quedando así agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA

El apoderado de la Corporación actora consideró vulnerados los artículos 43, 63, 76 ordinales 13 y 14, y 206 de la Constitución de 1886; 35 y 36 del Código Contencioso Administrativo; 23 y 24 de la Ley 45 de 1923; 1°, 2°, 3° y 4° del

Decreto 056 de 1951; 12 del Decreto 294 de 1973; 1°, 2° y 3° de la Ley 47 de 1971; 4°, 7° y 8° del Decreto 369 de 1972; 83 del Decreto 125 de 1976; 3° de la Ley 58 de 1982 y, 1°, 2° y 3° del Decreto 1939 de 1986.

El concepto de la violación se sintetiza así:

1. La Superintendencia Bancaria vulneró los artículos 43 y 76 ordinales 13 y 14 de la Constitución de 1886, porque desconociendo el principio de legalidad tributaria, a través de la Resolución número 6176 de 1986 resolvió imponer a las entidades vigiladas una contribución ilícita, que determinó la disminución de utilidades repartibles a los accionistas de las sociedades vigiladas y alteró el orden constitucional y el ánimo de quienes deben pagar lo que no les corresponde.

Con fundamento en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de diciembre 3 de 1938, indicó que en la medida en que dicha contribución se imponga para incrementar el patrimonio de la Nación o de la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria "esa aparente contribución será un impuesto y fuéralo o no siempre será legítimo por excesiva" (fl. 47).

2. Concretó la transgresión de los artículos, 2° de la Ley 58 de 1982; 3° del Código Contencioso Administrativo y, 23 y 24 de la Ley 45 de 1923, afirmando que la decisión adoptada por la Superintendencia Bancaria y aprobada por el Ministro de Hacienda a través de la Resolución número 6176 de 1986 adoleció de "la falta de una motivación suficiente y razonable" que no permitió que se ponderara la decisión de fondo mediante la cual se impuso una carga extraordinaria a un sector económico que no la podía soportar. Al respecto indicó que el Ministro de Hacienda y Crédito Público no aprobó la Resolución número 6176 de 1986, sino que simplemente la firmó, sin conocer el presupuesto y el detalle de los gastos de la Superintendencia Bancaria.

3. El Superintendente Bancario no elaboró oportunamente el "presupuesto de contribuciones y egresos" correspondiente al segundo semestre de 1986, ni precisó "el detalle de los gastos" que debían atenderse con tales contribuciones, dando lugar a la violación de los artículos 63 de la Constitución de 1886 y 2° del Decreto 056 de 1951.

4. La Resolución número 6176 de 1986 adolece de falsa motivación porque no admite ningún razonamiento en relación con su motivación. Al respecto se refirió a la "congruencia de los motivos", "la exactitud de hecho" y al "principio de proporcionalidad" de las decisiones administrativas.

5. Los artículos 63 de la Constitución de 1886; 23 y 24 de la Ley 45 de 1923; 1°, 2°, 3° y 4° del Decreto 056 de 1951 y, 12 del Decreto 294 de 1973, que consagran el sistema presupuestal de la Superintendencia Bancaria, fueron

transgredidos con la expedición de las resoluciones acusadas, debido a que dichos preceptos no fueron tenidos en cuenta por el Ministro de Hacienda ni por la Superintendencia Bancaria para la elaboración de su presupuesto de rentas ni se atendió lo referente al presupuesto de gastos de la misma, en relación con el régimen de contribuciones adicionales a cargo de las entidades vigiladas.

En desarrollo de lo anterior señaló que la contribución que fije el Superintendente Bancario a las entidades vigiladas, debe ser impuesta con el único fin de atender los "gastos necesarios" para el manejo y sostenimiento de la Superintendencia, excluidos todos aquellos que puedan ser calificados como superfluos o suntuarios y que, como la Resolución número 6176 de 1986 no contiene el presupuesto de gastos de la Superintendencia Bancaria ni el "detalle de los gastos que deben atenderse con el monto de las contribuciones impuestas", el Ministro de Hacienda no pudo analizar la relación que debe existir entre el presupuesto de gastos y el de contribuciones o ingresos de la Superintendencia, lo que determinó la violación del artículo 2° del Decreto 056 de 1951.

Manifestó que a través del sistema de contribuciones a cargo del sector financiero la Nación no puede obtener "rentas o ingresos ordinarios", ni con cargo a dichas contribuciones puede apropiarse partidas con destino a cubrir gastos distintos de los "necesarios" para el funcionamiento de la Superintendencia Bancaria, como tampoco puede la Superintendencia Bancaria, por iniciativa propia o no, comprometerse en la adquisición de inmuebles o equipos que no necesita o que necesitándolos los puede tomar, por ejemplo, en arrendamiento, y mucho menos resulta aceptable la imposición de contribuciones a las entidades vigiladas para incrementar el presupuesto de inversión.

A través de las resoluciones demandadas, la Superintendencia desconoció lo establecido en el artículo 4° inciso 2° del Decreto 056 de 1951, en el sentido de que no se pueden liquidar y cobrar contribuciones anticipadas.

Luego de referirse a las características que los doctrinantes de Hacienda Pública les asignan a las contribuciones (obligatoriedad, contrapartidas de parcial equivalencia y destinación específica), precisó que el sistema de contribuciones no constituye un mecanismo de recaudo de los fondos que el Estado requiere para su funcionamiento ordinario y por tanto, el cálculo de tales partidas debe efectuarse teniendo en cuenta la finalidad que las justifica, debiendo por ello reintegrarse los excesos en el recaudo a quienes los pagaron y exigirse los defectos por medio de liquidaciones adicionales.

6. Se presentó la vulneración de los artículos, 1°, 2° y 3° de la Ley 47 de 1971 y, 4°, 7° y 8° del Decreto 369 de 1972 porque, a juicio del apoderado de la actora, la Superintendencia Bancaria pretende adquirir un inmueble a través

de la Caja de Previsión Social de la misma entidad y asumir el cumplimiento de una obligación que le corresponde al Fondo de Inmuebles Nacionales.

7. Los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto 1939 de 1986 fueron desconocidos por el Superintendente Bancario, debido a que dichas normas no lo facultaban para señalar contribuciones excesivas ni para incrementar el patrimonio de inversión de la Caja de Previsión Social de la Superintendencia.

8. La violación del artículo 206 de la Constitución de 1886 surgió porque mediante los actos demandados se exigió a las entidades vigiladas una suma mayor a la que de ellas podía recaudarse a título de contribuciones por el segundo semestre de 1986, de acuerdo con el presupuesto nacional del mencionado año, expedido por medio de la Ley 111 de 1985 y liquidado a través del Decreto 3743 del mismo año. En este sentido señaló, que independientemente de que la suma incluida en el presupuesto de ingresos como contribuciones de las entidades vigiladas ha debido ser de igual cuantía a la partida apropiada para la Superintendencia Bancaria ($2.172.060.000) y de considerar que en dicha suma se estaban incluyendo partidas que no podían servir de base para exigir contribuciones a las vigiladas, la Superintendencia Bancaria no podía recaudar de las entidades sometidas a su vigilancia, en el año 1986, una suma mayor de la establecida en el artículo 35 de la Ley 111 de 1985.

El accionante hace diferentes peticiones principales y subsidiarias, en síntesis, así:

Como principales solicita la nulidad del artículo 1° de la Resolución número 6176 del 17 de noviembre, expedida por el Superintendente Bancario, por medio de la cual se fijó en la suma de $15.031.609, la contribución a cargo de la Corporación Conavi, correspondiente al segundo semestre de 1986; la nulidad del artículo 2° de la misma resolución en el cual se ordena la consignación respectiva; la nulidad de la Resolución número 396 de 7 de enero de 1991 proferida por el Superintendente Bancario, confirmatoria de la anterior; la nulidad de la aprobación dada por el Ministro de Hacienda y Crédito Público y que se declare la obligación de devolver el valor pagado por la actora, debidamente reajustado y con los intereses.

Como subsidiarias solicita la nulidad de los mismos actos administrativos, en cuanto contienen una suma superior a la que, conforme a la ley, le correspondería pagar a la parte actora por el segundo semestre de 1986; fijación por el Tribunal del monto de la contribución de conformidad con la ley; si se acogen algunas de las peticiones principales o las peticiones primera o segunda subsidiarias y se rechaza la sexta principal; se condene la Nación a devolver lo pagado por la actora en exceso por el segundo semestre de 1986, reajustado y con intereses, si se acogen las peticiones principales pero se rechazan la sexta principal y la

tercera subsidiaria se condene a la Nación a pagar la reparación del daño emergente y el lucro cesante.

LA OPOSICION

La entidad demandada no contestó la demanda.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante la sentencia denegó las súplicas de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. Artículos 43 y 76 ordinales 13 y 14 de la Constitución vigente hasta julio de1991.

No se presentó la alegada violación de las anteriores normas constitucionales, porque las resoluciones acusadas fueron expedidas con fundamento en una ley y en un decreto proferido con base en facultades extraordinarias, que establecieron la contribución discutida.

2. Artículos, 2° de la Ley 58 de 1982; 3° del Código Contencioso Administrativo y, 23 y 24 de la Ley 45 de 1923.

La demandante no probó que la Resolución número 6176 de 1986 se hubiera proferido sin evaluación previa de la contribución debatida, la vulneración de los principios que gobiernan las actuaciones administrativas, ni el incumplimiento de las previsiones contenidas en los artículos 2° y 3° de la Ley 57 de 1931, que modificó los artículos 23 y 24 de la Ley 45 de 1923. En este sentido señaló que del informe rendido por la Superintendencia Bancaria a solicitud de la parte demandante (fls. 432 a 434) surge que la variación de la tasa aplicada en seis semestres fue de cero en algunos casos e ínfima en otros.

La firma impuesta por el Ministro de Hacienda en la Resolución número 6176 de 1986, por sí sola equivale a la aprobación del funcionario, y en este caso, dicha aprobación estuvo precedida de anotación expresa sobre el particular y la afirmación relativa a que el Ministro no conoció su contenido no se demostró.

3. Artículo, 63 de la Constitución vigente hasta julio 6 de 1991 y 2° del Decreto 056 de 1951.

El *a quo* no le dio prosperidad al cargo, argumentando que en el capítulo 9 de la Ley 111 de 1985 "sobre presupuesto de rentas y recursos de capital y Ley de aprobación para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 1986" figura la Superintendencia Bancaria y allí se detallaron los gastos aprobados para la vigencia 1986 y, en la Resolución 2647 de noviembre (sic) de 1996, expedida por la Superintendencia Bancaria está contenido el detalle

de gastos para dicha vigencia. Al respecto explicó que el presupuesto de contribuciones y gastos fue oportuno al incluirse en la citada ley y aunque el detalle de gastos se encuentra fuera de la fecha prevista en el Decreto 056 de 1951, fue expedido dentro de la correspondiente vigencia, sin que su extemporaneidad implicara causal de nulidad.

4. La Resolución número 6176 de 1986 no incurrió en "falsa motivación", porque dicho acto se fundamentó en las disposiciones que le permitían fijar el monto de la contribución discutida.

El Tribunal advirtió que tampoco se presentó "insuficiencia de motivación" porque la resolución demandada tuvo como apoyo las disposiciones que crearon la contribución, su monto y exigibilidad, y que el artículo 2° de la Ley 57 de 1931, que modificó el artículo 23 de la Ley 45 de 1923, estableció que el monto de la contribución debía guardar equitativa proporción con los respectivos activos de los establecimientos bancarios, sin referirse a las necesidades de la Superintendencia Bancaria como pretende la actora.

5. Artículos, 63 de la Constitución vigente hasta julio 6 de 1991; 23 y 24 de la Ley 45 de 1923; 1°, 2°, 3° y 4° del Decreto 056 de 1951 y, 12 del Decreto 294 de 1973.

Luego de reiterar los planteamientos expuestos en el punto tercero, precisó que, a las entidades vigiladas no les corresponde calificar la necesidad o no de la adquisición del inmueble cuestionado; que el artículo 2° de la Ley 57 de 1931 se refiere a los gastos necesarios para el manejo o sostenimiento de la entidad de vigilancia, dentro de los cuales están incluidos los relacionados con el sitio de funcionamiento y, que el Decreto 056 de 1951 no distingue entre gastos de funcionamiento o de inversión.

Explicó que la necesidad de la adquisición del inmueble fue sometida a una comisión conformada para su estudio, y que la adquisición del inmueble se efectuó a través de contrato susceptible de acción diferente a la aquí ejercida.

6. Artículos 1°, 2° y 3° de la Ley 47 de 1971 y, 4°, 7° y 8° del Decreto 369 de 1972.

El contrato de adquisición del inmueble, en lo referente a la función propia de la Superintendencia, destinación y validez de la inversión debe discutirse en proceso diferente.

El gasto, inversión y recaudo de las contribuciones destinadas a la obtención del inmueble en cuestión, estuvieron respaldados por las adiciones presupuestales, que no fueron cuestionadas, por lo que no se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos acusados.

7. Artículos 1°, 2° y 3° del Decreto 1989 de 1986.

En cuanto a la alegada vulneración de estas normas, el *a quo* afirmó que la contribución discutida permaneció durante tres (3) años en montos similares, y respecto a la inversión en el inmueble y a la presunta vulneración del régimen presupuestal de la Superintendencia Bancaria, indicó que se remitía a lo expresado en los puntos sexto y quinto, respectivamente.

8. No le dio prosperidad al cargo consistente en la violación del artículo 206 de la Constitución de 1886, por considerar que el monto de la contribución, señalado para el segundo semestre de 1986, se incluyó como ingreso en el presupuesto nacional (artículo 1° de la Ley 111 de 1985, numeral 35, capítulo VI) y como egreso (capítulo 89 *ib*), y las sumas adicionales se incluyeron como un crédito adicional aprobado por el Congreso (artículo 41 del Decreto 056 de 1951).

Finalmente manifestó que las pruebas que se adujeron no lograron desvirtuar la presunción de legalidad de los actos demandados, debido a que en su mayoría se dirigieron a demostrar hechos antecedentes a la adquisición del inmueble. El *a quo* relacionó dichas pruebas.

EL RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte actora interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, y lo sustentó con fundamento en los siguientes argumentos:

1. Irregularidades en la formación de la voluntad administrativa.

La Superintendencia Bancaria expidió las resoluciones acusadas sin tener en cuenta el procedimiento establecido para tal efecto en el artículo 2° del Decreto 056 de 1951, que exige que el "presupuesto de contribuciones" vaya acompañado de la contrapartida constituida por el "presupuesto de egresos" del respectivo período. En este sentido señaló que el "detalle de los gastos" y la individualización de los "egresos" constituyen parte y fundamento de las resoluciones que impongan contribuciones a las entidades vigiladas.

Se incluyeron como factores constitutivos de los "gastos necesarios" sumas que tenían el carácter de "inversión" y, aunque el Tribunal sostuvo que la ley no distingue entre "gastos de sostenimiento" y "gastos de inversión", los doctrinantes de Hacienda Pública sí lo hacen, y el Decreto 056 de 1951 no se refiere a "gastos en general" sino a los "gastos necesarios" y al "adecuado sostenimiento". En este sentido afirmó que en la formación de la voluntad administrativa se presentó otro defecto, consistente en que como el cálculo de las contribuciones a cargo de las entidades vigiladas se realiza definiendo el

valor de los "gastos necesarios para el adecuado sostenimiento" de la Superintendencia, suma que luego se disminuye con el valor de las contribuciones de períodos anteriores para establecer el valor neto por cobrar, dicho procedimiento le impide a la entidad de vigilancia ahorrar de un año a otro y la obliga a reintegrar a las vigiladas las contribuciones cobradas y no consumidas, porque de lo contrario quedarían retenidos en el presupuesto nacional sin causa o servicio equivalente, dejando de ser contribuciones para convertirse en impuesto.

Con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado, concluyó este primer aspecto señalando que los funcionarios administrativos deben motivar sus decisiones.

2. Violación del principio de "estricta equivalencia".

A su juicio, la Superintendencia Bancaria, se "obstinó" en construir un edificio para ella y otro para la Caja de Previsión sin tener en cuenta la existencia del Fondo de Inmuebles Nacionales, utilizó la personería jurídica de la Caja de Previsión para lograr su propósito, confundió los "gastos de sostenimiento" con los de "inversión" y adicionó las contribuciones con lo necesario para construirles a otras personas jurídicas edificios y parqueaderos a expensas de los bancos.

3. Los "gastos de funcionamiento" y los "gastos de inversión".

Luego de referirse a los gastos de funcionamiento y de inversión que realizan las entidades públicas, indicó que construir edificios constituye un "gasto de inversión", que en el caso de las Superintendencias estaba a cargo del Fondo de Inmuebles Nacionales, y que la decisión adoptada por la Superintendencia Bancaria no estuvo orientada a facilitar su adecuado funcionamiento sino a realizar una inversión, porque la adquisición de un inmueble no es indispensable para la prestación del servicio, que no supone ser propietario o usufructuario de un inmueble con exclusividad y permanencia.

En este sentido expresó su inconformidad con el fallo del Tribunal, al no haberse tenido en cuenta la diferencia entre "gastos necesarios para el adecuado sostenimiento" y "gastos en general", y manifestó que el concepto a que se refieren el Decreto 056 de 1991 y las Leyes 45 de 1923 y 57 de 1931, es semejante al recogido en el Código Civil respecto de los "alimentos necesarios", por lo que a su juicio, los gastos necesarios para el adecuado sostenimiento de la Superintendencia Bancaria son los que le permitan a dicha entidad y a sus funcionarios prestar un servicio adecuado, técnico y oportuno, que no está relacionado con los "gastos de inversión" realizados por la Superintendencia.

4. El régimen presupuestal de la Superintendencia.

La Superintendencia Bancaria desconoció su sistema presupuestal, consagrado en las Leyes, 45 de 1923 y 57 de 1931, y en el Decreto 056 de

1951, porque como había cobrado sumas que excedían lo necesario para cubrir los gastos de sostenimiento de períodos anteriores al segundo semestre de 1986, estaba obligada a descontar los excedentes del total exigible para atender los gastos del segundo semestre de 1986, procedimiento que fue realizado por la entidad de vigilancia.

5. El origen de los contratos y de las obras que fueron la causa remota y oculta de los actos administrativos acusados y el motivo de este proceso (falsa motivación y desviación de poder).

Cuestionó la providencia de primera instancia, manifestando que el *a quo* desestimó los cargos de falsa motivación y desviación de poder con el argumento de que si la parte actora estaba inconforme con los contratos que determinaron la construcción de los inmuebles y el testaferrato que la Superintendencia impuso al Banco Central Hipotecario, las acciones y procedimientos idóneos eran distintos a los ejercidos en este caso; sin tener en cuenta que los contratos de construcción fueron la causa de las exageradas contribuciones que a su juicio, no se necesitaban para atender el adecuado funcionamiento de la Superintendencia Bancaria. A continuación se refirió a los antecedentes de la "atropellada (sic) construcción de los edificios" (fls. 651 y ss.).

6. El principio de "exacta equivalencia" de las contribuciones, el Decreto 056 de 1951 y la Ley Orgánica del Presupuesto Nacional (Decreto 294 de 1973).

El presupuesto anual que aprueba el Congreso de la República debe incluir la partida correspondiente a los ingresos que las entidades vigiladas pagan por concepto de contribuciones y la contrapartida de gastos de funcionamiento de la respectiva Superintendencia.

Dicho procedimiento no impide que los "gastos" coincidan con los "recaudos", ni exonera a la Superintendencia de la obligación de preparar el presupuesto de gastos a que se refiere el Decreto 056 de 1951, ya que el mismo constituye la causa y fundamento del presupuesto de rentas y su existencia permite al Ministro de Hacienda impartir o negar la aprobación que le corresponde en esta materia.

7. El pudor de la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria.

El Tribunal no se pronunció en relación con el hecho consistente en que la Superintendencia Bancaria construyó un inmueble para Capresub, cargando los costos como si fueran "gastos necesarios" para su sostenimiento e inflando el presupuesto de contribuciones.

Las opiniones que sobre estos asuntos han emitido la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación.

Manifestó que los pronunciamientos de los mencionados organismos, coincidían en advertirle a la Superintendencia Bancaria que no podía utilizar a la Caja de Previsión Social como testaferro para el logro de propósitos inmobiliarios, que el objeto social de dicha Caja de Previsión era la prestación de servicios médico-asistenciales y el pago de pensiones de jubilación y, enfatizar que dentro del esquema administrativo de la época, la construcción, adecuación y remodelación de edificios para Superintendencias y Ministerios le correspondía al Fondo de Inmuebles Nacionales.

9. Desviación de poder.

Mediante las resoluciones demandadas el Superintendente Bancario se apartó de la finalidad de interés público que le permite fijar contribuciones a cargo de las entidades vigiladas, porque tales contribuciones no se consumieron en el funcionamiento de la Superintendencia, sino en la adquisición de un lote y en la construcción de unos inmuebles a costa del sector financiero, que fortalecieron el patrimonio de un tercero, la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado de la Superintendencia Bancaria se opuso a la prosperidad del recurso de apelación interpuesto y solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia.

Alegó que la justificación de los actos administrativos que determinaron las contribuciones, es la misma que la del desarrollo de la obra, y que en tal sentido se debe tener en cuenta la Ley 47 de 1986 y el Decreto 2276 del mismo año, que adicionaron el presupuesto de la vigencia 1986.

A su juicio, la inconformidad de la actora con las resoluciones acusadas carece de sustento legal y ético, porque tales actos no contradicen las normas que se pretenden vulneradas ni la verdadera y correcta interpretación de los hechos.

Las contribuciones en cuestión están fundamentadas en los artículos, 23 y 24 de la Ley 45 de 1923 (sustituidos por los artículos 2° y 3° de la Ley 57 de 1931) y 2° del Decreto 056 de 1951, normas que han sido descalificadas, que gozan de toda su eficacia, y que tienen como finalidad dotar al organismo de control y vigilancia de los recursos necesarios para su adecuado funcionamiento.

El límite que establece la ley para las contribuciones es la medida de los gastos de funcionamiento de la Superintendencia Bancaria y por tanto, no es necesario que tales gastos sean detallados específicamente. Además, desde el punto de vista tributario, la palabra "gasto" tiene un sentido general que comprende los de funcionamiento y los de inversión.

En lo relacionado con la alegada falta de motivación de la Resolución número 6176 de 1986, advirtió que desde la demanda, como lo observó el Tribunal, se había dicho que el acto no estaba motivado y más adelante que la motivación era falsa, lo que desvirtúa la primera afirmación.

En oposición a lo indicado por la actora, la contribución y el gasto realizado sí fueron incluidos en el presupuesto nacional (Ley 111 de 1985 y Decreto 3743 del mismo año).

Enfatizó que la Superintendencia Bancaria, en uso de su poder discrecional determina cuáles son las partidas necesarias para su funcionamiento y por tanto, la ley autoriza para que proceda a realizar la tasación y cobro de las contribuciones a las entidades vigiladas, atendiendo en primer lugar a la ley, y a las necesidades reales de la contribución.

Concluyó alegando que las críticas efectuadas al contrato de compraventa, mediante el cual se adquirió para el Fondo de Inmuebles Nacionales el lote y la construcción en cuestión, no pueden resolverse en esta oportunidad como lo advirtió el Tribunal.

La señora Procuradora Séptima Delegada ante esta Corporación solicitó la revocatoria de la sentencia apelada argumentando que luego de revisar el expediente y en especial la Resolución número 6176 de 1986, se observa que el presupuesto de contribuciones fue elaborado al final del segundo semestre del año 1986 y en él sólo aparece el presupuesto de contribuciones a cargo de las entidades vigiladas sin el correspondiente presupuesto de gastos exigido por la ley, y que no obstante lo anterior el Ministro de Hacienda impartió su aprobación.

Indicó que de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, el aumento de la cuota de sostenimiento para el segundo semestre de 1986 fue superior al 100% del mismo semestre del año anterior sin que tal aumento hubiera tenido justificación, precisamente por la ausencia del presupuesto de gastos que debió formar parte del acto administrativo acusado que fijó la contribución en cuestión.

Sostuvo que el cargo planteado por la actora, consistente en que el exceso en el cobro de la contribución obedeció a la utilización en obras correspondientes al rubro presupuestal de inversión, diferentes al rubro de gastos de funcionamiento, no fue demostrado por la vía documental, pero lo confirmó el apoderado de la Superintendencia en su alegato de conclusión dentro de la primera instancia (fl. 527).

Manifestó que a su juicio, el procedimiento realizado por la Superintendencia Bancaria fue violatorio de las normas constitucionales y legales pertinentes, en especial de las contenidas en el Decreto 56 de 1951.

Finalmente advirtió que aunque la actora solicitó a título de restablecimiento de derecho la devolución de la suma cobrada por el segundo semestre de 1986 en su totalidad, la devolución así solicitada como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos demandados no es posible, porque parte de dicha contribución tuvo que haber sido aplicada para los gastos de sostenimiento y por tanto, la Superintendencia Bancaria, previo cotejo con el presupuesto de gastos del semestre correspondiente y el cálculo de proporcionalidad a cargo de la actora, debe devolver los sobrantes con los intereses respectivos o imputarlos a semestres futuros.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Los planteamientos que de manera extensa y pormenorizada se han hecho en las diferentes etapas del proceso, por la parte actora y que fueron objeto también del debate probatorio, en relación con la destinación que se dio por parte de la Superintendencia Bancaria a los recursos recaudados por concepto de contribuciones provenientes de las entidades vigiladas y a la legalidad o ilegalidad de las formas y de los procedimientos jurídicos, a través de los cuales dichos recursos se destinaron a la construcción del edificio, sede conjunta, de la Superintendencia Bancaria y de la Caja de Previsión de la Superintendencia Bancaria, no pueden ser objeto de pronunciamiento en el presente proceso, en el cual se está juzgando, la legalidad o ilegalidad de las Resoluciones 6176 del 27 de noviembre de 1986 y 396 del 7 de febrero de 1991 proferidas por el Superintendente Bancario mediante las cuales se fijó el monto de las contribuciones, correspondientes al segundo semestre de 1986, que las entidades vigiladas debían hacer a la Superintendencia Bancaria, para lo cual el análisis que debe hacer la Sala se refiere a establecer si dichos actos fueron expedidos de conformidad con el ordenamiento jurídico superior, vigente al momento de su expedición, sin que le sea posible considerar situaciones originadas en decisiones diferentes (actos, contratos, etc.), no contenidas en los actos demandados, a través de las cuales se fijó la destinación de los recursos así recaudados.

De conformidad con lo anterior, los cuestionamientos propuestos por el apelante al sustentar su recurso, relativos a la indebida destinación de los recursos recaudados por concepto de las contribuciones en cuanto se utilizaron para cubrir gastos de inversión y no de funcionamiento, ya que sirvieron para financiar la construcción de un edificio que sería compartido con otra entidad, mediante la celebración de un contrato que fue cuestionado por la misma Contraloría General de la República y por la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y que el dinero se utilizó para fines diferentes de los previstos en el ordenamiento jurídico no son predicables de una decisión que como la demandada, concreta el ejercicio de una competencia que la ley le

otorga de manera expresa al Superintendente Bancario y que tiene un contenido concreto y específico al fijar el monto de las contribuciones, que por el segundo semestre de 1986 debían hacer las entidades vigiladas, fijando también el milaje aplicable y sin hacer ninguna referencia a la destinación que con posterioridad les darían a los recursos así recaudados, como en sí lo había hecho la Superintendencia en otras oportunidades, como en la Resolución 2647 de mayo de 1986 en la cual fijó el monto de las contribuciones para el primer semestre de 1986 y en su artículo tercero dispuso que "El incremento de la tasa de liquidación de las contribuciones para el presente semestre, obedece a los gastos originados en la adquisición de la nueva sede y la reestructuración administrativa. Se insiste que en los actos que se juzgan no se hace ninguna referencia a la destinación de los recursos en cuestión.

En síntesis, no pueden confundirse los actos demandados, por los cuales se fijó el monto de unas contribuciones, con las decisiones que establecieron la destinación, que una vez recaudados los fondos en ellos originados, debía darles la administración, destinación que por lo demás bien puede estar restringida por la ley y su desviación podía originar consecuencias jurídicas diferentes.

2. Precisado lo anterior, procede la Sala a establecer si las Resoluciones números 6176 de noviembre 27 de 1986 y 396 de febrero 7 de 1991, expedidas por el Superintendente Bancario y aprobadas por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, en cuanto fijaron en la suma de $15.031.609 el monto de la contribución que la Corporación actora debía pagar "por concepto de contribuciones durante el segundo semestre de 1986 para atender los gastos de la Superintendencia Bancaria" se ajustaron a la legalidad o no.

El artículo 23 de la Ley 45 de 1923 sustituido por el artículo 2° de la Ley 57 de 1931 y los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Extraordinario 056 de 1951, invocados por el acto demandado, disponen textualmente:

LEY 45 de 1923

"*Artículo 23. Sust. 2° L. 57 de 1931: El artículo 23 quedará así: Todos los gastos necesarios para el manejo de la Sección Bancaria, inclusive los sueldos del Superintendente, sus Delegados, Amanuenses, Inspectores, Agentes Especiales y otros empleados, y el costo, si lo hubiere, de la constitución de las cauciones del Superintendente y de los Delegados serán pagados de la contribución impuesta con tal fin a los distintos bancos, de acuerdo con las disposiciones contenidas en el artículo siguiente:*

"*En razón de los servicios prestados a los establecimientos bancarios del país por la Sección Bancaria, por medio de revisiones,*

supervigilancia y otros, todos los fondos necesarios para los gastos de dicha sección se obtendrán mediante la contribución que por esta ley se establece y que será exigida por el Superintendente a los establecimientos bancarios del país, con la aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. El monto de la contribución impuesta a los diferentes establecimientos bancarios guardará equitativa proporción con los respectivos activos de éstos" (se subraya).

"..."

DECRETO 056 DE 1991

"Artículo 1°. Las contribuciones que para el sostenimiento de la Superintendencia Bancaria están obligados a hacer los establecimientos bancarios, las compañías de seguros y las demás entidades fiscalizadas por ella deberán ingresar al Presupuesto Nacional, de conformidad con el artículo 2° del Decreto legislativo número 164 de 1950.

"En el Presupuesto de Rentas e Ingresos se incluirá como cálculo de las entradas por este concepto una cantidad igual al monto de las contribuciones impuestas durante el año inmediatamente anterior, y en el Presupuesto de Gastos se apropiará una partida igual para el sostenimiento de la Superintendencia Bancaria en el período respectivo.

Artículo 2°. En los meses de enero y julio de cada año el Superintendente Bancario elaborará el presupuesto de contribuciones y egresos correspondiente al respectivo semestre y lo someterá a la aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En dicho presupuesto figurarán las contribuciones a cargo de los establecimientos bancarios y demás entidades vigiladas y el detalle de los gastos que deban atenderse con el monto de esas contribuciones.

"Artículo 3°. Los fondos que los establecimientos bancarios y demás entidades vigiladas por la Superintendencia deban contribuir para el sostenimiento de ésta serán consignados en el Banco de la República a la orden del Superintendente Bancario, quien los trasladará íntegramente a la Tesorería General de la República para que atienda al pago de los giros que libre el Ministerio de Hacienda para el sostenimiento de la Superintendencia" (se subraya).

De conformidad con las normas transcritas aplicables a los actos demandados proferidos antes de la expedición y vigencia de la Constitución Nacional de 1991, la Superintendencia Bancaria tenía la facultad para establecer las contribuciones que deben hacer las entidades sometidas a su vigilancia y

control, cuyo monto debería guardar proporción con los activos de las mismas y tenía que ser aprobado por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público; los fondos así originados ingresan al Presupuesto Nacional y en el Presupuesto de Rentas e Ingresos se debe incluir, como entrada una cantidad igual al monto de las contribuciones impuestas durante el año inmediatamente anterior y, en el presupuesto de gastos se debe apropiar una partida igual para el sostenimiento de la Superintendencia Bancaria, durante el respectivo período.

Además, según lo dispone el artículo 2 del Decreto 056 de 1951, en enero y julio, la Superintendencia Bancaria debe elaborar un presupuesto de contribuciones y egresos para el respectivo semestre y allí deben figurar las contribuciones a cargo de las entidades vigiladas y el detalle de los gastos que se van a cubrir con esas contribuciones.

Agrega el artículo 3 del mismo Decreto 056 de 1951 que esos fondos deben ser consignados en el Banco de la República a la orden del Superintendente Bancario, quien los trasladará a la Tesorería General de la República para que cubran los pagos de los giros hechos por el Ministerio de Hacienda para el sostenimiento de la Superintendencia.

3. De las prescripciones anteriores se observa que algunas hacen referencia a la decisión misma de fijar el monto de las contribuciones, ellas son la exigencia de que las contribuciones en cuestión deben ser proporcionales a los activos de cada una de las entidades vigiladas y la aprobación por parte del Ministerio de Hacienda, y otras establecen requisitos externos a la fijación del monto de la contribución; entre estos últimos están los relativos a que en el Presupuesto de Rentas e Ingresos se incluya una cantidad igual al monto de las contribuciones impuestas y en el de Gastos se apropie una partida equivalente, para la Superintendencia Bancaria, en el período respectivo. Este requisito equivale al establecido por el Decreto 056 de 1951 en el sentido de que la Superintendencia debe elaborar semestralmente un "Presupuesto de Contribuciones y Egresos" para el correspondiente período y someterlo a la aprobación del Ministerio de Hacienda.

4. Uno de los actos demandados, la Resolución 6176 del 27 de noviembre de 1996 proferida por el Superintendente Bancario, por la cual dicho funcionario fijó la contribución que deben pagar las entidades vigiladas durante el segundo semestre de 1986, para atender los gastos de la Superintendencia Bancaria, dijo textualmente, en su considerando:

> *"Que de conformidad con el artículo 23 de la L ey 45 de 1923 –Sust. 2 L. 57 de 1931– y el artículo 2 del Decreto-ley 56 de 1951, corresponde a esta Superintendencia fijar el monto de las contribuciones que deben*

pagar durante el segundo semestre del presente año las entidades que se encuentran bajo su control y vigilancia".

Y en su parte resolutiva estableció diferentes grupos de entidades vigiladas como bancos, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda, compañías de financiamiento comercial, tarjetas de crédito, bolsas de productos, almacenes generales de depósito, sociedades fiduciarias, fondos ganaderos, compañías de seguros generales de vida, reaseguradoras, capitalizadoras, sociedades corredoras de seguros y fijó las contribuciones a cargo de las entidades vigiladas por el segundo semestre de 1986 en un gran total de $1.595.123.706, asignándole a la Corporación actora la suma de $15.031.609, al aplicarle un coeficiente .1925 por mil.

Y ordenó la consignación de las citadas contribuciones en el Banco de la República, en una cuenta especial a nombre de la Superintendencia Bancaria y la aprobación del Ministro de Hacienda y Crédito Público, la cual aparece luego de las firmas de los funcionarios que profirieron la citada decisión.

De lo hasta aquí expuesto, no encuentra la Sala que el acto demandado hubiera sido expedido con desconocimiento del ordenamiento jurídico vigente como lo alega la parte actora.

En efecto, el Superintendente Bancario tenía la facultad para establecer el monto de esas contribuciones, teniendo en cuenta los activos de las entidades vigiladas como en efecto lo hizo, aspecto este que no se ha cuestionado y sin que se haya desvirtuado en este punto la presunción de legalidad del acto demandado; su decisión fue motivada sumariantemente, en las normas pertinentes, sin que pueda afirmarse que hubo falsa motivación, cuando el acto lo hace de manera simple, remitiéndose a los fundamentos de derecho y concretamente a las normas que regulan las contribuciones a cargo de las entidades vigiladas.

Además de lo anterior y en cuanto a los aspectos que la parte actora considera que fueron omitidos por la Superintendencia en la expedición de los actos demandados y los cuales originan, a su juicio, su nulidad, relacionados con la precisión de un presupuesto de contribuciones y egresos, observa la Sala que la previsión legal, tiene su razón de ser precisamente en la necesidad de que a dichos recursos se les dé le manejo adecuado, de conformidad con los principios fundamentales que rigen la hacienda pública y que ingresen al Presupuesto Nacional, pero no se establece la obligación perentoria para la Superintendencia Bancaria de que dicho presupuesto, como lo alega la parte actora, forme parte del acto administrativo mediante el cual se fijan las contribuciones a cargo de las entidades vigiladas y que si no se incluye se dé la causal de falta de motivación.

Es cierto, que en otras épocas, en las cuales la cosa pública se manejaba con un mayor rigor, la Superintendencia Bancaria precisaba en un mismo acto administrativo el monto de las contribuciones y las partidas correspondientes a gastos, tal como consta en el expediente, entre otras, en la Resolución 0749 del 28 de febrero de 1983 en la cual, en primer término se fijó el presupuestos de gastos de la Superintendencia para el primer semestre de dicho año y luego se precisó el monto de las contribuciones a cargo de las entidades vigiladas, por el mismo semestre (Cuaderno de antecedentes, folio sin numerar).

Para el segundo semestre de 1986 evidentemente la Superintendencia Bancaria no lo hizo así, y en el acto impugnado solamente fijó el monto de las contribuciones, tal como ella misma lo reconoce, y lo explica en el sentido de que el presupuesto de gastos estaba ya incluido en el Presupuesto Nacional, que para ese año fue aprobado por la Ley 111 de 1985, mediante la cual se fijó el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 1986, en el cual aparecía, en el capítulo VI, numeral 35 el rubro de ingresos correspondiente a **"contribución de los bancos y entidades sujetas al control de la Superintendencia Bancaria"** por la suma de $2.413.400.000 y en el presupuesto de gastos se incluye de manera general el rubro correspondiente al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Además, en desarrollo del artículo 59 de la misma Ley 111 de 1986, el Gobierno Nacional procedió a ubicar, clasificar y definir los ingresos y gastos de dicho presupuesto y en el decreto de liquidación del mismo, el Decreto 3743 de 1986, en el Presupuesto de Ingresos Corrientes, Capítulo VI, literal a), numeral 35 se estableció la partida denominada **"Contribución de los bancos y entidades sujetas al control de la Superintendencia Bancaria"** por $2.413.400.000 y en el Presupuesto de Gastos de Funcionamiento, en las apropiaciones correspondientes a la rama ejecutiva al precisar lo relativo al Ministerio de Hacienda y Crédito Público incluye a la Superintendencia Bancaria como organismo adscrito, y en el capítulo 9 identifica las partidas de funcionamiento en sus totales así: $704.000.000, Gastos Personales; $494.000.000 Gastos Generales; y $974.060.000, Transferencias.

Además, mediante la Ley 47 de 1986 y el Decreto 2276 del mismo año, se adicionó el presupuesto de rentas y recursos de capital de la vigencia fiscal de 1986, donde figura la Superintendencia Bancaria en el capítulo 9, con las partidas adicionadas, debidamente discriminadas.

De las citas anteriores, concluye la Sala que la Superintendencia Bancaria, además de que no desconoció el ordenamiento jurídico superior al expedir los

actos demandados, observó el procedimiento previsto en el Decreto Extraordinario 056 de 1951, ya que, luego de precisar el monto de las contribuciones a cargo de las entidades vigiladas, en el presupuesto correspondiente al año 1986 precisó el "detalle de los gastos" correspondiente a la vigencia 1986, el cual fue incluido, como ya se señaló, dentro de la Ley de Presupuesto y Decreto de Liquidación, cumpliéndose así con la exigencia legal de que los fondos recaudados por concepto de contribuciones deben ingresar al Presupuesto Nacional.

Por tanto, a juicio de la Sala, no sólo los actos demandados se ajustaron a la legalidad, en cuanto fijaron el monto de unas contribuciones, de conformidad con las competencias dadas por la ley, sino que también, la Superintendencia Bancaria dio cumplimiento a la exigencia legal de que dichos recursos ingresen al Presupuesto Nacional y de que en éste se incluyan las partidas correspondientes.

Finalmente y en cuanto al argumento expuesto por la actora en relación con que las contribuciones cobradas y no consumidas (excedentes) pierden tal carácter para convertirse en un impuesto, además de que se trata de una cuestión ajena a los actos impugnados en sí mismos considerados, la Sala reitera lo expresado al respecto en la sentencia de junio 19 de 1992, exp. 3817, Consejero Ponente doctor Guillermo Chahín Lizcano.

En tal oportunidad la Sala precisó:

"...

"2.4 Tampoco se estima de recibo el que la existencia de un eventual 'excedente' de los ingresos sobre los gastos pueda considerarse impuesto, pues no es ese hecho el que determina la existencia de ese tipo de imposición sino que es el atinente a su destinación, ya que si es específica, con retribución percibible, se trata de una contribución, pero si no lo es, sino que antecede a una retribución genérica por la prestación en abstracto de servicios estatales, se trata de un impuesto, y siendo la finalidad declarada por la ley la de proveer 'los fondos necesarios para los gastos que ocasione el sostenimiento de la Superintendencia de Sociedades' (artículo 287 del C. de Co.), no nos encontramos ante un nuevo impuesto creado por la resolución impugnada, sino ante una contribución.

"2.5 La eventualidad de que los ingresos excedan a los gastos, es algo que de ninguna manera puede señalar la ilegalidad de la resolución en comento, pues ello se refiere a otro tópico que no está siendo controvertido en el presente proceso, como es el eventual equilibrio que se exigiría a

la Superintendencia entre los gastos y los ingresos, lo cual no puede juzgarse en abstracto, como una posibilidad teórica, sino a la luz de hechos concretos para un período determinado y de las normas correspondientes de las cuales se derivaría tal obligación.

"2.6 El acto acusado, no modifica la finalidad de la contribución, a la luz de la norma que la crea, pues simplemente se limita a determinar el monto con que las sociedades vigiladas deben contribuir al sostenimiento de la Superintendencia, en desarrollo del precepto legal mencionado, sin que indique en su texto, como no debe hacerlo, una finalidad diferente a la legalmente establecida, entendiéndose que es precisamente tal finalidad, aquélla para la cual se destinarán los recursos obtenidos, pero que no es tema de la controversia que nos ocupa, pues ello se juzgaría a la luz de eventuales y concretas destinaciones diferentes a la señalada, lo cual constituye simples especulaciones de la demanda, pero que carece en esta litis de sustento real. Por lo anterior no se puede hablar de la existencia de desviación de poder".

Con fundamento en los anteriores razonamientos la Sala procederá a confirmar la sentencia de primera instancia, no estando llamado a prosperar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

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.

Se reconoce al doctor Roberto Hinestrosa Rey como apoderado de la entidad demandada, en los términos y para los efectos del memorial anexo.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Bernardo Ortiz Amaya* (Conjuez ausente), *Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

PRODUCCION PRIMARIA AGRICOLA - Improcedencia de Industria y Comercio / ACTIVIDAD NO SUJETA / PROHIBICION TRIBUTARIA Y EXENCION TRIBUTARIA - Diferencias / TERMINO PARA EXENCION MUNICIPAL / Impuesto de Industria y Comercio

El artículo 39 de la Ley 14 de 1983, señaló de manera taxativa las prohibiciones a los concejos municipales en relación con el impuesto de industria y comercio, entre ellas las relativas a gravar la producción primaria agrícola. Las prohibiciones son exclusiones efectuadas por el legislador de actividades y sujetos pasivos respecto del impuesto, en virtud de las cuales no se causa el gravamen; a diferencia de las exenciones tributarias que constituyen un beneficio que se concede a quienes son sujetos pasivos del impuesto, donde este se rebaja total o parcialmente. El establecimiento de exenciones, que pueden otorgarse hasta por 10 años y deben obedecer a planes de desarrollo municipal, es de competencia exclusiva del respectivo concejo municipal, en los términos del artículo 38 de la Ley 14 de 1983, en concordancia con los artículos 294 y 313-4 de la Constitución. A diferencia de las exenciones, las prohibiciones no están limitadas en el tiempo y no requieren ser adoptadas mediante acuerdo, pues debe ser aplicado lo dispuesto en la ley, y que deben ser observadas mientras se halle vigente la norma que las estableció.

ACTIVIDAD ECONOMICA - Clasificación

Siguiendo la clasificación general de las actividades económicas en tres grandes sectores (primario, secundario y terciario), se tiene que el primario de la economía incluye entre otras, las siguientes actividades: agricultura, silvicultura, caza y pesca; en atención a ello, se consideran como "producción agropecuaria"

de ese sector, los bienes alimenticios de origen agrícola que no incluyen ninguna transformación posterior. Asimismo, el sector secundario de la economía hace referencia a la industria. Dentro de la industria manufacturera se incluyen bajo la división de actividades 31, que corresponde a "productos alimenticios, bebidas y tabaco", la agrupación codificada con el número 311 "fabricación de productos alimenticios" dentro de la cual se incluye en la codificación industrial por artículos "311 panela". El *Dane* define la industria manufacturera como "... la transformación mecánica o química de sustancias inorgánicas u orgánicas en productos nuevos ya sea que el trabajo se efectúe con máquinas o a mano, en fábricas o en el domicilio, o que los productos se vendan al por mayor o al por menor...".

PRODUCCION PRIMARIA - Actividad no sujeta / ACTIVIDAD INDUSTRIAL - Imposición de gravamen / TRANSFORMACION DE BIEN PRIMARIO - Impuesto de Industria y Comercio

Conforme al artículo 39 de la Ley 14 de 1983, les está prohibido a los municipios imponer gravámenes a la producción primaria, agrícola, ganadera y avícola, así como gravar la primera etapa de transformación realizada en predios rurales cuando se trata de producción agropecuaria, con excepción de las fábricas de productos alimenticios y toda industria en donde haya cualquier tipo de transformación, por mínimo o elemental que este sea. No caben en la noción de transformación, las actividades consistentes en los procesos de selección, limpieza, empaque y conservación, que aun cuando conlleven la utilización de insumos no varíen la naturaleza del producto primario agrícola. Reiteradamente se ha precisado que el proceso productivo primario culmina con la venta del producto y por ello la venta o comercialización de productos en estado natural o primario, sin ningún tipo de transformación, hecha por el productor de los mismos, no puede ser gravada con el impuesto de industria y comercio. No determina la ley la forma en que debe efectuarse la producción primaria como tal, ni impone límites en consideración a la infraestructura o tecnología utilizada; pero previene sí, que cuando se trate de fábricas de productos alimenticios o de una industria donde haya un proceso de transformación del producto primario llevado a cabo, bien sea a través de medios artesanales, rudimentarios o elementales, no se estará

cobijado por la prohibición. Lo anterior, en atención a que de conformidad con la naturaleza del impuesto, la transformación de cualquier clase de materiales o bienes constituye actividad industrial, de acuerdo con lo definido en el artículo 34 de la Ley 14 de 1983.

PROHIBICION TRIBUTARIA - Producción primaria agrícola / LEY DE FOMENTO PANELERO - Alcance

El impuesto de industria y comercio no recae sobre artículos, sino sobre la realización de actividades y que la no sujeción no es en cuanto a las personas, sino en consideración a la actividad, que debe ser agropecuaria, con exclusión expresa de las industrias en las que haya cualquier tipo de transformación. Establecido entonces, que las prohibiciones cubren la producción primaria agrícola, sin proceso de transformación y que no pueden aplicarse a los trapiches paneleros en los cuales hay un proceso de elaboración y procesamiento en el cual las materias primarias se transforman en productos nuevos, es evidente que el acto acusado visto a la luz de las normas reguladoras del impuesto de industria y comercio, a las que se advierte, de manera primordial debía sujetarse, no merece tacha de ilegalidad. De donde se concluye que no era necesaria la expedición de la Ley 40 de 1990, para que el municipio incluyera las actividades que se analizan, como sujetas al impuesto a través del acuerdo demandado, en atención a que dicha ley "por la cual se dictan normas para la protección y desarrollo de la producción de panela y se establece la cuota de fomento panelero", no tuvo incidencia en las normas legales relativas al impuesto de industria y comercio pues además de no hacer referencia alguna sobre ellas, dentro de su objeto no se cuenta el de adicionarlas, modificarlas o derogarlas, por lo que la citada Ley 40 no modificaba la situación legal del impuesto.

PRODUCCION PRIMARIA AGRICOLA - Alcance / FABRICACION DE PANELA / Proceso industrial / ACTIVIDAD INDUSTRIAL - Transformación de producto agrícola

La producción primaria agrícola comprende todos aquellos bienes alimenticios que no incluyen ninguna transformación, dentro de los

cuales naturalmente no puede estar incluida la fabricación de productos alimenticios como la panela, en atención a que tal actividad corresponde al sector secundario de la economía, esto es el industrial, cuya característica principal es la "transformación mecánica o química de sustancias orgánicas o inorgánicas en productos nuevos". Así las cosas la prohibición contenida en la Ley 14 de 1983, está referida a gravar "la producción primaria agrícola", sin proceso de transformación, que en el *sub lite* es la caña de azúcar, cuya venta por el agricultor no está gravada con el impuesto; de manera que la fabricación de panela no es actividad que encaje dentro del concepto de "producción primaria". En efecto, la actividad de procesamiento de la caña de azúcar para la producción de panela constituye un elemental proceso industrial, para transformar la caña de azúcar en productos para consumo humano; pero este proceso no constituye prolongación de la actividad primaria agrícola y en consecuencia, no puede beneficiarse de la prohibición establecida. Se colige entonces que los establecimientos fabriles dedicados a la transformación o elaboración de productos agrícolas son sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintisiete (27) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Referencia: Expediente número 7286

Actor: Federación Nacional de Productores de Panela "Fedepanela" nulidad parcial Acuerdo 40 de 1993 del Concejo Municipal de Palmira.

FALLO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del municipio de Palmira-Valle, contra la sentencia del 26 de mayo de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual decretó la nulidad del parágrafo 1° contenido en el Código 203 del artículo 1° del Acuerdo 040 del 16 de diciembre de 1993, expedido por el Concejo Municipal de esa localidad.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C. C. A., la Federación Nacional de Productores de Panela, "Fedepanela", a través de

apoderado especial, demandó la nulidad del parágrafo 1° del Código 203 del artículo 1° del Acuerdo 040 de 1993, expedido por el Concejo Municipal de Palmira, Valle, mediante el cual se señalan las tarifas, derechos, impuestos y contribuciones municipales para la vigencia fiscal de 1994 y cuyo texto dispone:

"PARAGRAFO 1°. Los establecimientos paneleros que excedan la producción de una (1) tonelada semanal, serán sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio (parágrafo, artículo 3°, Ley 40 de 1990)".

Con cita de los artículos 313-4 de la Constitución, 1°, 2° y 3° de la Ley 40 de 1990 y 39 literal e) de la Ley 14 de 1983, sostuvo la actora, que el acto acusado es ilegal, por cuanto la Ley 40 de 1990 consideró que la producción de panela es una actividad agrícola y por ello, la Ley 14 de 1983 la eximió de pagar impuesto de industria y comercio.

Explicó, que la panela se hace deshidratando los jugos de la caña (guarapo) y que es una actividad primaria que se efectúa en el campo; que dicha actividad, conforme lo ha expresado el Consejo de Estado, sólo culmina cuando se efectúe la venta del producto a terceros, y por tanto la venta de productos en estado natural o primario, así tengan un proceso elemental de conservación no puede ser gravada con el impuesto de industria y comercio.

Agregó, que el acto acusado interpretó erróneamente la Ley 40 de 1990, al considerar que ésta en su artículo 3° elevó a los productores de panela a la categoría de comerciantes, mal llamados así, por cuanto allí mismo se determinó que la producción de panela es una actividad agrícola y que para mantener tal clasificación los establecimientos no deberían tener una capacidad de molienda superior a diez toneladas (de caña) por hora, que en promedio producen una tonelada de panela por hora.

A juicio de la parte, lo único que el legislador hizo en el artículo 3° de la citada Ley 40, fue una clasificación para efectos de registro en las Secretarías de Salud.

Subrayó, que el artículo 313-4 de la Carta, es muy claro con los concejos municipales al ordenarles el respeto a la Constitución y a la ley preexistente, cuando de tributos se trata.

OPOSICION

La apoderada especial del municipio de Palmira, se opuso a la declaratoria de nulidad de la norma acusada. Al efecto, luego de referirse al hecho generador del impuesto de industria y comercio a la luz de la Ley 14 de 1983 y a la prohibición establecida en el artículo 39 Ib., de gravar la primera etapa de transformación realizada en predios rurales, explicó que la misma tiene aplicación a todas las

actividades de producción agropecuaria; pero que a partir de la Ley 40 de 1990, se determinó claramente en qué momento la actividad primaria pasó a ser comercial y es así que para mantener la clasificación de actividad agrícola, los establecimientos paneleros no deben tener capacidad de molienda superior a diez toneladas y que por definir en qué momento la actividad se considera comercial, se permite a los entes territoriales tenerlos como sujetos pasivos, en relación con la capacidad de molienda.

Arguyó, que conforme a los artículos 294 y 362 de la Carta, el impuesto de industria y comercio, por ser un tributo de propiedad de las entidades territoriales goza de protección constitucional y en consecuencia existe la prohibición de conceder exenciones o tratamientos preferenciales en relación con dichos impuestos.

Agregó, que el municipio no violó ninguna de las disposiciones citadas en la demanda y que el Acuerdo se enmarca dentro del ámbito jurídico al acoger la Ley 40 de 1990, como norma especial para la producción de panela, sin desconocer la clasificación de la actividad agrícola, en atención a que la ley define cuándo el establecimiento panelero es de carácter comercial y de acuerdo con la Ley 14 de 1983, es sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio.

SENTENCIA

Luego de reseñar las Leyes 14 de 1983 y 40 de 1990, consideró que esta última es especial y no desconoce "totalmente" la prohibición establecida de gravar la primera etapa de transformación en predios rurales, en el evento de que se trate de producción agropecuaria. Que la ley determina un límite a partir del cual deja de considerarse la actividad panelera como actividad agrícola, el cual está señalado por la capacidad de la molienda y que en consecuencia goza del beneficio consagrado en el artículo 39 de la Ley 14.

Consideró, que se trata de una actividad primaria que conlleva un proceso cuyo resultado es la obtención de la panela y que culmina sólo cuando se realiza la enajenación de los bienes producidos a terceros; y que la panela es un producto agropecuario proveniente de la actividad agrícola, que corresponde dentro de los parámetros concebidos por el literal e) del artículo 39 de la Ley 14 de 1983, a una producción primaria que no es procedente gravar de conformidad con dicho artículo.

Conforme a lo anterior decretó la nulidad de la disposición acusada.

APELACION

Al apelar, la apoderada especial del municipio se mostró inconforme con la decisión del tribunal; defendió nuevamente la legalidad de la disposición acusada, para lo cual reiteró que efectivamente el legislador prohibió gravar

la primera etapa de transformación efectuada en predios rurales cuando se trate de producción agropecuaria.

A juicio de la parte, el fallo de manera exegética se atemperó a lo expresado en el artículo 1° parágrafo 2° de la Ley 40, desconociendo lo previsto en el parágrafo del artículo 3° Ib., que aclara cuándo el establecimiento panelero es de carácter comercial, inaplicando lo previsto en el numeral 2 del artículo 5° de la Ley 57 de 1887, en materia de disposiciones posteriores.

Consideró, que el Tribunal tuvo en cuenta las disposiciones de carácter legal aplicables, Leyes 14 de 1983 y 40 de 1990, pero no las de rango constitucional, como las contenidas en los artículos 287, sobre autonomía municipal, la prohibición hecha en el artículo 294, las previsiones contenidas en los artículos 362 y 338, así como el 4 en materia de supremacía de la Carta.

Explicó que el Concejo Municipal de Palmira tuvo en cuenta que una de las actividades principales es el cultivo de la caña de azúcar, lo que ha generado la ubicación de varios trapiches paneleros en la jurisdicción municipal, que en el caso de no tributar disminuirían las expectativas financieras del municipio, que a raíz del fallo de inexequibilidad del artículo 22 de la Ley 60 de 1993, se ha afectado para atender sus gastos de funcionamiento, por lo que la Gobernación del departamento le recomendó la búsqueda y actualización de tributos que le permitieran fortalecer el fisco municipal.

ALEGATOS DE CONCLUSION

En esta oportunidad procesal, las partes, ni el Ministerio Público, registraron manifestación alguna.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como es ampliamente conocido, el impuesto de industria y comercio es un tributo de carácter municipal, cuyo sujeto pasivo está constituido por las personas naturales, jurídicas, o sociedades de hecho que desarrollen actividades industriales, comerciales o de servicios en las respectivas jurisdicciones municipales, sea que se cumplan en forma permanente u ocasional, con establecimientos de comercio o sin ellos.

La Ley 14 de 1983, cuerpo normativo regulador del tributo que fue incorporada en el Decreto 1333 de 1986, Código de Régimen Municipal, definió las actividades industriales como "las dedicadas a la producción, extracción, fabricación, confección, preparación, transformación, reparación, manufactura y ensamblaje de cualquier clase de materiales o bienes".

Así mismo, consideró actividades comerciales las destinadas al expendio, compraventa o distribución de bienes o mercancías, sea al por mayor o al detal,

incluyendo todas las contempladas en el Código de Comercio, siempre y cuando no estén comprendidas como industriales en el artículo 34 de la Ley 14 de 1983 o como actividades de servicio en el artículo 36 Ib.

El artículo 39 de la Ley 14 de 1983, señaló de manera taxativa, las prohibiciones a los concejos municipales en relación con el impuesto de industria y comercio, entre ellas las relativas a gravar la producción primaria agrícola, así:

"No obstante, lo dispuesto en el artículo anterior, continuarán vigentes:

1° ...

2° Las prohibiciones que consagra la Ley 26 de 1904: además subsisten para los departamentos y municipios las siguientes prohibiciones:

a) La de imponer gravámenes de ninguna clase o denominación a la producción primaria, agrícola, ganadera y avícola, sin que se incluyan en esta prohibición las fábricas de productos alimenticios o toda industria donde haya un proceso de transformación por elemental que ésta sea:

...

e) La de gravar la primera etapa de transformación realizada en predios rurales cuando se trate de actividades de producción agropecuaria, con excepción de toda industria donde haya una transformación por elemental que ésta sea;

...".

Las prohibiciones, son exclusiones efectuadas por el legislador de actividades y sujetos pasivos respecto del impuesto, en virtud de las cuales no se causa el gravamen; a diferencia de las exenciones tributarias que constituyen un beneficio que se concede a quienes son sujetos pasivos del impuesto, donde éste se rebaja total o parcialmente. El establecimiento de exenciones, que pueden otorgarse hasta por 10 años y deben obedecer a planes de desarrollo municipal, es de competencia exclusiva del respectivo Concejo Municipal, en los términos del artículo 38 de la Ley 14 de 1983, en concordancia con los artículos 294 y 313-4 de la Constitución.

A diferencia de las exenciones, las prohibiciones no están limitadas en el tiempo y no requieren ser adoptadas mediante acuerdo, pues debe ser aplicado lo dispuesto en la ley, y deben ser observadas mientras se halle vigente la norma que las estableció.

Conforme al artículo 39 de la Ley 14 de 1983, les está prohibido a los municipios imponer gravámenes a la producción primaria agrícola, ganadera y avícola, así como gravar la primera etapa de transformación realizada en predios rurales cuando se trata de producción agropecuaria, con excepción de las fábricas

de productos alimenticios y toda industria en donde haya cualquier tipo de transformación, por mínimo o elemental que éste sea.

No caben en la noción de transformación, las actividades consistentes en los procesos de selección, limpieza, empaque y conservación, que aun cuando conlleven la utilización de insumos no varíen la naturaleza del producto primario agrícola.

Reiteradamente ha precisado la Sala, que el proceso productivo primario culmina con la venta del producto y por ello la venta o comercialización de productos en estado natural o primario, *sin ningún tipo de transformación*, hecha por el productor de los mismos, no puede ser gravada con el impuesto de industria y comercio.

No determina la ley la forma en que debe efectuarse la producción primaria como tal, ni impone límites en consideración a la infraestructura o tecnología utilizada; pero previene sí, que cuando se trate de fábricas de productos alimenticios o de una industria donde haya un proceso de transformación del producto primario llevado a cabo, bien sea a través de medios artesanales, rudimentarios, o elementales, no se estará cobijado por la prohibición. Lo anterior, en atención a que de conformidad con la naturaleza del impuesto, la transformación de cualquier clase de materiales o bienes constituye actividad industrial, de acuerdo con lo definido en el artículo 34 de la Ley 14 de 1983.

Siguiendo la clasificación general de las actividades económicas en tres grandes sectores (primario, secundario y terciario), se tiene que el primario de la economía incluye entre otras, las siguientes actividades: agricultura, silvicultura, caza y pesca; en atención a ello, se consideran como "producción agropecuaria" de ese sector, los bienes alimenticios de origen agrícola que no incluyen ninguna transformación posterior.

Siguiendo la Clasificación Industrial Internacional Uniforme para todas las actividades económicas, en su segunda revisión, conocida comúnmente como (CIIU) 2, elaborada por las Naciones Unidas y adoptada oficialmente por el *Dane*, "la producción agropecuaria", que se asimila a producción primaria agrícola, en la División de Actividades 11, "agricultura y caza", agrupación 111, "producción agropecuaria", incluye los siguientes grupos como producción agropecuaria (1110):

> "Cultivos de campo, frutas, uvas, nueces, semillas viveros (excepto de especies forestales), hortalizas a granel, flores, tanto al aire libre como en invernadero; plantaciones de té, café, cacao y caucho; cría de ganado, aves de corral, conejos, abejas, animales destinados a la producción de pieles u otros animales; producción de leche, lana, pieles, huevos y miel; y cría de huevos y capullos de gusano de seda. También se incluyen los

establecimientos que se dedican principalmente a la jardinería ornamental, por ejemplo, plantación y mantenimiento de praderas, jardines de flores, árboles de sombra y adorno, etc. Se incluye en este grupo la elaboración de productos agropecuarios en explotaciones agrícolas y plantaciones cuando no puedan declararse por separado la producción y las actividades de elaboración; por ejemplo, uvas, caucho, hojas de té, aceitunas, leche, etc.

Así mismo, el sector secundario de la economía hace referencia a la industria. Dentro de la industria manufacturera se incluyen bajo la división de actividades 31, que corresponde a "productos alimenticios, bebidas y tabaco", la agrupación codificada con el número 311, "fabricación de productos alimenticios" dentro de la cual se incluye en la codificación industrial por artículos, "311 panela". El Dane define la industria manufacturera como "...la transformación mecánica o química de sustancias inorgánicas u orgánicas en productos nuevos, ya sea que el trabajo se efectúe con máquinas o a mano, en fábricas o en el domicilio, o que los productos se vendan al por mayor o al por menor..."

En este orden de ideas, la producción primaria agrícola comprende todos aquellos bienes alimenticios que no incluyen ninguna transformación, dentro de los cuales naturalmente no puede estar incluida la fabricación de productos alimenticios como la panela, en atención a que tal actividad corresponde al sector secundario de la economía, esto es el industrial, cuya característica principal es la "transformación mecánica o química de sustancias orgánicas o inorgánicas en *productos nuevos*".

Así las cosas, la prohibición contenida en la Ley 14 de 1983, está referida a gravar "la producción primaria agrícola", sin proceso de transformación, que en el *sub lite* es la caña de azúcar, cuya venta por el agricultor no está gravada con el impuesto; de manera que la fabricación de panela no es actividad que encaje dentro del concepto de "producción primaria", como equivocadamente lo entendió el Tribunal. En efecto, la actividad de procesamiento de la caña de azúcar para la producción de panela constituye un elemental proceso industrial, para transformar la caña de azúcar en productos para consumo humano; pero este proceso no constituye prolongación de la actividad primaria agrícola y en consecuencia, no puede beneficiarse de la prohibición establecida. Se colige entonces, que los establecimientos fabriles dedicados a la transformación o elaboración de productos agrícolas son sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio.

De otra parte, es preciso aclarar que el impuesto no recae sobre artículos, sino sobre la realización de actividades y que la no sujeción no es en cuanto a las personas, sino en consideración a la actividad, que debe ser agropecuaria, con exclusión expresa de las industrias en las que haya cualquier tipo de transformación.

Establecido entonces, que las prohibiciones cubren la producción primaria agrícola, sin proceso de transformación y que no pueden aplicarse a los trapiches paneleros en los cuales hay un proceso de elaboración y procesamiento en el cual las materias primas se transforman en productos nuevos, es evidente que el acto acusado visto a la luz de las normas reguladoras del impuesto de industria y comercio, a las que se advierte, de manera primordial debía sujetarse, no merece tacha de ilegalidad.

De donde se concluye, que no era necesaria la expedición de la Ley 40 de 1990, para que el municipio incluyera las actividades que se analizan, como sujetas al impuesto a través del acuerdo demandado, en atención a que dicha ley "por la cual se dictan normas para la protección y desarrollo de la producción de panela y se establece la cuota de fomento panelero", no tuvo incidencia en las normas legales relativas al impuesto de industria y comercio, pues además de no hacer referencia alguna sobre ellas, dentro de su objeto no se cuenta el de adicionarlas, modificarlas o derogarlas, por lo que la citada Ley 40 no modificaba la situación legal del impuesto.

En realidad, esta ley y otras de su misma naturaleza, como la 138 de 1994, que establece la cuota para el fomento de la agroindustria de la palma de aceite y crea el Fondo de Fomento Palmero, son cuerpos normativos de intervención en un sector de la economía, que sujetan los procesos productivos a ciertas reglamentaciones de orden legal y técnico y crean "cuotas de fomento", en beneficio de los gremios respectivos, con el fin, entre otros, de desarrollar las investigaciones y tecnología, atinentes a la producción, comercialización y consumo de los productos.

En efecto, sin necesidad de efectuar un análisis profundo del contenido de la Ley 40 de 1990, se observa que en su artículo 1°, reza que "**Para efecto de esta ley**, se reconoce la producción de panela como una actividad agrícola desarrollada en explotaciones que, mediante la utilización de trapiches, tengan como fin principal la siembra de caña con el propósito de producir panela y mieles vírgenes para el consumo humano y subsidiariamente para la fabricación de concentrados o complementos para la alimentación pecuaria" (Destaca la Sala).

Determinó también, que "dentro de este concepto de producción panelera se incluye a: 1°. Quienes estén dedicados a la siembra, cultivo corte y procesamiento de la caña para la producción de panela. 2. Los procesadores o trapicheros, y 3. Las cooperativas campesinas dedicadas a la transformación de la caña panelera". Y que para mantener la clasificación de actividad agrícola, "los establecimientos paneleros no debían tener una capacidad de molienda

superior a las 10 toneladas por hora". Estableció también, la obligación a cargo de los establecimientos *paneleros de carácter comercial*, de someterse a un registro de inscripción ante la seccional de salud correspondiente, propósito para el cual, determinó que "Se entenderá que el establecimiento panelero es de carácter comercial cuando su producción exceda la cantidad de una tonelada semanal".

Previó así mismo, que la producción de panela y mieles vírgenes debía sujetarse a las normas y reglamentos que expidan los Ministerios de Agricultura y Salud Pública. Prohibió "la utilización del azúcar como insumo en la fabricación de la panela", así como de "hidrosulfito de sodio, anilinas, colorantes tóxicos y demás contaminantes y mieles de ingenios que afecten la calidad nutritiva de la panela o pongan en peligro la salud humana", y fijó al efecto, las respectivas sanciones.

Finalmente, se ocupó del establecimiento de la cuota de fomento panelero, su valor, objetivos y lo relativo a la administración del Fondo Nacional de la Panela.

La previsión contenida en el parágrafo del artículo 3° de la Ley 40 de 1990, es la que erróneamente la parte demandada considera, permitió al municipio gravar con el impuesto la actividad productora de la panela "que exceda de una tonelada semanal", apreciación incorrecta, como quiera que en la forma establecida en apartes anteriores en esta providencia, la sujeción al impuesto tiene como fundamento legal la Ley14 de 1983.

Nótese entonces, que válidamente podía el Concejo Municipal de Palmira, incorporar al universo de las actividades gravables a nivel del municipio algunas que si bien ya ostentaban en virtud de la Ley 14 de 1983, tal característica de sujeción, no habían sido incorporadas a la normatividad interna a través del respectivo acuerdo, para lo cual podía adoptar algunos de los parámetros y topes establecidos por la Ley 40 de 1990, en tanto no contrariaran la normatividad especial del impuesto de industria y comercio, ni excedieran las tarifas allí establecidas, esto es, por la Ley 14 de 1983.

Por las anteriores consideraciones, la Sala da prosperidad al recurso de apelación interpuesto por el municipio demandado; en consecuencia, la sentencia del Tribunal que anuló el acto acusado deberá ser revocada y en su lugar, se denegarán las pretensiones de la demanda.

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

FALLA:

1°. REVÓCASE la sentencia apelada.

2°. NIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Julio E. Correa Restrepo*, *Delio Gómez Leyva*, *Consuelo Sarria Olcos*.

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

SERVICIO DE TRANSPORTE DE CARGA - Base gravable en intermediación / BASE GRAVABLE EN INTERMEDIACION - Servicio transporte de carga / DICTAMEN PERICIAL - Ineficacia / IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Del dictamen pericial es claro que la sociedad actora, registró contablemente como propios, la totalidad de los ingresos recibidos por fletes derivados de la prestación del servicio de transporte de carga, pues así se desprende del Libro Mayor y de la declaración de renta de la actora por el año gravable de 1990, razón por la cual no halla respaldo probatorio la aseveración hecha en el sentido de que parte de dichos ingresos fueron percibidos a favor de terceros, máxime cuando ni siquiera indicó los nombres de tales beneficiarios, ni demostró que existieran relaciones contractuales en virtud de las cuales debiera efectuar las mencionadas erogaciones y por el contrario, contablemente las manejó como costos de su actividad, los cuales en materia de industria y comercio no son deducibles. En consecuencia, el dictamen pericial obrante en el juicio, no podrá ser valorado favorablemente pues además de ser vago e impreciso, no demuestra que los ingresos adicionados por la administración hayan sido efectivamente percibidos para otro contribuyente, máxime cuando no indica las cuentas que afectaron tales partidas, sus respectivos soportes externos e internos, las fechas y números de los comprobantes de diario, el valor de las transacciones y en general cuáles fueron los soportes que otorgaron respaldo al experticio, razón por la cual el fallo de *a quo* deberá ser revocado para mantener la actuación administrativa, en atención a que no fue desvirtuada su legalidad.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., noviembre veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Julio E. Correa Restrepo.*

Radicación número 7334.

Referencia: Industria y Comercio. Fallo.

Actora: Transportadora de Empaques Ltda., Transempaques Ltda.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, interpuesto por el apoderado del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, con el fin de que se revoque el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 18 de julio de 1995 que declaró la nulidad de la Liquidación Oficial de Industria y Comercio 4540 del 5 de marzo de 1992 y de las Resoluciones 604 del 6 de julio de 1992 y 49 del 16 de marzo de 1993, que determinaron el impuesto de industria y comercio de la sociedad "Transempaques Ltda.", por el año gravable de 1990.

ANTECEDENTES

En relación con la liquidación privada de industria y comercio presentada por la sociedad TRANSEMPAQUES LTDA., por el año gravable 1990, previo requerimiento de información, la Dirección Distrital de Impuestos de la Secretaría de Hacienda del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, expidió la Liquidación Oficial 4540 de 1992 con el propósito de rechazar la deducción solicitada por concepto de aportes, en cuantía de $9.538.611, adicionar a la base gravable del impuesto de industria y comercio, la suma de $70.610.655 correspondiente a débitos de ventas por descuentos, errores en liquidaciones de fletes y facturas anuladas y de $739.207.941 por considerarla ingresos omitidos no deducibles, razón por la cual también impuso sanción por inexactitud en cuantía de $4.916.136.

El acto liquidatorio fue impugnado en sede gubernativa, mediante los recursos de reposición y apelación. El primero de ellos fue desatado desfavorablemente a través de la Resolución 604 de 1992; luego de practicarse visita tributaria a la sociedad, la Administración Distrital al desatar el recurso de apelación expidió la Resolución 49 de 1993 que revocó parcialmente la Resolución 604 a efectos de admitir la exclusión de ingresos derivados de operaciones en otras ciudades, de disminuir a la suma de $382.569.948 la adición de ingresos presuntamente recibidos para terceros, mantener el rechazo de la deducción por aportes patronales solicitada por $9.538.611 y confirmar la procedencia de la sanción por inexactitud.

DEMANDA

El apoderado del actor citó como quebrantadas, las siguientes normas: artículo 8° de la Ley 153 de 1887; artículo 30 del Código Civil; artículo 984 del Código de Comercio; artículo 26 del Estatuto Tributario (Dcto. 624/89); artículo 17 del Decreto Reglamentario 187 de 1975; ordinal 9° del artículo 95 de la Constitución Nacional de 1991; inciso 2° del artículo 14 del Decreto 1189 de 1988, Principio General de Derecho de Favorabilidad para la Contribuyente en Caso de Duda; ordinal 7° del artículo 1° del Acuerdo 2 de 1987 del Concejo del Distrito Especial de Bogotá y último inciso del artículo 647 del Estatuto Tributario (Dcto. 624/89).

Manifestó que para que el ingreso bruto pueda ser tenido como propio del contribuyente, se requiere que sea potencialmente capaz de producir un incremento neto en su patrimonio susceptible de capitalizarse, razón por la cual no es posible tomar los ingresos para terceros como propios, pues la suma adicionada tenía como destinatarios los dueños de los vehículos, pues la sociedad operó sin vehículos propios, por ser intermediaria en el servicio de transporte de carga en el territorio nacional y en consecuencia debía pagar a los propietarios de los vehículos, los fletes que les correspondían por la prestación del servicio, reservándose una parte por su gestión.

De otra parte señaló que en caso de duda, ésta se debe resolver a favor del contribuyente; que los ciudadanos deben contribuir al financiamiento de los gastos del Estado dentro de los principios de justicia y equidad.

Indicó que el artículo 16 del Acuerdo 21 de 1983, consagró la deducción correspondiente a los aportes patronales, por lo que deberá aceptarse.

Por último calificó de escueta e incompleta la sanción por inexactitud consagrada en el Acuerdo 21 de 1983 –artículo 53–, por lo que solicitó que se levante atendiendo a lo dispuesto en el artículo 647 del E.T., aplicado analógicamente.

OPOSICION

El apoderado del Distrito se opuso a las pretensiones de la demanda, pues entendió que el artículo 18 del Acuerdo 21 de 1983 no puede ser aplicado analógicamente a la actora, a efecto de considerar como elementos de la base gravable únicamente, los ingresos percibidos por concepto de comisiones.

Apoyado en la Ley 14 de 1983, artículo 33 y en el Acuerdo 21 de 1983, artículo 15, dedujo que los pagos que realiza la contribuyente y denomina como ingresos para terceros, no gozan de tratamiento especial.

Igualmente aclaró que las normas nacionales no resultan aplicables al *sub lite,* pues el Distrito tiene sus propias normas locales en desarrollo de la Ley 14 de 1983.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal al decidir el cargo relativo a los ingresos para terceros, transcribió apartes del fallo del 2 de julio de 1993, expediente 4733, del que concluyó que los ingresos para terceros deben ser excluidos de la base gravable del impuesto, pues ante la jurisdicción se llevó a cabo dictamen pericial en el cual se estableció que la actora no poseía vehículos propios y la actividad que desarrolló fue meramente de intermediación, de la que derivó ingresos propios en cuantía de $304.157.483 y para terceros en cuantía de $382.569.948, por lo que levantó la adición de ingresos efectuada por la Administración.

En relación con la deducción de aportes patronales acogió lo expresado en la actuación administrativa, en el sentido de que los aportes son deducibles para quien los recibe, pero no para quien constituye un gasto, por lo que respaldó la actuación en este aspecto y por el mismo mantuvo la sanción por inexactitud correspondiente.

APELACION

Interpuso el recurso el apoderado del Distrito, en él argumentó que según el artículo 1° del Acuerdo 2 de 1987, que consagra las posibles deducciones, los ingresos para terceros no ostentan tal calidad, por lo que debía declararlos bajo el código 301; a su juicio, a pesar de que la actividad no se ejercita directamente, sí se ejercita de manera indirecta a través del afiliado, quien con la empresa es responsable solidariamente de las obligaciones surgidas del contrato de transporte.

ALEGATOS DE CONCLUSION

En esta oportunidad registró actuación el apelante, quien insistió en que para efectos de este tributo, el transportador puede ejercer la actividad directa o indirectamente, pero las deducciones sólo son las previstas en el artículo 1° del Acuerdo 2 de 1987.

Anotó que para el usuario es indiferente quién es el propietario del vehículo, pues contrata con la empresa.

MINISTERIO PUBLICO

Solicitó que se revoque el fallo apelado, pues en su sentir los ingresos para terceros son derivados del ejercicio indirecto de la actividad, por lo que forman parte de la base gravable.

Calificó de vago e impreciso el dictamen por lo que consideró que no debe ser estimado.

Por último adujo que consecuencialmente se debe mantener la sanción por inexactitud.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En esta instancia la inconformidad está dada porque a juicio del apoderado del Distrito Capital, los ingresos para terceros obtenidos en la actividad de transporte, forman parte de la base gravable del impuesto de industria y comercio, pues no están contemplados como deducción en el artículo 1° del Acuerdo 2 de 1987.

Sobre este aspecto la posición de esta corporación ha sido reiterativa en considerar que este tributo se halla circunscrito a los ingresos brutos propios del sujeto pasivo, pues frente a los ingresos de terceros, son éstos quienes deben asumir la carga tributaria generada por su actividad; igualmente ha precisado que si el transporte de carga, se presta bajo la modalidad de intermediación, la base gravable del tributo no puede ser cuantificada sino con los ingresos propios.

En este orden de ideas, para darle aplicación al criterio anotado, es preciso determinar si efectivamente los ingresos adicionados fueron percibidos a nombre de otro contribuyente.

En efecto, dentro del expediente a folios 33 y siguientes del cuaderno de antecedentes, obra el dictamen pericial practicado en primera instancia, que le sirvió de fundamento al *a quo,* en el cual se efectuó un análisis a la contabilidad de la sociedad del que se determinó que ésta para el año 1989 no poseía vehículos propios, y que en 1990 adquirió a mediados del año, cuatro vehículos, por lo que ejerció su actividad a través de vehículos de propiedad de terceros, con quienes no existían vínculos laborales; indicó que las facturas, soportes de la contabilidad, incluyen el valor del flete contratado con el transportador particular y el valor de intermediación de TRANSEMPAQUES LTDA., que constituye el ingreso de la sociedad.

Sin embargo, el mismo experticio anexa fotocopias tomadas del "Libro Mayor consolidado del mes de cierre de 1990", agencia Bogotá, donde se aprecia que la sociedad registró como ingresos, la totalidad de la suma percibida por fletes pagados, ventas de contado y fletes contra entrega; así mismo se observa que registró como costos, los fletes pagados compuestos por "fletes troncales", "reparto local", "cargues y descargues", "fletes aéreos", de forma tal que del total de ingresos –compuesto por ingresos por fletes en cuantía de $681.140.703 y por ingresos distintos de fletes, en cuantía de $5.586.727– dedujo como costos la suma de $382.569.948, correspondiente a "costos de fletes pagados".

Igualmente se advierte que a folio 151 del cuaderno principal, obra copia de la declaración de renta de la sociedad correspondiente al año gravable 1990, según la cual el total de ingresos netos de la actora ascendió a $2.238.947.000, y sus costos y deducciones, compuestos por salarios, prestaciones y otros pagos laborales en cuantía de $632.297.000, intereses y gastos financieros por $8.188.000, comisiones, honorarios y servicios en la suma de $1.245.980.000, depreciaciones por $11.922.000 y otros costos y deducciones en cuantía de $292.447.000, ascendieron a $2.190.762.000.

De todo lo anterior, para la Sala es claro que la sociedad actora en este juicio, registró contablemente como propios, la totalidad de los ingresos recibidos por fletes derivados de la prestación del servicio de transporte de carga, pues así se desprende del Libro Mayor y de la declaración de renta de la actora por el año gravable 1990, razón por la cual no halla respaldo probatorio la aseveración hecha en el sentido de que parte de dichos ingresos fueron percibidos a favor de terceros, máxime cuando ni siquiera indició los nombres de tales beneficiarios, ni demostró que existieran relaciones contractuales en virtud de las cuales debiera efectuar las mencionadas erogaciones y por el contrario, contablemente las manejó como costos de su actividad, los cuales en materia de industria y comercio no son deducibles.

En consecuencia, para la Sala el dictamen pericial obrante en el juicio, no podrá ser valorado favorablemente, pues además de ser vago e impreciso, no demuestra que los ingresos adicionados por la Administración haya sido efectivamente percibidos para otro contribuyente, máxime cuando no indica las cuentas que afectaron tales partidas, sus respectivos soportes externos e internos, las fechas y números de los comprobantes de diario, el valor de las transacciones y en general cuáles fueron los soportes que otorgaron respaldo al experticio, razón por la cual el fallo del *a quo* deberá ser revocado para mantener la actuación administrativa, en atención a que no fue desvirtuada su legalidad.

En este sentido también se pronunció la Sala en fallo del 21 de abril de 1995, expediente 6001, C.P.: Doctor Jaime Abella Zárate, así:

> "Analizado pormenorizadamente el acervo probatorio recogido en el *sub lite,* observa la Sala que la actora no demostró las relaciones contractuales que dice mantener con los terceros para quienes sostiene que percibió los ingresos discutidos, tampoco fueron establecidas, ni de manera indiciaria, las relaciones de intermediación de la sociedad con los usuarios del servicio de transporte de carga a los cuales se les presentaba factura común y corriente por el 100% por UNICARGA S.A., ni la vinculación jurídica con los propietarios de los vehículos (no se presentó ningún contrato con éstos) y menos aun el valor de las operaciones en desarrollo

de las cuales la actora sirvió de intermediaria y el monto y concepto de la remuneración obtenida, aspectos éstos de vital importancia para poder aceptar como real la situación jurídica y de hecho planteada por la sociedad para detraer de su facturación el supuesto valor de participación a favor de terceros.

La actora denunció en el Distrito Capital como ingresos lo que consideró era el valor de la comisión que le correspondía, "por el suministro de la carga mediante el pago del flete correspondiente", aspecto sobre el cual no existe claridad alguna ni parámetro que permita su cuantificación, como sería por ejemplo lo estipulado en las cláusulas de los respectivos contratos de agencia o transporte u otros elementos que demuestren el encargo y permitan establecer el monto de la retribución para la empresa, situación que se corrobora con lo consignado en el Acta de Visita (fl. 134), en la cual se anota que la empresa factura el ciento por ciento del valor del servicio al usuario y que el ingreso lo distribuye "una parte por servicio de venta; para Unicarga no hay porcentajes establecidos de ingreso...". Esto es, que no existe prueba ni indicio alguno que permita dilucidar cómo estableció la actora los porcentajes de "comisión por fletes".

...".

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. REVÓCASE la sentencia apelada.

2. En su lugar, DENIÉGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Julio E. Correa Restrepo, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

INTERMEDIACION EN SERVICIO DE TRANSPORTE DE CARGA-Base gravable en intermediación / CERTIFICADO DE CONTADOR-Ineficacia / IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO

No deben formar parte de la base gravable del impuesto de industria y comercio, toda vez que la misma se halla conformada por el total de ingresos brutos propios originados en las actividades gravadas desarrolladas por personas naturales, jurídicas o sociedades de hecho, sujetos pasivos del tributo, de suerte que los ingresos obtenidos a nombre de otros contribuyentes deberán ser gravados en cabeza de éstos, pues quien los percibe en primer término, deberá tributar respecto de las comisiones o remuneraciones devengadas en su condición de intermediario. Visto el acervo probatorio que obra en el juicio, no fueron determinadas las relaciones contractuales en virtud de las cuales, según afirmación de la sociedad, los ingresos adicionados en los actos acusados, a su base gravable del impuesto de industria y comercio, eran percibidos para un tercero, ya que ni de manera indiciaria las relaciones de intermediación de la sociedad con los usuarios del servicio de transporte de carga, ni la vinculación jurídica con los propietarios de los vehículos, ni el valor de las operaciones en las que la actora actuó como intermediaria y el monto de la remuneración obtenida, hallaron respaldo probatorio en él para poder admitir como verídica la situación de hecho aducida, que le habría dado el derecho de disminuir el monto de su ingreso, en el valor de participación a favor de terceros.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., noviembre veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Julio E. Correa Restrepo.*

Radicación número 7338.

Referencia: Industria y Comercio - Bogotá. Fallo.

Actor: Transportes Rodríguez-Gonzalo Rodríguez y Cía. S. en C. S.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado especial del Distrito Capital Santa Fe de Bogotá, contra el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 18 de julio de 1995, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho, favorable a las súplicas de la demanda que impugnaban la legalidad de la Liquidación Oficial 4274 del 15 de enero de 1992 y de la Resolución 645 del 21 de julio de 1992, ambas expedidas por la Dirección Distrital de Impuestos y de la Resolución 88 expedida el 11 de mayo de 1993, por la Junta Distrital de Hacienda de Bogotá, mediante las cuales se determinó el impuesto de industria y comercio y avisos a cargo de la sociedad TRANSPORTES RODRIGUEZ-GONZALO RODRIGUEZ Y CIA. S. EN C.S., por el año gravable de 1989, vigencia fiscal 1990.

ANTECEDENTES

En relación con la declaración privada de industria y comercio año gravable 1989 presentada por la sociedad actora, la Dirección Distrital de Impuestos la requirió el 19 de julio de 1991, a fin de que acreditara con sus libros de contabilidad y soportes correspondientes, el monto total de sus ingresos brutos, ventas fuera de Bogotá por valor de $59.625.396 y la actividad desarrollada, así como su representación legal. Posteriormente, el 21 de agosto de 1991 le practicó inspección, de cuyo resultado estimó procedente adicionar los ingresos declarados en cuantía de $15.669.255.

El 28 de noviembre de 1991, se practica nuevamente una inspección a la sociedad, de la que la Administración establece como base gravable anual la suma de $943.528.460.

Como consecuencia de los resultados obtenidos, la Dirección Distrital de Impuestos notificó el 15 de enero de 1992, a la sociedad actora, la Liquidación Oficial 4274 y en la que le determinó como mayor impuesto a pagar, la suma de $3.201.600 y por sanción por inexactitud, la suma de $5.520.996, como consecuencia de haberle adicionado ingresos en cuantía de $928.000.357, la cual fuè confirmada a través de la Resolución 645 del 21 de julio de 1992, que resolvió el recurso de reposición, a su vez modificada mediante la Resolución 088 del 11 de mayo de 1993, que al desatar el recurso de apelación, determinó como base gravable anual del impuesto, la suma de $191.700.233.

DEMANDA

El apoderado de la sociedad actora citó como infringidas las siguientes normas: artículo 15 del Decreto 2053 de 1974; artículos 32 y 33 de la Ley 14 de 1983; artículos 1°, 10, 15, 18, 53, 64, 73 y 74 del Acuerdo 21 de 1983; artículo 683 del Estatuto Tributario; artículo 29 de la Constitución Política; artículo 9° de la Ley 145 de 1960; artículos 824, 984 del Código de Comercio y artículos 174, 175 y 187 del Código de Procedimiento Civil.

En primer lugar, anotó que la sociedad actora en este juicio fue constituida para operar como empresa de servicio público de transporte automotor de carga terrestre, actividad que según la regulación del Código de Comercio –Título IV Capítulos I y II– puede prestarse con equipo automotor de propiedad de la empresa, o vinculado a ella por cualquier forma contractual, esto es, con vehículos propios, afiliados o de terceros.

Explicó que a través de la afiliación, un tercero propietario del vehículo, se compromete sin exclusividad a transportar carga permanentemente a cambio del pago del flete, en tanto que la prestación del servicio con vehículo de un tercero, se efectúa mediante encargo.

Indicó que en 1989 la sociedad prestó a través de su oficina de Bogotá, parte de sus servicios de carga, en vehículos de terceros, por lo que contablemente registró los pagos recibidos por concepto de fletes, como ingresos propios, sólo en la parte de prestación del servicio que le correspondía, y como ingresos para terceros la parte que le correspondía al dueño del vehículo que transportó la carga, partida ésta que fue adicionada a la base gravable por la Administración Tributaria, al considerarla en primer término como "costos no deducibles" y posteriormente como "ingresos para terceros obtenidos en Bogotá", en cuantía de $174.662.666 que debían adicionarse por estimarse como propios de la sociedad.

Criticó la actuación administrativa en cuanto sostuvo que no existe en la legislación la clase de deducciones, ni sujeciones o exenciones solicitadas por la sociedad, toda vez que ésta no solicitó tales conceptos para disminuir sus ingresos, pues los mismos no fueron tratados como ingresos de la sociedad, sino como cuentas por pagar a terceros, tal como correspondía, ya que hasta las normas de retención en la fuente en esa materia establecen la transferencia del componente de la retención aplicable al ingreso propio del dueño del vehículo, que debe efectuar la empresa de transporte.

Estimó que la actuación acusada no tiene respaldo probatorio, como quiera que la sociedad demostró que los ingresos adicionados no le pertenecían, tanto con los documentos contables, como con sus libros y el haberlos desconocido

además de resultar violatorio de los artículos 41, 73 y 74 del Acuerdo 21 de 1983, se reflejó en un nuevo estado de resultados, por demás equivocado.

OPOSICION

El apoderado del Distrito sostuvo que la actuación administrativa es correcta, pues del objeto social de la compañía se desprende que la responsabilidad recae sobre ella, independientemente de que para desarrollarlo emplee vehículos propios, afiliados o de particulares.

Aclaró que lo que la sociedad cataloga como ingresos para terceros, son los gastos operacionales en que incurrió en desarrollo de su objeto social y que necesariamente deben conformar la base gravable, pues de conformidad con el Acuerdo 21 de 1983 y la Ley 14 de 1983 no son deducibles; fundamentado en estas mismas disposiciones indicó que la base gravable para los contribuyentes con actividad como la de la actora, incluye los pagos que la sociedad denominó ingresos para terceros, pues éstos no gozan de tratamiento preferencial.

Por último, solicitó mantener también la sanción por inexactitud como consecuencia de que la base gravable declarada, dio lugar a un menor impuesto.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal accedió a las súplicas de la demanda apoyado en el fallo proferido por el Consejo de Estado el 2 de julio de 1993, expediente 4733, pues concluyó que la base gravable del impuesto sólo está constituida por los ingresos propios, por lo que deben excluirse los percibidos para terceros; en consecuencia, como la suma de $174.662.666 corresponde a fletes por pagos a terceros, según la contabilidad de la actora y como este tipo de empresas, según el artículo 984 del Código de Comercio, pueden encargar la conducción de la carga a un tercero bajo su responsabilidad, los ingresos que reciban por tales conceptos son de terceros, como en el *sub lite,* razón por la cual levantó la adición de ingresos en la cuantía anotada, así como la sanción por inexactitud.

APELACION

El apoderado especial del Distrito, centró su inconformidad en que para efectos de este tributo, si bien la actividad del transportador puede ejercerse directa o indirectamente, las deducciones a los ingresos sólo pueden ser las previstas en el artículo 1° del Acuerdo 2 de 1987 y como tal norma no contempla los ingresos para terceros, éstos deben registrarse como ingresos brutos.

A juicio de la parte, el certificado del Revisor Fiscal debe ser desestimado en atención a que no discrimina los ingresos de cada transportador, no indica

los folios de los asientos contables, como tampoco los soportes internos y externos que respaldan tales registros.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La parte actora solicitó que se confirme la sentencia apelada, pues el sustento de ésta es un fallo del Consejo de Estado cuya tesis no ha sido modificada por la Corporación.

A su vez, el apoderado de la demandada solicitó que se desestimen las súplicas de la demanda, pues los ingresos para terceros no son deducibles, según el artículo 16 del Acuerdo 21 de 1983.

MINISTERIO PUBLICO

Representado por el Procurador Octavo Delegado (E.)., conceptuó que el fallo debe ser revocado, pues según los artículos 195 y 196 del Decreto 1333 de 1986, el sujeto pasivo del tributo es la persona natural o jurídica que ejerza cualquiera de las actividades directa o indirectamente, por lo que debe entenderse también, el adelantarlas por intermedio de otras personas.

Anotó que la actora no demostró que la suma de $174.662.066, fue originada con la prestación del servicio a clientes de los propietarios de los vehículos, a nombre de tales propietarios.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La controversia planteada en esta instancia, está dada por la inconformidad del apoderado del Distrito Capital con el fallo de primera instancia, que anuló la actuación oficial a través de la cual a la sociedad actora le fueron adicionados a su base gravable del impuesto de industria y comercio año gravable 1989, ingresos que según la actora, fueron registrados contablemente como de terceros, en cuantía de $174.662.666 y se le impuso sanción por inexactitud.

Anota la Sala que tal como lo sostiene el apoderado de la sociedad, la sentencia recurrida tuvo como fundamento el fallo proferido por esta Corporación el 2 de julio de 1993, juicio 4733, C.P. doctor Guillermo Chahín Lizcano, cuyo criterio también se reitera en esta providencia, en el sentido de que los ingresos percibidos para terceros, no deben formar parte de la base gravable del impuesto de industria y comercio, toda vez que la misma se halla conformada por el total de ingresos brutos propios originados en las actividades gravadas desarrolladas por personas naturales, jurídicas o sociedades de hecho, sujetos pasivos del tributo, de suerte que los ingresos obtenidos a nombre de otros contribuyentes deberán ser gravados en cabeza de éstos, pues quien los

percibe en primer término, deberá tributar respecto de las comisiones o remuneraciones devengadas en su condición de intermediario.

La aplicación de este criterio, requiere entonces de la demostración de los hechos que lo sustentan, de acuerdo con el principio según el cual le incumbe probar a quien afirma; de manera que quien arguye que los ingresos percibidos, lo fueron a nombre de un tercero, debe demostrarlo, pues no es posible acceder a las pretensiones de una demanda en la que no se prueban las premisas o fundamentos fácticos de la misma.

En este orden de ideas, advierte la Sala que visto el acervo probatorio que obra en el juicio, no fueron demostradas las relaciones contractuales en virtud de las cuales, según afirmación de la sociedad, los ingresos adicionados en los actos oficiales acusados, a su base gravable del impuesto de industria y comercio, eran percibidos para un tercero, ya que ni de manera indiciaria las relaciones de intermediación de la sociedad con los usuarios del servicio de transporte de carga, ni la vinculación jurídica con los propietarios de los vehículos, ni el valor de las operaciones en las que la actora actuó como intermediaria y el monto de la remuneración obtenida, hallaron respaldo probatorio en él para poder admitir como verídica la situación de hecho aducida, que le habría dado el derecho de disminuir el monto de sus ingresos, en el valor de participación a favor de terceros.

A folios 89 y siguientes del expediente obra certificación suscrita por Jaime Pedraza Cortés, Contador Público con matrícula 2075-A, según la cual el valor de los ingresos recibidos para terceros en Bogotá asciende a $174.662.666 y el valor de las comisiones de la oficina de Bogotá, es de $15.528.109; sin embargo, tal certificación a juicio de la Sala no podrá ser estimada, pues no reúne los requisitos exigidos para ello, como quiera que en ella no se indican las cuentas que afectan tales partidas, sus correspondientes soportes internos y externos, los números y fechas de los comprobantes de diario, el valor de las transacciones, que le otorguen un respaldo real a la atestación hecha por el Contador Público para que lleve al convencimiento respecto de los hechos que pretende demostrar.

Respecto de la sanción por inexactitud, estima la Sala que debe mantenerse, pues según lo previsto en el artículo 53 del Acuerdo 21 de 1983, habrá lugar a su imposición cuando las bases gravables declaradas contengan datos incompletos o incorrectos que deriven en un menor impuesto al que debe pagarse, por lo que en el *sub examine* era procedente su imposición.

Por las anteriores razones, la Sala procederá a revocar el fallo apelado, toda vez que como ya se expresó, la actora no comprobó que la partida adicionada hubiese sido percibida a nombre de otros contribuyentes, razón por

la cual se denegarán las súplicas de la demanda, pues los supuestos fácticos que le darían lugar al derecho reclamado, no tuvieron respaldo probatorio alguno.

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. REVÓCASE la sentencia apelada.

2. En su lugar, DENIÉGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Julio E. Correa Restrepo, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

FACULTADES EXTRAORDINARIAS PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Restricción / CONGRESO DE LA REPUBLICA - Función Legislativa / MERCADO PUBLICO DE VALORES - Estatuto Orgánico / CODIGO - Expedición

Tanto el Decreto 653 de 1993 en su totalidad como la facultad otorgada por el artículo 36 inciso 3° de la Ley 35 de 1993, fueron objeto de declaración de inexequibilidad por parte de la Corte Constitucional, declaración de inexequibilidad que tal como se expresa en la sentencia, tuvo como fundamento el hecho de que en vigencia de la Constitución Nacional de 1991, en virtud de lo dispuesto por el artículo 150 numeral 10 inciso 3°, se excluyó toda posibilidad de que el Congreso de la República pueda desprenderse de su función legislativa para conferir facultades extraordinarias que tengan por objeto expedir códigos. Y que, era indudable que el artículo 36 inciso 3° de la Ley 35 de 1993, al conceder al Gobierno la facultad de compilar en un solo estatuto las normas legales vigentes sobre la materia concerniente al Mercado Público de Valores, no se limitó a la función de compilar, sino que otorgó realmente una facultad para expedir códigos, pues comprendía la expedición de un nuevo texto jurídico, reordenando todo el sistema normativo correspondiente, con atribuciones suficientes para eliminar normas repetidas o superfluas, así como, para adoptar un procedimiento administrativo especial aplicable a la Superintendencia de Valores.

LEY MARCO - Características / LEY MARCO - Iniciativa / LEY MARCO - Contenido

Ha destacado la Corte Constitucional desde su sentencia C-465 del 18 de junio de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón) que el tipo de leyes consagrado en el artículo 150 numeral 18 de la Carta Política corresponde al concepto más amplio de "leyes marco", cuyos rasgos distintivos son específicamente: 1. El legislador debe circunscribir

su actuación a fijar la política, los criterios y los principios que guiarán la acción del ejecutivo y desarrollar la materia que constituye su objeto. 2. Estas leyes limitan la función legislativa del Congreso en cuanto que dicho poder se contrae a trazar las normas globales a que debe ceñirse el ejecutivo en la adopción de regulaciones y medidas en los cargos específicos de la actividad estatal que constitucionalmente se reservan a esta clase de estatutos, normativos; de ahí que su materia escape a la regulación de la ley ordinaria. 3. Para expedirlas o modificarlas se requiere iniciativa gubernamental, si bien el legislativo decide automáticamente sobre su contenido. 4. En virtud de esta clase de leyes, se deja al Congreso el señalamiento de la política general y al ejecutivo su regulación y aplicación concreta. 5. Revisadas las materias que la reforma de 1968 reservó a este tipo de leyes, como rasgo común todas ellas se refieren a cuestiones técnico-administrativas de difícil a fenómenos económicos que por su condición esencialmente contable, exigen una regulación flexible o dúctil que permita responder a circunstancias cambiantes.

ACTIVIDAD FINANCIERA - Regulación / ACTIVIDAD BURSATIL-Regulación / INTERVENCION DEL ESTADO - Actividad financiera y bursátil / SUPERINTENDENCIA - Finalidad / ENTIDAD DE VIGILANCIA ESTATAL - Superintendencias / SUPERINTENDENCIAS - Objeto

Las políticas que orienta el Estado en materias como la regulación de la actividad financiera, bursátil y aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, que son las aludidas en la demanda, sean trazadas con arreglo a criterios estables y definidos, según estatutos generales promulgados por el legislador, sin que por ello pierdan la indispensable flexibilidad que consulte las mutaciones propiciadas por los mismos fenómenos, objeto de regulación. Claro está, la actividad del Estado en esas materias no se agota en la definición de políticas, en la expedición de las leyes marco, ni en la de decretos reglamentarios que vayan adaptando la normatividad a las nuevas circunstancias, sino que necesita desarrollarse en concreto, bien mediante normas generales que, en virtud de una competencia residual, expidan entes administrativos como las superintendencias en lo no establecido por la normatividad jerárquicamente superior, ya por las actividades de control, inspección y vigilancia a cargo de tales organismos especializados,

todo con el objeto de que el Estado pueda cumplir el objetivo general señalado en el artículo 335 de la Constitución, a cuyo tenor las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación -que son las mismas previstas en el literal d) del numeral 19 del artículo 150 C.P.- son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley.

ACTIVIDAD ECONOMICA E INICIATIVA PRIVADA - Límites / ENTIDAD DE INTERVENCION ESTATAL / ENTIDAD DE VIGILANCIA ESTATAL - Superintendencias / SUPERINTENDENCIAS - Objeto

El artículo 333 de la Constitución ha señalado que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, pero dentro de los límites del bien común, y ha establecido que la empresa, como base de desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. La misma norma estipula que el Estado impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su oposición dominante en el mercado nacional. El conocimiento concreto de las situaciones que puedan conspirar contra tan claros fines constitucionales y la adopción de las medidas y correctivos permanentes no pueden estar confiados de manera exclusiva y excluyente a la normatividad genérica incluida en las leyes marco y ni siquiera a la regulación más específica de los decretos gubernamentales que las desarrollan y adaptan. En síntesis, de la existencia de organismos y mecanismos aptos para que la intervención, inspección y vigilancia estatales que planifiquen y desarrollen la función pública en pro de los objetivos sociales del Estado, depende la prevalencia del interés general sobre los individuales (art. 1º C.P.) y la realización del precepto constitucional que, al lado de la iniciativa privada y la libertad de empresa, señala en cabeza de ésta, considerada base del desarrollo, una función social que implica obligaciones (art. 333 C.P.). Ahora bien la C.P. no establece incompatibilidad alguna entre la existencia de las leyes marco -en materias tales como el crédito público, el comercio exterior, los cambios internacionales, el régimen aduanero o las actividades financieras, bursátil y aseguradora- y la desconcentración de funciones presidenciales mediante la creación de organismos como las

superintendencias o el establecimiento de funciones autónomas en cabeza de entidades de naturaleza única, como el Banco de la República.

LEY MARCO EN ACTIVIDAD BURSATIL / INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA - Actividad bursátil / SUPERINTENDENCIA DE VALORES - Intervención en actividad bursátil

Bien sabido es que el numeral 19 literal d) del artículo 150 de la Constitución Política, vino a reemplazar el mecanismo de intervención que la antigua Constitución atribuía de manera directa y exclusiva al Presidente de la República en el numeral 14 del artículo 120. Sabido es también que la regulación de una actividad económica determinada es la forma primaria y, en nuestro medio, mayormente utilizada para realizar la intervención del Estado en la economía. Así mismo de conformidad con el artículo 335 de la Constitución Política resulta evidente que la intervención (incluida la que se realiza bajo la forma de regulación) debe cumplirse conforme a la ley, que no es otra que la ley marco a que se refiere el artículo 150 numeral 19 literal d). Así las cosas, en el caso que se analiza, es también claro que, expedida por el Congreso la Ley 35 de 1993 a efectos de desarrollar el mandato contenido en la citada disposición constitucional, y habiéndose determinado en ella que en materia bursátil la intervención se realizaría por el Gobierno Nacional por conducto de la Sala General de la Superintendencia de Valores, no queda duda de que el legislador hizo uso de la facultad constitucional de señalar en la referida ley marco los objetivos y criterios a los cuales debía sujetarse el Gobierno para efectos de regular la actividad bursátil determinando la forma como el Gobierno la realizaría, se repite, por conducto de la referida Sala General de la Superintendencia de Valores.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Guillermo Chahín Lizcano.*

Radicación número 7028.

Referencia: Acción pública de nulidad contra los artículos 91, 92, 127 y 129 de las Resoluciones 1242 del 5 de octubre de 1993 y toda la Resolución 400 de 1995, excepto el Título III, expedidas por la Sala General de la Superintendencia de Valores. Fallo.

Actor: Ignacio Castilla Castilla.

El ciudadano Ignacio Castilla Castilla en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo demandó inicialmente la nulidad de los artículos 91, 92, 127 y 129 de la Resolución 1242 de 1993.

Con posterioridad el 20 de junio de 1995, el actor, adicionó la demanda con el objeto de extender la petición de nulidad a la totalidad de la Resolución 400 del 22 de mayo de 1995, expedida por la Sala General de la Superintendencia de Valores, salvo el Título III, que produjo los artículos demandados en los artículos 1.2.4.47, 1.2.4.48, 1.2.4.3 y 1.2.5.5 mediante los cuales se fijaron los requisitos para adelantar la oferta pública de papeles comerciales, compraventa de acciones de sociedades inscritas en bolsa y se ordenó a las sociedades emisoras de las mismas abstenerse de inscribir en el libro de registro de accionistas los traspasos hechos sin los requisitos señalados.

LOS ACTOS ACUSADOS

Se trata, en primer lugar como antes se anotó, de los artículos 91, 92, 127 y 129 de la Resolución 1242 de 1993, expedida por la Sala General de la Superintendencia de Valores que en su orden disponen:

"*Artículo 91. Condiciones para adelantar la oferta pública.* Para adelantar la oferta pública de papeles comerciales, deberán observarse las siguientes reglas:

"1. El monto de la emisión de papeles comerciales objeto de oferta pública no debe ser inferior a trescientos millones de pesos ($300.000.000);

"2. Los recursos obtenidos a través de la colocación de papeles comerciales no podrán destinarse a la realización de actividades propias de los establecimientos de crédito ni a la adquisición de acciones o bonos convertibles en acciones;

"3. El monto de la emisión, sumada a otras emisiones de papeles comerciales en circulación que haya realizado la sociedad, no podrá exceder en ningún momento la suma del capital pagado, superávit de capital por prima en colocación de acciones y reservas de la sociedad emisora, menos el valor de las pérdidas registradas por la sociedad.

"No obstante cuando se trate de títulos avalados totalmente por uno o más establecimientos de crédito, respaldados por una compañía de seguros o calificados por una sociedad calificadora de valores colombiana o extranjera de reconocida trayectoria internacional a juicio de la Superintendencia de Valores, podrá excederse el monto establecido en el inciso anterior.

"Para efectos de determinar el valor máximo de la emisión permitida en papeles comerciales, se tomarán como base los estados financieros más recientes que se incluyan en el prospecto de colocación.

"4. Además de los requisitos exigidos por el numeral anterior cuando los papeles comerciales no se encuentren totalmente avalados por uno o varios establecimientos de crédito legalmente habilitados para ello, respaldados por una compañía de seguros, o calificados por una sociedad calificadora de valores, será necesario que la sociedad emisora, al cierre del ejercicio anual inmediatamente anterior a la solicitud y en la fecha de corte del estado financiero más reciente que deba incorporarse en el respectivo prospecto, cumpla con las siguientes condiciones:

"4.1 Que haya registrado una utilidad operacional y un capital de trabajo positivo, y

"4.2 Que los gastos financieros no excedan del setenta por ciento (70%) de la utilidad operacional.

"Parágrafo. Para efectos de lo previsto en el presente artículo se entiende por capital de trabajo la suma que resulte de restar del activo corriente el pasivo corriente.

"Por gastos financieros los causados durante el ejercicio correspondiente, en la ejecución de diversas transacciones con el objeto de obtener recursos para el cumplimiento de las actividades del emisor o solucionar dificultades momentáneas de fondos. Incluye conceptos tales como intereses, gastos bancarios, descuentos financieros y comisiones.

"Por utilidad operacional el resultado que se obtenga de restar a los ingresos operacionales los costos y gastos operacionales.

"Parágrafo. Cuando la totalidad o parte de la emisión de papeles comerciales se vaya a ofrecer públicamente en el exterior, la calificación a que hace referencia el numeral 3° del presente artículo podrá ser otorgada por una sociedad calificadora de valores extranjera de reconocida trayectoria internacional a juicio de la Superintendencia de Valores.

"Artículo 92. *Modalidades para adelantar la oferta.* La oferta pública de papeles comerciales podrá adelantarse bajo cualquiera de las siguientes modalidades:

"1. Ofreciendo y colocando los respectivos papeles comerciales por una sola vez, y

2. Ofreciendo y colocando papeles comerciales cuantas veces lo requieran las necesidades de la empresa, siempre que el monto de los respectivos papeles comerciales en circulación que sobrepase en ningún momento la cuantía que se haya fijado al autorizar la oferta.

"Parágrafo. La autorización de oferta pública de los papeles comerciales se otorgará con vigencia máxima de dos (2) años y tendrá carácter global respecto del total de emisiones que se realicen durante ese lapso, sin que el vencimiento de los títulos pueda ser inferior a quince (15) días comunes ni superior a nueve (9).

"Por consiguiente, el vencimiento de los papeles comerciales no podrá ser en ningún caso posterior a los dos (2) años contados a partir del día hábil siguiente a la publicación del primer aviso de oferta.

"Artículo 127. *Compraventa de acciones de una sociedad inscrita en bolsa.* Toda compraventa de acciones inscritas en una bolsa de valores, que represente un valor igual o superior a quinientos mil pesos ($500.000), deberá realizarse obligatoriamente a través de ésta.

"Sólo quedan exceptuados de esta disposición las siguientes compraventas:

"1. Las compraventas de acciones entre un mismo beneficiario real, siempre y cuando se obtenga, previamente, autorización de la Superintendencia de Valores.

"2. Las compraventas de acciones de propiedad de las instituciones financieras sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, que se encuentren en proceso de liquidación.

"3. La readquisición de acciones que se realice de conformidad con las disposiciones legales establecidas para el efecto.

"4. Las enajenaciones de acciones que realicen la Nación o el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, en desarrollo de lo previsto por los artículos 13 del Decreto 2920 de 1982 y 6° de la Ley 117 de 1985, y con sujeción a las reglas de los Decretos 1982 de 1989 y 500 de 1990 y demás disposiciones que los adicionen o reformen.

"5. Las compraventas de acciones emitidas por empresas colombianas que hayan sido ofrecidas públicamente en el exterior y que se realicen en el extranjero.

"6. Las compraventas de acciones emitidas por empresas extranjeras que hayan sido ofrecidas públicamente en Colombia y que se realicen en el extranjero, y

"7. Las demás que autorice la Superintendencia de Valores previo concepto de la Sala General.

"Parágrafo 1. Para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, se considerarán como una sola operación de compraventa, aquellas que por debajo del valor antes mencionado, se realicen dentro de un plazo de ciento veinte (120) días comunes, entre las mismas partes, sobre acciones del mismo emisor y en condiciones similares.

"2. No obstante que se consideran exceptuadas de lo dispuesto en el presente artículo las transacciones de acciones inscritas en bolsa originadas en daciones en pago, deberá acreditarse plenamente ante la Superintendencia de Valores la preexistencia de la respectiva obligación, de manera previa a la realización de la transacción.

"Artículo 129. *Inscripciones en el libro de registro de accionistas.* Los administradores de las sociedades emisoras se abstendrán de inscribir en el libro de registro de accionistas, los traspasos originados en operaciones celebradas sin la observancia de los requisitos señalados en este título".

Se demanda también la totalidad de la Resolución 400 del 22 de mayo de 1995, excepto el Título III, que obra como anexo a la demanda en 116 folios; por la cual se actualizan y unifican las normas expedidas por la Sala General de la Superintendencia de Valores, relacionadas con los temas antes referidos, el registro nacional de valores, la inscripción temporal de valores, actualización del registro, cancelación de la inscripción de valores en el registro y con las bolsas de valores, derechos de inscripción, registro de Intermediarios de valores, oferta pública de valores, oferta pública de papeles comerciales, de acciones con dividendo preferencial, etc., mercado primario y secundario, bolsas de valores, sociedades comisionistas de bolsa, regulaciones generales de inversiones por cuenta propia, inversión de recursos, financiación de valores, constitución y administración de fondo de valores, causales de liquidación, etcétera.

LA DEMANDA

Pretende la nulidad de las resoluciones citadas alegando, en resumen, que con su expedición la Superintendencia de Valores infringió los artículos 150 numeral 19 literal d), 189 numerales 24 y 25 y 115 de la Constitución Política, porque:

1. El artículo 150 numeral 19 literal d), de la Constitución Política, atribuye al Congreso Nacional la función de dictar la Ley Marco en materia bursátil, entendiendo por ella la que señala los objetivos y criterios que definen de modo general las pautas para que el Gobierno regule tal actividad.

El concepto Gobierno no es otro que el definido por el artículo 115 de la Constitución, esto es, el de Presidente y Ministro del ramo.

2. El artículo 189 numeral 24 de la Constitución Política, cuando asigna al Presidente de la República, la facultad de desarrollar la Ley Marco en esta materia, lo hace atendiendo a su condición de suprema autoridad administrativa.

3. Cosa semejante ocurre cuando el mismo artículo en su numeral 24, le atribuye al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, la tarea de ejercer la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen la actividad bursátil.

4. Igualmente el numeral 25 del artículo 189 ibídem, se refiere al Presidente como Jefe del Gobierno.

5. Es obvio suponer entonces que la delegación que autoriza el artículo 211 ibídem, está referida únicamente a la atribución del numeral 24 y no es válida para la contenida en los artículos 189 numeral 25 y 150 numeral 19 literal d).

Encuentra que en materia bursátil, las atribuciones que para el Congreso, el Gobierno Nacional y el Presidente de la República consagra la Constitución Política son totalmente diferentes, de tal suerte que si no existiera Ley Marco expedida por el Congreso (art. 150 literal d) el Gobierno Nacional no tendría cómo regular dicha actividad, por carecer de norma para desarrollar. Lo que significa que su facultad reguladora no es autónoma sino dependiente y derivada de la ley expedida por el Congreso.

Y, que es muy distinta la atribución reguladora de la facultad de inspección, vigilancia y control de quienes ejercen tal actividad.

En su entender, la facultad reguladora de la actividad bursátil se efectúa por normas jurídicas de carácter general, impersonal y abstracto mientras que la inspección, vigilancia y control se ejerce a través de actos de contenido particular y concreto.

Concluye que la actividad de regulación de la actividad bursátil sólo puede ser ejercida por el Gobierno Nacional a través de normas generales, que pueden ser modificadas por el mismo Gobierno según las cambiantes necesidades del mercado y la política que desee establecer y entonces, tal facultad no puede delegarse en un funcionario de policía administrativa que no tiene funciones de Gobierno porque no es parte del Gobierno. Cuando la Constitución Política asigna al Gobierno la facultad de regular la actividad bursátil, lo hace en el entendido de que la misma no corresponde al concepto de Administración sino de Gobierno, y porque si se permitiera refundir de manera indiscriminada las competencias que la propia Constitución Política ha distribuido en autoridades diferentes, se resquebrajaría el estado de derecho en su concepción social (art. 1° de la Constitución Política de 1991).

7. Afirma que basta observar los considerandos de la Resolución 1242 de 1993, que derivan la competencia para la Superintendencia Bancaria de los artículos 1.1.0.4 y 1.1.0.5 del Estatuto Orgánico del Mercado Público de Valores, para concluir que a ciencia y paciencia la entidad administrativa está regulando la actividad bursátil que es de competencia exclusiva del Gobierno Nacional.

Según el actor, cuando la Ley 32 de 1979, como los Decretos-ley 831 de 1980 y 653 de 1993 en los artículos mencionados del Estatuto Orgánico de Mercado Público de Valores, le atribuyen a la Superintendencia de Valores y en concreto a su Sala General o al Superintendente, la facultad de regular la actividad bursátil, lo hacen ilegítimamente e inconstitucionalmente por cuanto tal competencia es exclusiva y excluyente del Gobierno Nacional, y como consecuencia los actos administrativos también lo son.

Anuncia que por idénticos motivos de inconstitucionalidad acusó ante la Corte Constitucional los artículos 9° de la Ley 32 de 1979, 6° del Decreto 831 de 1980 y el Decreto 653 de 1993.

OPOSICION DE LA DEMANDADA

La Superintendencia de Valores, mediante apoderado constituido especialmente para el efecto, se opone a los cargos de violación de las normas constitucionales señaladas por el actor como infringidas por los artículos de la resolución acusada, arguyendo que en los antecedentes normativos de las funciones de la Comisión Nacional de Valores, hoy Superintendencia de Valores (Ley 32 de 1979 y Decreto Legislativo 831 de 1980), así como del alcance de la Ley 35 de 1993, Ley Marco, las atribuciones de la Superintendencia de Valores, no se limitan hoy día a la función de inspección y vigilancia, como aduce el actor. Que por la propia disposición de la ley (Estatuto Orgánico del Mercado Público de Valores, la Superintendencia, como organismo técnico

que es, tiene por objeto: estimular, organizar y regular el Mercado Público de Valores (art. 4.1.1.1 Estatuto Orgánico del Mercado Público de Valores).

Alega que por disposición del artículo 52 transitorio de la Constitución Política de 1991, a partir de su vigencia, se le dio a la Comisión Nacional de Valores el carácter de Superintendencia y que con fundamento en tal disposición el Gobierno expidió el Decreto 2739 de 1991, estableciendo que en adelante la Comisión Nacional de Valores se llamaría Superintendencia y que "las normas que hacen referencia a la Comisión Nacional de Valores o al Presidente de la misma, se entenderán hacerlo a la Superintendencia de Valores, o al Superintendente de Valores según el caso, en todo aquello que no se oponga a lo dispuesto por el presente decreto".

Por lo que, la Superintendencia de Valores, continúa cumpliendo y desarrollando las funciones atribuidas a la antigua Comisión Nacional de Valores, especialmente la de estimular, organizar y regular el Mercado Público de Valores, conforme con lo dispuesto en el artículo 4.1.1.1 del Estatuto Orgánico del Mercado Público de Valores y, en los Decretos 2739 de 1991, y el 2115 de 1992, dictados en desarrollo del artículo 20 transitorio de la Constitución Política, que se incorporaron al Estatuto Orgánico del Mercado Público de Valores y se determinaron la actual estructura orgánica y funciones de la Superintendencia de Valores.

Correspondiéndole a la Sala General de la Superintendencia de Valores, integrada por las personas a que se refiere el artículo 4.3.1.2 del Estatuto Orgánico del Mercado Público de Valores, tal como lo dispone el artículo 4.3.1.3 ibídem, la función de formular la política general de la Superintendencia de Valores, en armonía con las políticas de desarrollo económico y social del Gobierno y conforme con las instrucciones que imparta el Presidente de la República.

Es el Estatuto Orgánico de Mercado Público de Valores el que determina el marco de competencia de la Sala General y la "naturaleza de las funciones", sobre las cuales precisa, que por su finalidad y la composición de sus miembros, si bien está definida como organismo de la Superintendencia de Valores, su función es diferente a la de inspección y vigilancia; pues por disposición de la ley, le corresponde como organismo rector de la Superintendencia de Valores la orientación y dirección del Mercado Público de Valores en el país.

Discurre sobre los lineamientos generales de la Ley 35 de 1993, y puntualiza, que en la exposición de motivos del proyecto de ley en la parte relacionada con el Mercado de Valores, se muestra en términos generales la concepción planteada en el texto de la ley, cuando expresa que "en materia de valores, se asignan al Gobierno Nacional las principales funciones de

intervención en ese mercado, acentuando los requerimientos de información del mercado. Y adicionalmente, creando mecanismos que permitan dar certeza jurídica a la ampliación del espectro de títulos valores negociables en el mercado...".

De esta manera se establecen los límites a las facultades de intervención otorgadas al Gobierno, garantizando así, que tanto la estructura básica del sistema financiero, como la determinación de las entidades autorizadas para ejercer las actividades relacionadas con el manejo y aprovechamiento del ahorro, sean del resorte legislativo y que por lo tanto no puedan ser modificadas en desarrollo de tales facultades de regulación, mientras que, la intervención en los temas de ajuste permanente, de acuerdo con los cambios frecuentes del acontecer económico, puede ser logrado con la acción permanente del ejecutivo.

Cita el aparte de la exposición de motivos que expresa:

> "Con respecto a las funciones de inspección, vigilancia y control se establece que seguirán siendo ejercidas a través de la Superintendencia Bancaria y de Valores, en los mismos términos en que las ejercen actualmente, sin perjuicio de las modificaciones a que haya lugar de acuerdo con lo dispuesto en esta ley, bajo el supuesto del respeto al marco legal establecido".

Y deduce, que los apartes transcritos de la exposición de motivos, y el texto de la Ley 35 de 1993, muestran con claridad el marco general que el Congreso estableció para que el Gobierno ejerciera la intervención en la actividad financiera, bursátil y aseguradora.

Reitera en primer término, que el artículo 1° de la Ley 35 de 1993, estableció los objetivos de la intervención, y posteriormente en los artículos 3° y 4°, los instrumentos de la intervención. Norma con la cual, el Congreso, en desarrollo de la función constitucional prevista en el artículo 150 numeral 19 literal d), dictó las reglas generales y señaló los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para regular la actividad financiera, bursátil y aseguradora.

En segundo lugar, mediante el artículo 9° de la citada ley, se establecieron los límites a las facultades de intervención, fijando un marco preciso en virtud del cual, en ejercicio de las facultades de intervención señaladas por el Congreso, no se podrá modificar las regulaciones sobre la estructura del sistema financiero, el régimen de constitución, el objeto principal, la forma societaria, las causales y condiciones de disolución, la toma de posesión y liquidación de entidades autorizadas para desarrollar la actividad financiera, bursátil y aseguradora, inclusive las desarrolladas por entidades financieras cooperativas, aseguradora, bursátil y de las demás entidades cuya actividad se relacione con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público.

Cita los artículos 1°, 3°, 4° y 9° de la Ley 35 de 1993 y deduce de ellos, por una parte, que el marco de intervención en el Mercado Público de Valores debe limitarse exclusivamente, a los objetivos de intervención señalados en el artículo 1°, y no a otros; a los instrumentos de intervención de que trata el artículo 4°, y a las facultades que expresamente se reservó el Congreso en el artículo 9° de la misma ley. Y que el marco de intervención en la actividad del mercado público de valores por parte del Gobierno corresponde y se limita de acuerdo con la Ley 35 de 1993 a las normas que se pueden expedir para:

a) Adoptar las reglas generales que permitan establecer cuándo una oferta de valores tiene el carácter de pública y sus distintas modalidades;

b) Fijar las normas generales sobre organización del Registro Nacional de Valores e Intermediarios;

c) Determinar las normas relativas a la responsabilidad de los emisores e intermediarios de valores y sus administradores en la divulgación de la condición financiera del emisor y la veracidad de la información respectiva;

d) Señalar las normas para que los diferentes tipos de entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia de Valores, mantengan niveles adecuados de patrimonio, según las operaciones que realizan;

e) Establecer las disposiciones con arreglo a las cuales las sociedades administradoras de inversión y las entidades sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria realizarán, en la medida en que se lo permita su régimen legal, actividades de intermediación en el mercado público de valores;

f) Determinar la participación que los miembros externos habrán de tener en el Consejo Directivo y en la Cámara Disciplinaria de las bolsas de valores y el procedimiento para su elección;

g) Determinar, respecto de los tipos de documentos susceptibles de ser colocados por oferta pública, aquellos que tendrán el carácter y prerrogativas de los títulos valores, sean éstos de contenido crediticio, de participación o representativos de mercaderías, además de aquellos expresamente consagrados por las normas legales; a tal propósito podrá establecer los casos en que los tenedores de títulos estarán agrupados en una organización colectiva que actuará a través de un representante;

h) Señalar de manera general las operaciones que pueden realizar, en desarrollo de su objeto principal previsto en la ley, las entidades sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Valores y los demás Intermediarios de valores;

i) Fijar las normas con sujeción a las cuales podrán desarrollar su actividad las sociedades que tengan por objeto la calificación de valores y los fondos mutuos de inversión;

j) Señalar las normas sobre el ofrecimiento público de participación en sociedades que se encuentren en proceso de constitución, y

k) Señalar los requisitos y condiciones para la emisión y colocación de bonos ordinarios, con derecho de conversión u obligatoriamente convertibles en acciones.

En conclusión, entiende como marco de intervención del sistema financiero, los instrumentos definidos para ello y el marco que se reservó el Congreso, incluyendo desde luego, los principios de coordinación de políticas (art. 2°), la expresa prohibición legal conforme con la cual en desarrollo de las facultades de intervención no pueden reducirse las operaciones actualmente autorizadas a las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria y de Valores, así como tampoco autorizarse operaciones que correspondan al objeto principal de entidades especializadas.

Transcribe el artículo 33 de la ley, para deducir de su contexto, que existe diferencia entre las disposiciones que tratan sobre la intervención del Mercado Público de Valores (art. 4°), y otras ajenas a tal intervención, que facultan a la Superintendencia de Valores para expedir normas que tienen por finalidad definir reglas de carácter general en relación con el Mercado Público de Valores, funciones que desde la Ley 32 de 1979 eran de competencia de la Comisión Nacional de Valores, y que se consignaron de igual manera en la Ley 35 de 1993, atribuyéndolas a la Sala General de la Superintendencia de Valores y al Superintendente respectivo.

El análisis de los numerales 2 a 16 del artículo 4.1.2.2 del Estatuto Orgánico de Mercado Público de Valores, le permite inferir que corresponde al Gobierno, además de las funciones asignadas por el artículo 33 de la Ley 35 de 1993 (art. 1.1.0.4 del Estatuto Orgánico de Mercado Público de Valores) otras funciones, cuya materia es sustancialmente diferente a las definidas propiamente como de intervención, y que corresponden a instrumentos cuya finalidad es definir esas reglas de carácter general sobre orientación del mercado público de valores. Y por el contrario, las funciones de que tratan los numerales 2 a 16 del artículo 4.1.2.2, citado, desarrollan la atribución que tiene que ver en algunos casos, con la forma como deben realizarse las operaciones autorizadas a las entidades vigiladas, el funcionamiento del mercado, los requisitos que deben cumplir los nuevos valores susceptibles de inscripción en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, fórmulas de reajuste, autorización de oferta pública, etc.

De igual manera, se refiere al artículo 4.1.2.3 del Estatuto Orgánico de Mercado Público de Valores, para exponer acerca de otras funciones a cargo de la Sala General, contenidas en normas preexistentes, allí incorporadas, cuando al definir el marco de intervención del gobierno en la actividad del mercado público de valores estableció un marco expreso y taxativo de los instrumentos y materias objeto de intervención, los cuales corresponden a los actualmente contenidos en el artículo 1.1.0.4 del Estatuto Orgánico de Mercado Público de Valores (art. 4° de la Ley 35 de 1993), y los campos específicos que reservó para el legislador, sin que quepa afirmar que las funciones de la Sala General diferentes a éstas, sean materias que correspondan al ámbito de la intervención de la actividad del mercado de valores que definió taxativamente el Congreso, al punto que señaló que las demás funciones legales sobre el mercado público de valores cuya competencia no se hubiera atribuido a algunos de los órganos de la Superintendencia de Valores, correspondían a ésta.

Refuta los argumentos del demandante sobre la falta de competencia de la Superintendencia de Valores para expedir las normas de las resoluciones acusadas, alegando que, lo que diferencia la función de intervención en la actividad del mercado público de valores, de la función de inspección y vigilancia, no es la naturaleza de los actos; los de intervención de carácter general, impersonal y abstracto, y los de inspección y vigilancia: actos administrativos de naturaleza particular y concreta, ya que esta última función también puede materializarse mediante actos de naturaleza general, impersonal y abstracta.

Afirma que no es cierto que el Gobierno Nacional esté delegando su función reguladora de la actividad bursátil en la entidad encargada de ejercer la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen esa actividad, porque fue el propio legislador, el que al establecer en la Ley 35 de 1993, el marco de intervención en la actividad del mercado público de valores, siguiendo la Constitución Política, señaló los objetivos de la intervención y los instrumentos que atribuye al Gobierno para tal efecto. Y el que determinó qué actividad debía ejercerse por conducto de la Sala General de la Superintendencia de Valores, con lo cual queda claro que no es el Gobierno el que está trasladando dicha función reguladora, sino el Congreso que siguiendo en todo el mandato constitucional, determinó la forma como debe ejercerse la intervención, el conducto y los mecanismos para ello, todo de acuerdo con la Constitución Política, sin que ello signifique que se esté confundiendo la facultad de intervención con la función de inspección y vigilancia en cabeza de la Superintendencia de Valores.

Lo anterior es claro, no sólo porque la Constitución Política así lo establece, sino porque adicionalmente la ley diferencia con claridad las funciones de intervención y vigilancia en cabeza del Superintendente de Valores, por delegación del Presidente de la República. Además, debe tenerse en cuenta que las funciones

de intervención, son ejercidas por la Sala General, en la cual el Superintendente de Valores tiene voz pero no voto, en las decisiones que ella toma.

Reitera que, el hecho de que en el caso concreto de la actividad del mercado público de valores, la función de intervención la ejercite el Gobierno por conducto de la Sala General de la Superintendencia de Valores, y que a su vez, la Superintendencia de Valores en cabeza del Superintendente, ejercite la inspección y vigilancia del mercado por intermedio de dicho funcionario, no significa que se esté refundiendo la distribución de funciones que establece la Constitución Política, ya que se trata de órganos diferentes con funciones y competencias propias, con lo cual la función de intervención en la actividad del mercado público de valores, se encuentra totalmente separada de la inspección y vigilancia que ejerce el Superintendente de Valores.

Tampoco es cierto que la Sala General de la Superintendencia de Valores no corresponda al concepto de Gobierno, que desarrolla el artículo 115 de la Constitución Política, porque en la Ley 35 de 1993, se dispuso expresamente que "El Gobierno Nacional adoptará las normas de intervención de que trata el artículo 4° de esta ley por conducto de la Sala General de la Superintendencia de Valores...:", con lo cual queda claro, que en este evento específico quien actúa es el Gobierno y no la Superintendencia.

Entonces, es el Gobierno dentro del marco fijado por la ley, y no por delegación de competencias, quien en materia de intervención en la actividad del mercado público de valores actúa y desarrolla las competencias constitucionales que le corresponden, por conducto de un organismo que hace parte de la rama ejecutiva del poder público, de creación legal y con naturaleza y composición bien especial que es la Sala General de la Superintendencia de Valores.

Y, dada su composición no resulta extraño al contenido del artículo 115 de la Constitución, el hecho de que el Gobierno ejerza la función de intervención en el mercado público de valores por conducto de este organismo, en el cual, por el rango y funciones de los funcionarios que lo componen, no cabe duda que constituyen y expresan la propia voluntad del Gobierno, en la medida en que siempre ha de entenderse, se está actuando bajo la dirección del Presidente de la República, sobre lo cual no cabe duda alguna.

Entonces, la expresión "por conducto", contenida en el Estatuto Orgánico de Mercado Público de Valores no implica la delegación de responsabilidades y tampoco la asunción de una función por parte de un organismo extraño, pues, en este caso, conforme lo estableció la Ley 35 de 1993, se determinó la forma como intervendría el Gobierno, estableciendo que ello se haría por conducto de la Sala General de la Superintendencia de Valores.

Contrariamente a lo alegado por el actor, no existe traslado ilegítimo de competencias, porque el hecho de que la Sala General o el Superintendente de Valores posean facultades sobre algunos aspectos específicos de la actividad bursátil o del mercado público de valores, no quiere decir y sería absurdo entenderlo así, que se confundan dichas atribuciones con las propias de inspección y vigilancia.

Además, el hecho de que el Superintendente de Valores tenga a cargo la función de inspección y vigilancia, no significa, por una parte "que no pueda ejercer otro tipo de funciones, sobre todo cuando no existe norma constitucional y legal que lo prohíba", y por otro, que desde el punto de vista constitucional sea únicamente el Presidente quien pueda ejercer funciones diferentes a las de inspección y vigilancia.

Concluye que existe una distribución de competencias, distintas aunque las dos en cabeza del Presidente, y precisamente por no ser todas funciones de intervención, es que no existe ningún obstáculo constitucional, ni legal, para que la Sala General y el Superintendente de Valores, desarrollen las otras funciones que no son de intervención, en los términos de la Ley 35 de 1993, y que correspondían a facultades contenidas en normas preexistentes a la expedición de la Ley 35 de 1993.

Alega que los artículos 127 y 129 de la Resolución 1242 de 1993 tienen como antecedentes las Resoluciones 005 de 1982 y 002 de 1983, en las cuales se estableció por primera vez que en el mercado de valores colombianos la regla de que "toda compraventa o negociación de acciones de una sociedad inscrita en bolsa que represente un valor igual o superior a $200.000 deberá obligatoriamente realizarse a través de bolsa", hecho que quedó plenamente justificado en la sesión del 10 de diciembre de 1982, de la Comisión Tercera Constitucional Permanente, sesiones ordinarias legislativa 1982, cuando allí se expresa: "La Comisión Nacional de Valores dispuso la obligatoriedad de pasar las operaciones de compraventa de acciones por bolsa, porque no hay que olvidar que en muchas de las operaciones de que trata el informe fueron operaciones directas y una de las cosas que mostró el estudio con mucha evidencia es la inconveniencia para el debido control y la debida información y transparencia del mercado de estas operaciones, que cuando son muy cuantiosas y no se pasan por bolsa, pues simplemente tienden un telón de humo entre la realidad del mercado y el pequeño inversionista".

Cita, que en su entender resume los fundamentos de la medida adoptada; por una parte, como instrumento de control del cumplimiento del mandato de formular la oferta pública cuando se requiera, y de otra, establecer principios normativos que faciliten la democratización del mercado accionario, manteniendo además un mercado ordenado, seguro y transparente que refleje

con certeza su comportamiento y que permita establecer una cotización oficial del precio de las acciones, que no podía cumplirse con un modo fraccionario.

Con oportunidad de la contestación de la demanda corregida, el apoderado de la Superintendencia de Valores, explica que la Resolución 400 de 1995, a la cual hace extensivo, el actor, los cargos de violación de las normas invocadas al demandar la nulidad de la Resolución 1242 de 1993, no tuvo por objeto soslayar o eludir la acción de la justicia en cuanto a los efectos de la sentencia que se llegare a dictar, sino compilar en un solo cuerpo normativo la totalidad de las resoluciones expedidas por la Sala General de la Superintendencia Nacional de Valores, con el propósito de promover y desarrollar el Mercado Público de Valores y divulgar las normas que lo regulan, para así facilitar a los diferentes agentes que en él intervienen (Emisores de valores, entidades vigiladas por la Superintendencia, intervencionistas) y al público en general, el conocimiento de dichas normas; establecer certeza sobre la vigencia de las normas aplicables a los diversos aspectos del mercado público de valores, no exclusivamente a la actividad de bolsa, y la sistematización de todo el conjunto normativo.

Compilación en la que quedó comprendida la resolución inicialmente acusada, sobre las mismas bases jurídicas que atribuyen competencia a la Sala General de la Superintendencia de Valores para dictar normas en tales materias y que fue dictada conforme al marco legal que estableció la Ley 35 de 1993, dentro del ámbito de competencia atribuido a la Sala General de la Superintendencia de Valores. Pide se confirme la legalidad de los actos acusados.

ALEGATOS DE CONCLUSION

a) De la entidad demandada

El apoderado de la Superintendencia de Valores, al alegar de conclusión, reitera los argumentos expuestos con anterioridad relacionados con el marco de intervención del Estado en la actividad bursátil a partir de la Constitución Política de 1991. Diferencia el ámbito que comprende la función de inspección, control y vigilancia, del campo que corresponde a la función de intervención en la actividad financiera, bursátil y aseguradora, así como de cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público.

Marco constitucional con base en el cual el Congreso expidió la Ley 35 de 1993 en la que, igualmente diferenció las dos funciones y que existe perfecta armonía entre el contenido del artículo 9° de la misma ley, y el artículo 150 numeral 19 literal d) de la Constitución Política.

Cita y transcribe apartes de la sentencia C-397 de septiembre 7 de 1995 de la Corte Constitucional, mediante la cual se pronunció sobre la demanda de

constitucionalidad presentada por el mismo actor contra los artículos 1.1.0.5, 4.2.2.2, 4.1.2.3 y 4.1.2.4 numerales 5°, 6° y 7° del Decreto 653 de 1993; 9° en sus numerales 2°, 3°, 5°, 6°, 7°, 10 y 14 de la Ley 32 de 1979; 6° numerales 1 a 9 y 12 a 16 del Decreto 831 de 1980.

Sentencia que en su entender, permite concluir de manera clara e incontrovertible tanto la legalidad como la constitucionalidad de las disposiciones objeto de la demanda, pues si bien es cierto que el Decreto 653 de 1993, fue declarado inexequible, como advierte la sentencia de la Corte Constitucional, tal declaración no conduce a la de las normas allí codificadas, en especial de los artículos 44 y siguientes de la Ley 35 de 1993, que recobran su vigencia.

b) Del actor

El actor al alegar de conclusión, se refiere a la misma sentencia de la Corte Constitucional de septiembre 7 de 1995, y expresa alternativamente que, si como están planteadas las cosas en la sentencia de la Corte, fuera verdad, en opinión del Consejo de Estado, que la Superintendencia de Valores tiene "competencia residual", como cosa novedosísima, solicita dejar en este punto la lectura del alegato y proferir sin más rodeos la sentencia que a bien tengan los Consejeros.

Pero, si por alguna razón llegaren a pensar, que la indicada sentencia de la Corte Constitucional más parece expresión de un nuevo e inexplicado constitucionalismo mágico en virtud del cual está asignando funciones que la Constitución no ha atribuido, bajo el argumento de estar interpretándola en una sentencia de constitucionalidad, solicita se acceda a las súplicas de la demanda con fundamento en las reflexiones que expone acerca de la obligatoriedad que tengan para la Corporación las afirmaciones contenidas en la sentencia de la Corte Constitucional, frente al alcance del artículo 243 de la Constitución y en particular al hecho de que la Carta Política no le asigna a la Superintendencia de Valores ninguna "competencia residual" para regular de manera general la actividad bursátil.

Independientemente de la perplejidad que le produce el saber que una norma legal no es constitucional o inconstitucional por sí misma sino por el ejercicio y utilización que de ella haga un funcionario administrativo, pregunta entonces si la extensa Resolución número 400 de 1995 contiene un código, cosa que sería inconstitucional por contravenir el artículo 150-2 de la Constitución Política, o si en ausencia de una regulación de la actividad bursátil, porque el Gobierno Nacional no la ha expedido, la Superintendencia de Valores puede suplir dicho vacío en ejercicio de la "competencia residual" que le atribuyó la Corte.

Concluye sobre esto último que la falta de regulación de la actividad bursátil, por parte del Gobierno Nacional, no es título suficiente para que la

Superintendencia de Valores se arrogue una competencia que la Constitución y la ley no han asignado sin que esto contradiga la novedosísima sentencia de la Corte, ni mucho menos la cosa juzgada que de ella se pueda derivar.

c) Del Ministerio Público

Representado en esta oportunidad por el Procurador Octavo Delegado ante la Jurisdicción, luego del relato de los hechos de la demanda, pide de la Corporación, no proferir fallo de fondo sobre el escrito de corrección de la demanda inicial, porque en él realmente no se está corrigiendo ni aclarando la inicial, sino presentando una nueva, que no cumple los requisitos del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, particularmente la indicación de las disposiciones violadas y la explicación del concepto de la violación.

En el supuesto de que la Corporación no acoja el anterior planteamiento, pide se denieguen las súplicas de la demanda, porque sí era competente la Superintendencia de Valores para expedir la resolución acusada, porque tal facultad se la otorgó el Decreto 653 de 1993 en sus artículos 1.1.0.4, 1.1.0.5, 4.1.1.1, 4.1.2.2 y 4.1.2.4.

Advierte que la Sala General de la Superintendencia de Valores al expedir las disposiciones acusadas se fundamentó en el Decreto 653 de 1993, que no había sido anulado ni suspendido provisionalmente por la jurisdicción contenciosa, y por lo tanto era de obligatorio acatamiento y cumplimiento y que las autoridades administrativas no están obligadas, antes de proferir un acto administrativo, a hacer un estudio que les permita determinar si el precepto que les confiere competencia para el efecto es ilegal o inconstitucional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala no encuentra procedente la solicitud de fallo inhibitorio que formula el agente del Ministerio Público por las siguientes razones:

1. En el escrito presentado el 20 de junio de 1995 el actor advierte que estando en curso el proceso contra la resolución demandada la Superintendencia de Valores, expidió la Resolución 400 de 1995 en la cual derogó la resolución acusada, previa reproducción de su cuerpo normativo en el nuevo acto administrativo. Es indudable que los argumentos expresados en el primer escrito, en el cual se indican las normas constitucionales que resultan violadas, se expone como concepto de la violación la ilegítima competencia de la Superintendencia de Valores para expedir una regulación que sólo puede ser del Congreso o del Gobierno, son válidos para sustentar las violaciones invocadas en el escrito adicional. Por esta razón concluye que toda la regulación contenida en la Resolución 400 de 1995, es nula por vicio de incompetencia al igual que lo era la Resolución 1242 de 1993.

2. Porque la Sala, interpretó el escrito presentado y lo admitió mediante auto del 26 de julio de 1995, el que notificado a las partes oportunamente, no fue objeto de recurso.

3. Porque materias como las que se discuten en la acción pública ameritan una definición clara y precisa en aras al interés público.

4. Porque, finalmente, el actor en el escrito adicional expresamente manifiesta que los argumentos y las normas que se predican violadas en el memorial de demanda son los mismos con respecto a la Resolución 400 de 1995, y a que ésta incorpora textualmente los artículos inicialmente demandados, sólo que aprovecha para extender la demanda a todas las disposiciones que integran tal resolución, excepto el Título III de la misma, objeto de otra demanda.

Por lo tanto la Sala avoca el conocimiento de fondo de las resoluciones demandadas.

Observa la Sala que presentada el 16 de marzo de 1995 la demanda contra los artículos 91, 92, 127 y 129 de la Resolución 1242 de 1993, expedida por la Sala General de la Superintendencia de Valores, con posterioridad la misma entidad, en ejercicio de las facultades legales y en especial de las contenidas en el "Estatuto Orgánico de Mercado Público de Valores", expidió la Resolución 400 del 22 de mayo de 1995, mediante la cual se actualizaron y unificaron las normas expedidas por ella con anterioridad. Aun cuando en el artículo 4.4.0.1 no se deroga expresamente la resolución inicialmente demandada, tal resolución quedó subrogada, máxime que se produjo la reproducción textual de sus normas, especialmente las que son objeto de la demanda inicial.

Como puede inferirse del texto de la demanda presentada el día 16 de marzo y su corrección del 20 de junio de 1995, la acusación de nulidad de las mencionadas resoluciones, deriva de la supuesta incompetencia de la Sala General de la Superintendencia de Valores para expedirlas.

A juicio del actor, si bien es cierto que el Decreto 653 de 1993 (Estatuto Orgánico de Mercado Público de Valores), le atribuye a la Sala General de la Superintendencia de Valores la facultad de regular la actividad bursátil, tal competencia, que derivó de la Ley 32 de 1979 artículo 9° numerales 2, 3, 5, 6, 7, 10 y 14 y del Decreto 831 de 1980, artículo 6°, numerales 1° a 9° y 12 a 16, normas que fueron incorporadas por el Gobierno al expedir con fundamento en el artículo 36 de la Ley 35 de 1993, el Decreto 653 de 1993, es ilegítima, porque de conformidad con el artículo 150 numeral 19 literal d) de la Constitución Política de 1991, tal atribución reside únicamente en el Congreso, quien debe dictar la Ley Marco en esta materia, y en el Gobierno, que de acuerdo con el artículo 189 numeral 25, debe desarrollarla.

En este entender, el actor anunció el hecho de haber presentado ante la Corte Constitucional demanda por inconstitucionalidad, entre otros, contra los

artículos: 1.1.0.5, 4.1.2.2, 4.1.2.3 numerales 5° a 7° y 4.1.2.4 numerales 5°, 6° y 7° del Decreto 0653 de 1993 (Estatuto Orgánico de Mercado Público de Valores); 9° numerales 2, 3, 5, 6, 7, 10 y 14 de la Ley 32 de 1979; y 6°, numerales 1° a 9°, 12 a 16, del Decreto 831 de 1980.

La Corte Constitucional, efectivamente avocó la demanda de inconstitucionalidad formulada por el mismo ciudadano y se pronunció el 7 de septiembre de 1995, mediante la sentencia C-397, en la que declaró la inexequibilidad del artículo 36 inciso 3° de la Ley 35 de 1993 y del Decreto 0653 de 1993 en su totalidad y la exequibilidad del artículo 9° de la Ley 32 de 1979, y del artículo 6° del Decreto 831 de 1980, incorporados a la normatividad que estructura y organiza la Superintendencia de Valores por disposición expresa del artículo 1° del Decreto 2739 de 1991.

Observa la Corporación que la Sala General de la Superintendencia de Valores, al expedir la Resolución 1242 del 5 de octubre de 1993 invocó, el ejercicio de sus atribuciones legales, en especial, las que le confieren los artículos 1.1.0.4, 1.1.0.5 y en general el Estatuto Orgánico del Mercado Público de Valores, y en sus considerandos se refiere a la competencia que para la Sala deriva del mismo estatuto, para adoptar normas de intervención en el Mercado Público de Valores.

Estatuto Orgánico del Mercado Público de Valores que fue expedido a través del Decreto 653 de 1993 por el Gobierno Nacional, en virtud de la facultad otorgada por el artículo 36 inciso 3° de la Ley 35 de 1993.

Tanto el Decreto 653 de 1993 en su totalidad, como la facultad otorgada por el artículo 36 inciso 3° de la Ley 35 de 1993, fueron objeto de declaración de inexequibilidad por parte de la Corte Constitucional en la sentencia C-397 del 7 de septiembre de 1995, como antes se anotó.

Declaración de inexequibilidad que tal como se expresa en la sentencia, tuvo como fundamento el hecho de que en vigencia de la Constitución Nacional de 1991, en virtud de lo dispuesto por el artículo 150 numeral 10 inciso 3°, se excluyó toda posibilidad de que el Congreso de la República pueda desprenderse de su función legislativa para conferir facultades extraordinarias que tengan por objeto expedir códigos. Y que, era indudable que el artículo 36 inciso 3° de la Ley 35 de 1993, al conceder al Gobierno la facultad de compilar en un solo estatuto las normas legales vigentes sobre la materia concerniente al Mercado Público de Valores, no se limitó a la función de compilar, sino que, otorgó realmente una facultad para expedir códigos, pues comprendía la expedición de un nuevo texto jurídico, reordenando todo el sistema normativo correspondiente, con atribuciones suficientes para eliminar normas repetidas o superfluas, así como, para adoptar un procedimiento administrativo especial, aplicable a la Superintendencia de Valores.

Sin embargo advierte y precisa la Corte Constitucional, que la declaratoria de inexequibilidad del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 35 de 1993, que autoriza la expedición del código, si bien comporta la inexequibilidad de las normas expedidas con fundamento en dicha disposición, esto es del Estatuto Orgánico de Mercado Público de Valores, contenido en el Decreto 0653 de 1993, no conduce a la inconstitucionalidad de las normas allí codificadas, todas las cuales permanecen vigentes, pues no son ellas en sí mismas las que se encuentran opuestas a la Constitución Política.

De igual forma expresó la Corte Constitucional, que los procedimientos administrativos especiales, aplicables a la Superintendencia de Valores, eran inconstitucionales, no en su contenido, sino en razón del órgano que los puso en vigencia, sobre la base de facultades prohibidas, modificando un código.

Así las cosas la constitucionalidad y legalidad de las resoluciones acusadas deben analizarse en seguimiento a lo dispuesto en la sentencia de la Corte Constitucional, frente a las previsiones de las normas que fueron codificadas en el Decreto 653 de 1993, declarado inconstitucional.

La Constitución Política de 1991 en su artículo 52 transitorio dispuso:

"A partir de la entrada en vigencia de esta Constitución, la Comisión Nacional de Valores tendrá el carácter de Superintendencia. El Gobierno Nacional dispondrá lo necesario para la adecuación de dicha institución a su nueva naturaleza, sin perjuicio de lo que al respecto podrá disponer el Gobierno en desarrollo de lo establecido en el artículo transitorio 20".

En virtud del mandato constitucional el Gobierno expidió el Decreto 2739 de 1991, en cuyo artículo 1° estableció, que todas aquellas normas vigentes, que hacían referencia a la Comisión Nacional de Valores o al Presidente de la misma se entenderían hacerlo en adelante a la Superintendencia y al Superintendente, según el caso.

Entre las normas existentes entonces, se encuentra la Ley 32 de 1979, por la cual se creó la Comisión Nacional de Valores, se le fijaron sus objetivos, sus órganos, sus funciones, sus atribuciones y que concedió (art. 16) facultades al Presidente de la República para establecer su estructura, la remuneración de los empleados, competencia de los distintos órganos, incompatibilidades e inhabilidades de sus miembros, procedimiento administrativo en la expedición de actos administrativos por parte de la Comisión, entre otras.

En ejercicio de tales facultades extraordinarias el Presidente de la República, expidió el Decreto 831 de 1980, en cuyo artículo 6°, señaló las funciones de la Sala General así:

"...Artículo 6°. Son funciones de la Sala General, las siguientes:

"1. Formular la política general de la Comisión Nacional de Valores, en armonía con la política de desarrollo económico y social del Gobierno y de acuerdo con las instrucciones que imparta el Presidente de la República.

"2. Adoptar conforme a los lineamientos de la Ley 32 de 1979, las reglas que permitan establecer cuándo una oferta de valores tiene el carácter de oferta pública.

"3. Fijar las normas generales sobre organización y funcionamiento del Registro Nacional de Valores y el de Intermediarios de los mismos, así como los requisitos que deban reunir documentos e intermediarios para ser inscritos en tales registros.

"4. Establecer las normas a las que deberá sujetarse la organización y el funcionamiento del mercado, con sujeción a las disposiciones legales.

"5. Determinar los valores que conforme a la Ley 32 de 1979 estarán sujetos al régimen de la misma y señalar los requisitos que deberán observarse para que los valores puedan ser inscritos y negociados en bolsas de valores.

"6. Señalar los requisitos mínimos que deban cumplir las entidades y personas que participen en el mercado de valores, en lo que se refiere a la forma y contenido de sus estados financieros y demás informaciones suplementarias de carácter contable.

"7. Fijar las condiciones de admisión de miembros en las bolsas de valores.

"8. Adoptar criterios generales que permitan determinar cuáles transacciones deben llevarse a cabo obligatoriamente a través de las bolsas de valores.

"9. Señalar las cuotas que deberán pagar los comisionistas de bolsas y los emisores de valores inscritos en la Comisión; y el monto de los derechos de inscripción en el Registro Nacional de Valores y en el de Intermediarios de los mismos, y someterlos a la posterior aprobación del Gobierno Nacional.

"10. Resolver las solicitudes de autorización para realizar oferta pública de valores colombianos en el extranjero, sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales respecto de los documentos a que se refiere el artículo 18 del presente decreto.

"11. Autorizar el funcionamiento de depósitos centralizados de valores, de sistemas de compensación y de información centralizada de operaciones, o de mecanismos que faciliten el desarrollo del mercado.

"12. Determinar los límites de las comisiones, emolumentos o cualquiera otra retribución que puedan cobrar los intermediarios del mercado de valores, por concepto de sus servicios.

"13. Ordenar intervenciones administrativas de intermediarios de valores en los casos de ley.

"14. Cancelar la inscripción de documentos o de intermediarios en los respectivos registros, conforme a los lineamientos de la Ley 32 de 1979.[1]

"15. Adoptar medidas que conduzcan a la promoción y desarrollo del mercado de valores y a la protección de los intereses de los inversionistas.

"16. Disponer medidas de carácter general para proteger los sanos usos y prácticas en el mercado de valores.

"17. Aprobar el Proyecto de Presupuesto anual de la entidad para su posterior incorporación al Proyecto de Presupuesto Nacional.

"18. Proponer al Gobierno Nacional dentro de la órbita de su competencia, proyectos de normas.

"19. Expedir el Reglamento de la Sala.

"20. Las demás que le asigne la ley."

La Ley 32 de 1979 fue objeto de demanda de inexequibilidad ante la Corte Suprema de Justicia, que mediante sentencia del 15 de mayo de 1981, aprobada por acta 49, expediente 845, ponente doctor Mario Latorre Rueda la halló constitucional, frente a los argumentos de inconstitucionalidad entonces expuestos: arrogarse el Congreso una atribución propia del Presidente.

Con posterioridad, el artículo 9° de la misma Ley 32 de 1979, como el artículo 6° del Decreto 831 de 1980, fueron objeto de demanda por el mismo actor del presente negocio, al estimar con igual argumento al que ahora expone que con ellos se infringían los artículos 115, 150 literal d), 189 numeral 24 y 113 de la Constitución Política, porque con ellos se estaba trasladando ilegítimamente una competencia propia del Gobierno, según el concepto contenido en el artículo 115 ibídem, a la entidad encargada de ejercer la inspección, vigilancia y control de quienes realizan la actividad bursátil, confundiendo así las funciones de la Superintendencia de Valores con las del Presidente de la República.

Concluye que como consecuencia de la función que a la Superintendencia de Valores le asignan los artículos 9° de la Ley 32 de 1979 y 6° del Decreto

---

[1] Tomo XXXIX, No. 210 (junio/79) pág. 562, Derecho Colombiano.

831 de 1980, esta entidad se siente legitimada para expedir normas de carácter general y abstracto como lo son las resoluciones que demanda.

La Corte Constitucional en la sentencia C-397 del 7 de septiembre de 1995, se pronunció sobre la pretendida inconstitucionalidad de los artículos 9° de la Ley 32 de 1979, 6° del Decreto 831 de 1980, así:

"En el caso presente, el actor pone en tela de juicio la constitucionalidad de disposiciones legales que establecen, en cabeza de la Superintendencia de Valores (antes Comisión Nacional de Valores, creada por la Ley 32 de 1979) y de su Sala General, funciones como las de intervención, regulación, organización, estímulo, vigilancia y control del mercado público de valores, la de llevar el registro nacional de valores e intermediarios y la de señalar los requisitos que deben reunir los documentos que se ofrecen y demandan dentro de dicho mercado para ser inscritos y negociados, y los requerimientos que por vía general deben hacerse a quienes toman parte en aquél, en su papel de intermediarios.

"Como se ha visto, el demandante considera que estas disposiciones son inconstitucionales en cuanto implican que las autoridades mencionadas comparten con el Legislativo y el Presidente de la República la función prevista en el artículo 150, numeral 19, literal d) de la Constitución Política encomendada tan sólo al Jefe del Estado en desarrollo de normas generales expedidas por el Congreso.

FACULTAD REGULACION

"Para resolver es indispensable que la Corte reitere elementos de juicio que ya han sido considerados en procesos anteriores sobre el alcance de la norma constitucional enunciada y respecto del ejercicio de funciones presidenciales por entes que no necesariamente integran el Gobierno Nacional, en los términos del artículo 115 de la Constitución (Presidente de la República, ministros de Despacho y directores de Departamentos Administrativos y, en cada negocio particular, el Presidente y el Ministro o Director de Departamento Administrativo correspondiente), pero que son sus agentes para alcanzar los pertinentes objetivos estatales.

"Ha destacado la Corte desde su sentencia C-465 del 18 de junio de 1992 (M.P.: Dr. Ciro Angarita Barón) que el tipo de leyes consagrado en el artículo 150, numeral 18 de la Carta Política corresponde al concepto más amplio de 'leyes marco', cuyos rasgos distintivos son específicamente:

"1. El legislador debe circunscribir su actuación a fijar la política, los criterios y los principios que guiarán la acción del ejecutivo y desarrollar la materia que constituye su objeto.

"2. Estas leyes limitan la función legislativa del Congreso en cuanto que dicho poder se contrae a trazar las normas globales a que debe ceñirse el ejecutivo en la adopción de regulaciones y medidas en los cargos específicos de la actividad estatal que constitucionalmente se reservan a esta clase de estatutos, normativos; de ahí que su materia escape a la regulación de la ley ordinaria.

"3. Para expedirlas o modificarlas se requiere de iniciativa gubernamental, si bien el legislativo decide automáticamente sobre su contenido.

"4. En virtud de esta clase de leyes, se deja al Congreso el señalamiento de la política general y al ejecutivo su regulación y aplicación concreta.

"5. Revisadas las materias que la reforma de 1968 reservó a este tipo de leyes, como rasgo común todas ellas se refieren a cuestiones técnico-administrativas de difícil a fenómenos económicos que por su condición esencialmente contable, exigen una regulación flexible o dúctil que permita responder a circunstancias cambiantes; o a asuntos que ameritan decisiones inmediatas y que, por tanto, resulta inadecuado y engorroso manejar por el accidentado proceso de la deliberación y votación parlamentaria pública.

"6. Al Gobierno incumbe concretar la normatividad jurídica que dichas materias reclaman y lo hacen por medio de decretos que deben ajustarse a los parámetros o 'marcos' dados por el legislador en la respectiva ley."

"En sentencia C-510 del 3 de septiembre de 1992, resaltó la Corporación que el mencionado tipo de instrumentos legal opera respecto de específicas materias en las que deben regularse fenómenos susceptibles de permanente cambio, de desactualización y de reacomodación, por lo cual responde a la esencial característica de cambiar 'el momento de necesaria estabilidad y generalidad, estrictamente ligado a la filosofía que debe animar a la actuación del Estado en la materia y que lo suministra la ley, con el momento dinámico de ajuste coyuntural, circunstancial y de desarrollo detallado de la política general, que se satisface con el decreto.'

"Se trata, como es fácil advertir, de que las políticas que orienta el Estado en materias como la regulación de la actividad financiera, bursátil y aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, que son las aludidas en la demanda, sean trazadas con arreglo a criterios estables y definidos, según estatutos generales promulgados por el legislador, sin que por ello pierdan la indispensable flexibilidad que consulte las mutaciones propiciadas por los mismos fenómenos objeto de regulación.

"Claro está, la actividad del Estado en esas materias no se agota en la definición de políticas, en la expedición de las leyes marco, ni en la de los decretos reglamentarios que vayan adaptando la normatividad a las nuevas circunstancias, sino que necesita desarrollarse en concreto, bien mediante normas generales que, en virtud de una competencia residual, expidan entes administrativos como las superintendencias en lo no establecido por la normatividad jerárquicamente superior, ya por las actividades de control, inspección y vigilancia a cargo de tales organismos especializados, todo con el objeto de que el Estado pueda cumplir el objetivo general señalado en el artículo 335 de la Constitución, a cuyo tenor las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación –que son las mismas previstas en el literal d) del numeral 19 del artículo 150 C.P.– son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, 'la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito'. Bien puede la ley establecer que el Gobierno actuará por conducto de los aludidos entes, los cuales pueden tener a su cargo funciones reguladoras, siempre que se sometan a los órdenes normativos de más alto rango, y ser titulares de atribuciones concretas de intervención; control y sanción sobre quienes caen bajo su vigilancia en cualquiera de las actividades enunciadas.

"No podría sostenerse una tesis que prohijara la absoluta imposibilidad de que las funciones gubernamentales en tan importantes y complejos asuntos fueran ejercidas por órganos desconcentrados, si bien bajo la dirección y la orientación del propio Gobierno y dentro de los lineamientos trazados por la ley.

"Una teoría extrema, que exigiera la actuación directa y exclusiva del Presidente de la República y de quienes con él constituyen el Gobierno en sentido restringido para llevar a la práctica la intervención económica y para efectuar en concreto y de modo exhaustivo todas las tareas de investigación, inspección y control sobre las múltiples formas de actividad financiera, bursátil, aseguradora y de intermediación, conduciría al marchitamiento del papel activo y dinámico que la Carta Política ha encomendado al Estado –y dentro de éste, al Ejecutivo– en la conducción de la política económica, en la inmediación con los diversos fenómenos que son materia de su regulación y vigilancia y en la formulación y ejecución de objetivos concretos que desarrollan las grandes pautas consignadas en las normas constitucionales y legales.

"El artículo 333 de la Constitución ha señalado que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, pero dentro de los límites del bien

común, y ha establecido que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado, por conducto de órganos superiores que fijan políticas, y el Gobierno en concreto, a través de sus agentes, son los llamados a verificar que tales garantías del interés colectivo se cristalicen dentro de los linderos propios de la legalidad, pero dentro de una perspectiva adecuada al Estado Social de Derecho.

"La misma norma estipula que el Estado impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. El conocimiento concreto de las situaciones que puedan conspirar contra tan claros fines constitucionales y la adopción de las medidas y correctivos permanentes no pueden estar confiados de manera exclusiva y excluyente a la normatividad genérica incluida en las leyes marco y ni siquiera a la regulación más específica de los decretos gubernamentales que las desarrollan y adaptan. Es indispensable la previsión de órganos que estén dotados de suficiente agilidad y capacidad de indagación, verificación, control y sanción sobre los infractores, y que a la vez gocen de atribuciones suficientes para dictar normas con mayor flexibilidad, que hagan efectivas las reglas básicas y las políticas estatales.

"El artículo 334 ibídem, por su parte, confía al Estado la dirección general de la economía y le ordena intervenir, por mandato de la ley, en las distintas etapas del proceso económico, para racionalizarlo y para conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, así como para promover la productividad y la competitividad, entre otros propósitos. Nada se podía cristalizar al respecto sin la existencia de organismos que apoyen la acción gubernamental y dispongan lo necesario para llevar a la práctica los mandatos generales de la ley.

"Es evidente que el mercado de capitales, por su misma naturaleza, requiera no solamente de las grandes pautas que pueda señalar una ley marco y de la reglamentación a cargo del Gobierno Nacional, sino de la constante intervención y la permanente vigilancia de entidades administrativas dependientes del Ejecutivo, que estimulen y promocionen la actividad financiera y que a la vez aseguren la transparencia de las operaciones que se llevan a cabo mediante la oferta, demanda, negociación y colocación de valores, protegiendo así a los ahorradores e inversionistas y asegurando, por tanto, el interés público allí comprometido.

"En síntesis, de la existencia de organismos y mecanismos aptos para que la intervención, inspección y vigilancia estatales que planifiquen y desarrollen la función pública en pro de los objetivos sociales del Estado, depende la prevalencia del interés general sobre los individuales (art. 1° C.P.) y la realización del precepto constitucional que, al lado de la iniciativa privada y la libertad de empresa, señala en cabeza de ésta, considerada base del desarrollo, una función social que implica obligaciones (art. 333 C.P.).

"Ahora bien, la Constitución Política no establece incompatibilidad alguna entre la existencia de las leyes marco –en materias tales como el crédito público, el comercio exterior, los cambios internacionales, el régimen arancelario y aduanero o las actividades financiera, bursátil y aseguradora– y la desconcentración de funciones presidenciales mediante la creación de organismos como la superintendencia o el establecimiento de funciones autónomas en cabeza de entidades de naturaleza única, como el Banco de la República. En cuanto a este último, por ejemplo, lo que prevé la Carta, sin detrimento de las funciones presidenciales de regular el comercio exterior y señalar al régimen de cambios internacionales con arreglo a las leyes marco, es la concordancia con la Junta Directiva del Emisor para evitar la dualidad de atribuciones.

"Por el contrario, es la propia Carta la que contempla, como función del legislador, que ejerce mediante la expedición de leyes, la de determinar la estructura de la administración nacional y la de 'crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica'.

"Entre las funciones administrativas del Presidente de la República, según el artículo 189, numeral 24, de la Constitución, está la de 'ejercer de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público'.

"Según el artículo 334 de la Constitución, corresponde al Estado ejercer, por mandato de la ley, la intervención en la economía, para asegurar su racionalización, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, entre otros cometidos.

"Estas funciones, que corresponden al Estado en su conjunto, no necesariamente deben cumplirse mediante la expedición de decretos reglamentarios de leyes marco, como lo pretende el actor. Y en cuanto a

las que corresponden, según la ley, al Presidente de la República, distintas de la reglamentaria –que le es atribuida a él de manera exclusiva dentro del sistema de las leyes marco (arts. 150 numeral 19, literal d) y 189 numeral 25, de la Constitución)– puede ejercerlas por conducto de organismos o entes administrativos dependientes del Gobierno, como la Superintendencia, bajo su orientación y sobre la base de las pautas de las leyes marco y las normas de los correspondientes decretos reglamentarios...".

"...En consecuencia, disposiciones como las acusadas no implican desconocimiento de la Carta Política, pues la antigua Comisión Nacional de Valores –hoy Superintendencia de Valores–, aunque no hace parte del Gobierno en el sentido restringido del término, desarrolla atribuciones presidenciales enmarcadas dentro de la preceptiva fundamental...".

El análisis hecho por la Corte Constitucional en sentencia con efecto de cosa juzgada, permite inferir que cuando la Superintendencia de Valores, en ejercicio de las funciones previstas en los artículos 9° de la Ley 32 de 1979 y 6° del Decreto 831 de 1980, expidió la Resolución 1242 de 1993 para regular en los artículos 91, 92, 127 y 129 lo atinente a las condiciones para adelantar la oferta pública de papeles comerciales; la compraventa de acciones de sociedades inscritas en bolsa y la prohibición de inscribir en el registro de accionistas los traspasos originados en operaciones celebradas sin la observancia de los registros señalados, no asumió una competencia que no le correspondía, como tampoco lo hizo al expedir la Resolución 400 del 22 de mayo de 1995, en los artículos acusados, pues si bien invocó las facultades que le otorgaba el Estatuto Orgánico del Mercado Público de Valores, en especial el artículo 1105, en concordancia con los artículos 1.1.0.4, 4.1.2.2 y 4.1.2.3, tales facultades tenían fundamento legal en los artículos 9° de la Ley 32 de 1979 y 6° del Decreto 831 de 1980, declarados exequibles por la Corte Constitucional. Competencia que se reiteró en la Ley 35 de 1993, expedida por el Congreso de la República en ejercicio de las atribuciones previstas en el artículo 150 numeral 19 literal d) de la Constitución Política, ley marco, mediante la cual se dictaron las normas generales y se señalaron los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular la actividad financiera, bursátil y aseguradora, como cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público.

Esta ley fijó en sus artículos 1°, 3°, 5°, 6° y 7° los objetivos de la intervención, los instrumentos para realizarla, las medidas para la democratización del crédito y las sanciones que en ejercicio de dicha facultad podía señalar el Gobierno Nacional; y en el artículo 4° se refirió especialmente a la intervención en el mercado público de valores.

Cobran especial relevancia para el *sub lite* los artículos 8° y 33 inciso 3°, de la citada ley que fijan la competencia de la facultad de intervención de cuyo tenor literal fluye de manera inequívoca la competencia de la Superintendencia de Valores para expedir las resoluciones acusadas.

En efecto, disponen estos artículos:

"Artículo 8°. *Ejercicio de las facultades.* Las funciones de intervención consagradas en los artículos 3°, 5°, 6° y 7° serán ejercidas por el Gobierno Nacional por conducto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

"Sin embargo, el Gobierno dictará las disposiciones que sean necesarias en desarrollo de dichas facultades antes del 30 de junio de 1993, sin perjuicio del ejercicio posterior de tales facultades cuando resulte procedente conforme a la ley".

"Artículo 33. *Facultades de regulación.*

"... Así mismo, el Gobierno Nacional adoptará las normas de intervención de que trata el artículo 4° de esta ley por conducto de la Sala General de la Superintendencia de Valores, así como las normas de funcionamiento del Registro Nacional de Valores e Intermediarios, los requisitos que deben reunir los documentos e intermediarios para ser inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios y aquellas a que se refieren los numerales 3, 4, 5, 6, 7, 10, 16, 22, 24, 25, 26, 27 y 36 del artículo 3° del Decreto 2739 de 1991..." (Subraya la Sala).

Bien sabido es que el numeral 19 literal d) del artículo 150 de la Constitución Política, vino a reemplazar el mecanismo de intervención que la antigua Constitución atribuía de manera directa y exclusiva al Presidente de la República en el numeral 14 del artículo 120.

Sabido es también que la regulación de una actividad económica determinada es la forma primaria y, en nuestro medio, mayormente utilizada para realizar la intervención del Estado en la economía.

Así mismo, de conformidad con el artículo 335 de la Constitución Política, que dispone:

"Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito",

resulta evidente que la intervención (incluida la que se realiza bajo la forma de regulación) debe cumplirse conforme a la ley, que no es otra que la Ley Marco a que se refiere el artículo 150 numeral 19 literal d).

Así las cosas, en el caso que se analiza, es también claro que, expedida por el Congreso la Ley 35 de 1993 a efectos de desarrollar el mandato contenido en la citada disposición constitucional, y habiéndose determinado en ella que en materia bursátil la intervención se realizaría por el Gobierno Nacional por conducto de la Sala General de la Superintendencia de Valores, no queda duda de que el legislador hizo uso de la facultad constitucional de señalar en la referida ley marco los objetivos y criterios a los cuales debía sujetarse el Gobierno para efectos de regular la actividad bursátil determinando la forma como el gobierno la realizaría, se repite, por conducto de la referida Sala General de la Superintendencia de Valores. A su turno este organismo al expedir las resoluciones acusadas sólo cumplió, ajustándose a la ley, con dicho mandato.

La apreciación anterior cobra mayor contundencia en la medida en que se comparan los textos de los artículos 8° y 33 de la Ley Marco, arriba transcritos y se observa de dicha comparación que ellos consagran, como mandato para el Gobierno, dos formas diferentes de realizar la intervención: Una, la contenida en el artículo 8°, referida a las funciones de intervención consagradas en los artículos 3°, 5°, 6° y 7° de la Ley Marco, las que serán ejercidas "por el Gobierno Nacional por conducto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; y otra, la que dice relación con las funciones de intervención de que trata el artículo 4° de esta ley por conducto de la Sala General de la Superintendencia de Valores", consagrada en el tantas veces citado artículo 33 ibídem. Por cierto, precisa la Sala, el artículo 4° de la Ley 35 de 1993, constituye el marco general para "intervención en el mercado de valores."

Demostrado entonces que la Superintendencia de Valores ejerció una función de acuerdo con la facultad legal, no encuentra la Sala, razón alguna para acceder a las pretensiones de la demanda y por lo tanto éstas se deniegan.

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

FALLA:

DENIÉGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, archívese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Julio Enrique Correa Restrepo, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

REINTEGRO DE SUMAS DEVUELTAS / SANCION POR DEVOLUCION IMPROCEDENTE / REVOCACION DE ACTO DE DEVOLUCION DE SALDO A FAVOR - Naturaleza

En cuanto a la revocatoria de la Resolución de reconocimiento (de la devolución) se reitera lo que se ha dicho en otros fallos en el sentido de que: "... en materia de saldos a favor de las declaraciones del impuesto sobre las ventas, al no constituir la devolución un reconocimiento definitivo puede revocarse por la administración sin necesidad del consentimiento del contribuyente, si efectuadas las comprobaciones se constata su improcedencia". Se anota que al exigírsele al contribuyente el reintegro de la suma devuelta en exceso (numeral 2° parte resolutiva) tácitamente se está operando la revocación del acto administrativo que reconoció y ordenó el pago de dicha suma.

COSTO PRESUNTO - Inaplicabilidad / COSTOS Y DEDUCCIONES - Diferencias

En cuanto al costo presunto (art. 82 del Estatuto Tributario), se considera que no procede su aplicación debido a que en este caso se trata de una actividad de servicios y no de compraventa de activos. De acuerdo con lo que expresa el apelante, se evidencia a las claras que el contribuyente en el año discutido no incurrió técnica ni jurídicamente en costos sino en gastos (deducciones) cuyo tratamiento fiscal es distinto, porque los costos aluden en general a los desembolsos habidos en la producción mientras que los gastos o expensas necesarias a los de mantenimiento o administración. Por lo tanto, no prospera el cargo ni procede la aplicación del costo presunto solicitada subsidiariamente por el apelante.

SALDO A FAVOR - Término para practicar requerimiento especial / LIQUIDACION PRIVADA - Firmeza

La notificación del requerimiento especial se efectuó en la oportunidad legal, pues si se tiene en cuenta que la declaración de renta del contribuyente presentada en el año gravable de 1988 refleja un saldo a favor y la solicitud de devolución fue hecha el 15 de septiembre de 1989, entonces los dos (2) años de que trata el artículo 705 del Estatuto Tributario, en principio vencían el día 15 de septiembre de 1991; pero como operó la suspensión de tres (3) meses para la práctica de la inspección tributaria (art. 706 *ibidem*), ello significa a las claras que la notificación del requerimiento especial fue oportuna.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Guillermo Chahín Lizcano.*

Radicación número 7254 (acumulación).

Referencia: Apelación sentencia de 18 de mayo de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. (Impuesto de renta año gravable 1988 y sanción por improcedencia de la devolución). Fallo.

Actor: Javier Contreras Torres.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del señor Javier Contreras Torres, cédula de ciudadanía número 19052900 de Bogotá, contra la sentencia de 18 de mayo de 1995 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las súplicas de la demanda formulada por el mencionado contribuyente en relación con el impuesto de renta del año gravable 1988 (juicio número 10.087) y la sanción por improcedencia de la devolución (juicio número 10.121).

Mediante auto visible a folio 74 se decretó la acumulación del juicio 10.121 al 10.087, el cual se refiere a la Resolución de Sanción número 601242 de septiembre 11 de 1992 por la devolución improcedente de la suma de $165.000.

ANTECEDENTES (JUICIO NUMERO 10087)

El contribuyente cuya actividad económica es la de "Constructor" declaró en 1988 ingresos por un total de $32.417.000, los cuales fueron recibidos de las firmas Malibú S. A., Fernando Mazuera y Cía. S. A. e Inversiones Gesa Ltda.

A su vez, en el renglón 17 solicitó costos y deducciones por $30.192.000 determinando una renta líquida gravable de $2.225.000, y un total de impuesto a cargo de $159.000, valor que incluye el impuesto de patrimonio liquidado en la suma de $21.000.

Como quiera que acreditó retenciones en la fuente por $324.000 efectuadas por las firmas constructoras de quienes recibió los ingresos denunciados, la declaración registra un saldo a favor de $165.000, cuya devolución solicitó y obtuvo el contribuyente, pues la Administración expidió la Resolución de reconocimiento número 061348 de 29 de septiembre de 1989 y se efectuó la entrega del cheque número 2279 del Banco Popular por dicha suma.

Con el fin de verificar la devolución y en virtud de las amplias facultades de fiscalización, la administración ordenó visita y realizó varias actuaciones para revisar la declaración de renta del contribuyente por el año gravable de 1988, habiendo establecido que éste omitió declarar la suma de $311.874, que aparecía a su favor a 31 de diciembre de 1988 en el Banco Cafetero. Ademas, encontró que no llevaba libros de contabilidad (acta de inspección tributaria de diciembre 10 de 1991).

De acuerdo con lo anterior, la Administración expidió el requerimientoespecial 0262 de diciembre 12 de 1991, en el cual se expresa que en cumplimiento del auto comisorio 430 de abril 12 de 1991 se inició investigación posterior a la devolución, solicitándosele al contribuyente (requerimiento ordinario 362 de abril 15 de 1991), soportar los renglones de su declaración en cuya respuesta aportó 32 tomos radicados bajo el número 021720 del 29 de mayo de 1991 (no aparecen dentro de los antecedentes).

En este requerimiento especial se propone adicionar el activo patrimonial en la suma de $312.000, aumentando los patrimonios bruto y líquido en este valor y por ende el impuesto de patrimonio (de $21.000 a $24.000).

Así mismo el requerimiento especial propone el rechazo total de los costos y deducciones solicitados en el renglón 17, aduciendo a la Administración que los documentos aportados por el contribuyente para soportar tales costos y deducciones carecen de los requisitos mínimos para acreditar un pago , como también de la falta de identidad de quien efectúa el pago y de quien lo recibe. Además señala que se encuentran tachaduras y enmendaduras en los documentos, por lo que no es posible determinar con certeza las cantidades que dice el contribuyente han sido canceladas.

El rechazo propuesto de costos y deducciones de 30.192.000 corresponde a la totalidad solicitada por este concepto, es decir el valor del renglón 17 es cero (-0-).

Cumplido el requisito del requerimiento especial, la Administración Tributaria produjo la liquidación oficial de revisión 501260 de septiembre 11 de 1992, en la cual plasmó las glosas formuladas por la División de Fiscalización, es decir adicionó el activo patrimonial en $312.000 y rechazó la totalidad de los costos y deducciones solicitados por el contribuyente ($30.192.000), aduciendo que los documentos que los comprueban carecen de los requisitos mínimos a más de que no tienen fecha cierta (artículo 767 del Estatuto Tributario).

De otra parte, la División de Liquidación precisa que no es viable la aplicación del costo presunto (artículo 82 del Estatuto Tributario), porque siendo la actividad del contribuyente de servicios, las erogaciones efectuadas tienen la calidad de expensas (deducciones), las cuales requieren para su deducibilidad la formalidad de la prueba con todos los elementos extrínsecos e intrínsecos que la componen.

Además, impuso sanción por inexactitud tomando en la base el nuevo impuesto de renta y patrimonio determinados, el rechazo de los costos y deducciones, más el saldo a favor devuelto ($165.000). (Fls. 18/22).

Con motivo del recurso de reconsideración el contribuyente precisa que no es cierto que carecen de identificación todas las personas que recibieron salarios (deducciones), pues la mayoría de ellas aparecen en las planillas de pago de jornales con sus respectivos nombres, apellidos, cédula de ciudadanía y firmas; que aunque tales documentos no son un dechado de perfección, porque se trata de obreros de la construcción, en todo caso, prueban la realización de tales erogaciones.

Señala que es igualmente injusto y contrario a las normas procesales, afirmar que tales documentos carecen de fecha cierta, porque las planillas de pagos de jornales contienen dichos pagos por semanas, como se acostumbra en las labores de construcción de vivienda.

También observa que, por lo general, los obreros de la construcción ganan el salario mínimo y por esta circunstancia no están obligados a declarar, ni el patrón ocasional está obligado a retener suma alguna por retención en la fuente.

Respecto a la sanción por inexactitud en suma equivalente al 160% (inciso 2° artículo 647 del Estatuto Tributario), señala que de proceder la sanción, ésta no podría exceder del 20% de los valores inexactos en virtud del inciso 4° de la norma en cita.

Por lo demás, afirma que la liquidación de revisión no se practicó dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de vencimiento del término para dar respuesta al requerimiento especial y su ampliación, pues si el requerimiento

se formuló el 12 de diciembre de 1991 y se notificó por correo en esta fecha, los tres meses para la respuesta vencieron el 12 de abril de 1992; entonces la administración, a partir de esta fecha, contaba seis meses para practicar la liquidación de revisión, es decir, hasta el 12 de octubre del año 1992 y si bien ésta tiene como fecha el 11 de septiembre de 1992, la introducción al correo se efectuó con posterioridad a tal fecha.

La División Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, al resolver el recurso de reconsideración por medio de la Resolución 10256 de septiembre 23 de 1993, precisa que en modo alguno se practicó extemporáneamente la liquidación de revisión, pues ésta se practicó conforme a las previsiones del artículo 710 del Estatuto Tributario debido a que tal acto se notificó por correo certificado el 11 de septiembre de 1992.

En relación con la adición del activo patrimonial en la suma de $312.000 la Administración puntualiza que la omisión se detectó con motivo de la inspección tributaria enviando oficio al Banco Cafetero que certificó por escrito este valor (cuenta corriente número 02500940-8).

Respecto al desconocimiento de costos y deducciones la Administración observa que como el contribuyente no lleva libros de contabilidad, los documentos que elabore en su actividad deben reunir los requisitos de los documentos privados para que sirvan de prueba (artículo 252 del Código de Procedimiento Civil), debiendo sujetarse específicamente a lo previsto en el artículo 767 del Estatuto Tributario, es decir, el documento debe tener fecha cierta o auténtica, por haber sido registrado o presentado ante notario, juez o autoridad administrativa.

Luego de referirse a otros aspectos procesales confirmó en todas sus partes la liquidación oficial de revisión, quedando agotada la vía gubernativa. (Fls. 23/37).

En la demanda ante el Tribunal el actor básicamente plantea la nulidad de la liquidación de revisión en razón de que el requerimiento especial se notificó después de los dos (2) años de haber sido presentada la solicitud de devolución del sobrante de impuestos (artículo 703 del Estatuto Tributario); y porque la Administración desconoció el alcance del artículo 82 *ibidem* en cuanto a la determinación del costo presunto.

Respecto al rechazo de costos reitera que las planillas de pagos no son un dechado de perfección, pues él no tiene empresa alguna de obras o construcciones, sino que ejecutó algunas obras por encargo de Fernando Mazuera y Cía., por lo que resultaría injusto afirmar que carecen de eficacia probatoria.

En relación con estas planillas de pago precisa que tienen fecha de emisión, las personas que reciben los pagos se identifican con sus nombres y apellidos

y muchas de ellas con cédula de ciudadanía. Que es cierto que por lo simple de esas planillas las personas que reciben los pagos no dicen que los reciben del contribuyente, pero es indiscutible que debe presumirse legalmente que el señor Javier Contreras Torres es el autor de las erogaciones o pagos relacionados en las planillas, por el solo hecho de haberlo declarado él así, salvo que exista prueba en contrario, o que las planillas hubieran sido tachadas de falsas y probado su falsedad, cosa que no ha ocurrido.

Solicita entonces se dé aplicación al artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto expresa que un documento es auténtico cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado o cuando habiéndose aportado a un proceso y afirmado estar suscrito por la parte contra quien se opone, no es tachado de falso.

Por último, impugna la sanción por inexactitud manifestando que la omisión involuntaria del activo patrimonial ($312.000) es irrelevante para efectos tributarios, ya que tal valor no era susceptible de gravamen por su monto realmente bajo. En todo caso, pide se determine la sanción por inexactitud en el 20% de conformidad con el inciso 2° del artículo 647 del Estatuto Tributario.

Admitida la demanda y cumplidos los correspondientes trámites procesales, el Procurador Tercero en lo Judicial ante el Tribunal al descorrer el traslado considera que el requerimiento especial se notificó dentro del término legal, pues en este caso se debían tener en cuenta los tres (3) meses de suspensión por la práctica de la inspección tributaria. En cuanto a la adición de $312.000 en el activo patrimonial expresó que la actuación de la Administración fue correcta, mas no en cuanto al rechazo de costos, pues expresó que "no puede excluirse de la estimación en forma presunta en un 75%, ya que por razón del oficio que desempeña se infiere que para el cumplimiento del mismo, incurrió en costos que tienen relación directa con la actividad productora de renta a la cual se dedica, aspecto que hace aplicable la estimación del 75% del valor declarado, aunque antitécnicamente alegado, aparece planteado por el accionante en su libelo demandatorio, lo que hace necesario el pronunciamiento correspondiente" (fl. 103).

Sin embargo, el Tribunal al decidir las peticiones de la demanda consideró que no procedía la aplicación del costo presunto previsto en el artículo 82 del Estatuto Tributario, porque en este caso se trata de una actividad de servicios y no de compraventa de activos, transcribiendo apartes de la sentencia de junio 22 de 1990 (expediente 2506, actor: Marina Ocampo de Orozco. Ponente: doctor Jaime Abella Zárate).

En cuanto a la presunta violación del artículo 705 del Estatuto Tributario (término para notificar el requerimiento especial), el *a quo* señala que éste se notificó dentro de los dos años de haber sido presentada la solicitud de devolución, toda vez que si el requerimiento especial 0262 tiene fecha de

diciembre 12 de 1991 y la solicitud de devolución es del 15 de septiembre de 1989, entonces computando la suspensión de términos de tres meses, resulta que la Administración notificó tal requerimiento dentro de la oportunidad legal.

Finalmente, el Tribunal se refiere a la sanción por inexactitud impuesta, argumentando que en el *sub examine* no es aplicable el inciso 4° del artículo 647 del Estatuto Tributario, porque la sanción del 20% está prevista para las entidades no contribuyentes obligadas a presentar declaración de ingresos y patrimonio (artículo 598 *ibidem*); y en cambio el demandante sí es contribuyente obligado a presentar declaración de renta y patrimonio (artículos 591 y ss. *ibidem*) cuya sanción por inexactitud es equivalente al 160% de la diferencia entre el saldo a pagar determinado en la liquidación oficial y el declarado por el contribuyente.

En resumen, el Tribunal tramitó y decidió desfavorablemente las súplicas de la demanda relacionadas con los actos de determinación del impuesto de renta y sanción por inexactitud correspondiente al año gravable 1988 (fls. 112/120).

ANTECEDENTES (JUICIO NUMERO 10121)

1. En la declaración de renta del año gravable 1988 resultó un saldo a favor del contribuyente de $165.000.

2. Este solicitó la devolución de dicha suma a lo cual accedió la administración, pues dictó resolución de reconocimiento entregando al contribuyente el respectivo cheque.

3. Luego de hacer algunas verificaciones la Administración expidió el Requerimiento Especial 06000262 de diciembre 12 de 1991, en el cual se propone la imposición de sanción por devolución de sumas improcedentes.

4. El 12 de septiembre de 1992 la División de Liquidación mediante la Resolución 601242 impuso la sanción y ordenó la restitución de la suma indebidamente devuelta.

5. Contra esta Resolución de sanción el contribuyente interpuso recurso de reconsideración el cual fue decidido en forma adversa por la Administración mediante Resolución 10257 del 24 de septiembre de 1993.

La impugnación de la Resolución de Sanción fundamentalmente radica en el hecho de que, si bien en la parte considerativa de la misma se menciona expresamente al contribuyente Contreras Torres Javier NIT 19.052.900-6, en la parte resolutiva de la Resolución no se individualizó a la persona afectada con dicho acto; pues no se expresó en forma clara e inequívoca el nombre de la persona sancionada.

Pues bien, el Tribunal al decidir la *litis* de este proceso (número 10.121) precisa que el hecho de que en el primer artículo de la parte resolutiva del acto que impuso la sanción no se haya individualizado a la persona sancionada, no da lugar a la nulidad impetrada, pues son suficientes los considerandos de la mencionada resolución para dar certeza a la persona a quien se sanciona por la devolución improcedente. En consecuencia, denegó las súplicas de la demanda (fls. 125/126).

RECURSO DE APELACION

En relación con los actos de determinación del impuesto de renta de 1988 (juicio 10.087), el apoderado del actor impugna la sentencia del Tribunal reiterando que la inspección tributaria fue practicada por una persona que carecía de competencia (Oscar Alzate Ibáñez); además, la notificación del requerimiento especial se hizo extemporáneamente porque el término de suspensión de tres meses, es el tiempo máximo previsto en el artículo 706 del Estatuto Tributario, por lo que considera que dicha suspensión llega hasta el 10 de diciembre de 1991, fecha en que se dio por terminada la visita tributaria.

Por consiguiente, estima que tanto el requerimiento especial como la liquidación de revisión son absolutamente nulas, porque se formularon y notificaron cuando ya por ministerio de la ley la declaración de renta del contribuyente había quedado en firme.

Respecto al rechazo de los costos y deducciones declarados en el renglón 17 de la declaración tributaria, reitera que las planillas de pago aportadas no son un dechado de perfección, pero que la mayoría de personas que recibieron los pagos se identifican con sus nombres y apellidos y con cédulas de ciudadanía.

Señala que la sentencia del Consejo de Estado que cita el Tribunal en cuanto al costo presunto (artículo 82 del Estatuto Tributario), se refiere a cuestiones diferentes (renta producida por un camión objeto de amnistía, esto es, en la actividad del transporte), así puedan tener aspectos similares.

Así mismo, puntualiza que la Administración Tributaria no ha dicho que se desconoce el costo porque existen indicios de que el informado no es real, sino simplemente no reconoce el costo por concepto de pagos a obreros de la construcción debido a que las planillas de pago carecen de fecha cierta, pues ninguna norma tributaria dice que los recibos de pago deben autenticarse ante notario. Por lo tanto, es legal que se acepten los costos declarados, porque las planillas de pago, a pesar de adolecer de imperfecciones de tipo puramente estético, constituyen un medio probatorio documental idóneo.

En subsidio, el apelante considera que se debe acoger el concepto del Agente del Ministerio Público en este punto sobre el porcentaje del 75%.

En lo atinente a la sanción por inexactitud solicita se deje sin efecto dicha sanción, porque la suma adicionada en el activo patrimonial del contribuyente ($312.000), no es susceptible de gravamen por ser su monto muy bajo.

En igual sentido se refiere a la sanción ocasionada por el rechazo de los costos y deducciones ($30.192.000) debido a que el contribuyente no suministró datos falsos, incompletos o desfigurados.

En cuanto a la impugnación de la Resolución de Sanción (juicio número 10.121) el apelante básicamente sostiene que el Tribunal se abstuvo de decretar la nulidad de la resolución sancionatoria argumentando que de conformidad con el artículo 670 del Estatuto Tributario la devolución de los saldos a favor no constituye un reconocimiento definitivo, pero olvidó que tal evento sólo tiene ocurrencia dentro de los dos años siguientes contados a partir de la devolución o compensación, pues la resolución que impone la sanción de $165.000, se notificó dos años después de haberse producido la devolución del saldo a favor.

Así mismo, el apelante afirma que la resolución sancionatoria no es oponible al contribuyente porque en la parte resolutiva no se dice que se le impone a él sanción alguna, ni mucho menos que se le exige a Javier Contreras Torres devolución alguna de suma de dinero o mejor, la suma de dinero recibida por concepto de la devolución.

Por todo lo anterior, solicita se revoque en todas y cada una de sus partes el fallo recurrido, para en su defecto acceder a las súplicas de la demanda (fls. 129/140).

ALEGATOS DE CONCLUSION

En la oportunidad procesal el apoderado judicial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales descorre el traslado para formular su alegato final puntualizando lo siguiente:

Juicio número 10.087.

1. Que no se vulneró el debido proceso como lo afirma el recurrente, porque de acuerdo con los artículos 561 y 688 del Estatuto Tributario la competencia se puede delegar en un funcionario de menor jerarquía, como sucedió en el presente caso, razón por la cual el funcionario que practicó la diligencia cuestionada, se encontraba delegado por el Jefe de la División de Fiscalización, y al actuar en calidad de delegatorio, obviamente quedaba investido de las facultades correspondientes, siendo en consecuencia su actuación ajustada a derecho.

2. Respecto a la interpretación que da el actor al artículo 706 del Estatuto Tributario disiente de la misma, en razón de que no existe norma en dicho

ordenamiento que señale el procedimiento descrito por el demandante. Por lo tanto, precisa que de la sola lectura del artículo 706 *ibidem* surge, sin lugar a dudas, que la suspensión opera de pleno derecho, no siendo en consecuencia de recibo los argumentos esgrimidos por el actor.

3. En cuanto a los costos y deducciones desestimados señala que en el proceso no se ha determinado que el actor haya efectuado las erogaciones alegadas. Tampoco son suficientes las pruebas allegadas para demostrar los hechos aducidos por el contribuyente como lo observó el Tribunal en la sentencia apelada.

4. En relación con la sanción por inexactitud relieva que basta ver la declaración de renta del contribuyente y la liquidación oficial que se practicó, para darse cuenta de que la omisión de la suma de $312.000 se traduce en un menor impuesto a pagar (impuesto de patrimonio declaración privada $21.000 y liquidación de revisión $24.000).

Juicio número 10.121.

En relación con la Resolución de Sanción número 601242 de septiembre 11 de 1992 precisa que de su lectura surge, sin lugar a dudas, que la sanción fue impuesta al contribuyente Contreras Torres Javier, no mereciendo mayores comentarios. Por lo tanto solicita se confirme en todas sus partes la sentencia apelada (fls. 149/151).

En este proceso no descorrió el traslado el Delegado Octavo de la Procuraduría General de la Nación ante la Corporación (fl. 145).

CONSIDERACIONES

Procede la Sala a decidir los aspectos de impugnación formulados contra la sentencia proferida por el Tribunal en el proceso acumulado de la referencia, así:

Juicio número 10.087.

En primer lugar el apelante sostiene que el acta de inspección tributaria de diciembre 10 de 1991 fue practicada por el funcionario Oscar Alzate Ibáñez, quien no aparece comisionado en el auto 0430 de abril 12 de 1991.

Sobre este punto la Sala observa que, si bien el señor Alzate Ibáñez no figura en el auto 0430 lo cierto es que él, en su condición de Jefe de la División de Fiscalización – Grupo de Verificación de Devoluciones–, legalmente estaba facultado para practicar la inspección tributaria y también formular el requerimiento especial 0262 de diciembre 12 de 1991 de acuerdo con lo previsto en los artículos 561 y 688 del Estatuto Tributario. Por lo tanto, no prospera el cargo.

En segundo lugar avoca el tema relativo a la notificación extemporánea del requerimiento especial planteada por el apelante.

Al respecto la Sala considera que la mencionada notificación se efectuó en la oportunidad legal, pues si se tiene en cuenta que la declaración de renta del contribuyente presentada en el año gravable de 1988 refleja un saldo a su favor ($165.000) y la solicitud de devolución fue hecha el 15 de septiembre de 1989 (radicación 3160), entonces los dos (2) años de que trata el artículo 705 del Estatuto Tributario, en principio, vencían el día 15 de septiembre de 1991; pero como operó la suspensión de tres (3) meses por la práctica de la inspección tributaria (artículo 706 *ibidem*), ello significa a las claras que la notificación del requerimiento especial 0262 fue oportuna. Tampoco prospera el cargo.

En tercer lugar la impugnación se refiere a un asunto de fondo como lo es el que toca con el rechazo de costos y deducciones por la suma de $30.192.000, los cuales fueron desconocidos por la Administración Tributaria, porque los documentos que aportó el contribuyente para soportarlos carecen de los requisitos mínimos para acreditar la existencia de un pago como son: la identidad de quien efectúa dicho pago y de quien lo recibe. Además, se glosan porque estos documentos no son de fecha cierta (artículo 767 del Estatuto Tributario), calidad que se requiere toda vez que el contribuyente no lleva libros de contabilidad (informe de libros de fecha junio 19 de 1991).

Como ha quedado reseñado en los antecedentes, el contribuyente a través del proceso básicamente se ha limitado a afirmar que es innegable que las planillas de pagos efectuados a obreros de la construcción no son un dechado de perfección, pero que en todo caso resultaría injusto desconocerles eficacia probatoria, sobre todo cuando han sido aceptadas como prueba de pagos en años gravable anteriores a 1988.

Así mismo, ha precisado que el pago tiene relevancia jurídica en materia tributaria cuando quien lo recibe está obligado a declarar, lo cual no ocurre con los obreros de la construcción quienes en su gran mayoría ganan sumas de dinero ligeramente superiores al salario mínimo y por esta circunstancia no están obligados a declarar.

Respecto a la identidad de quien hace el pago reconoce que las planillas no contienen el nombre del contribuyente, pero que se deben aceptar debido a que se presume legalmente que él es el autor de las erogaciones o pagos, por el solo hecho de declararlo así, salvo que exista prueba en contrario, y la administración no ha recaudado tal prueba.

Pues bien, sobre este punto la Sala considera que las mencionadas planillas de pago evidentemente no son prueba suficiente para demostrar los

costos y deducciones, como lo anotó el Tribunal, pues al no llevar libros de contabilidad correspondía entonces al actor presentar pruebas idóneas para comprobar las erogaciones alegadas; pero especialmente probar, en la vía gubernativa o ante el Tribunal, que las erogaciones las efectuó el señor Javier Contreras Torres, toda vez que no existiendo la presunción alegada, correspondía a éste mediante prueba testimonial, por ejemplo, probar al menos que varias personas que aparecen en las planillas recibieron en tal fecha, de manos del señor Contreras Torres, el respectivo valor, con lo cual se hubiera constituido en indicio favorable para obtener el reconocimiento de los costos y deducciones desestimados.

De manera que, al no haberse mejorado la prueba, habiendo tenido el contribuyente la oportunidad de hacerlo, la Sala habrá de mantener el rechazo de los costos y deducciones solicitados.

En cuanto al costo presunto (artículo 82 del Estatuto Tributario), la Sala considera, al igual que lo hizo el Tribunal, que no procede su aplicación debido a que en este caso se trata de una actividad de servicios y no de compraventa de activos.

Esta apreciación de la Administración, repetida por el Tribunal en la sentencia apelada, de que la actividad del contribuyente es de "servicios" la reitera el apelante cuando expresa:

"... se le ha dado el tratamiento de un comerciante, de un empresario, sin detenerse a pensar que los empresarios son los contratistas y no el subcontratista ocasional cuya misión es enganchar trabajadores de la construcción para ejecutar bajo la dirección de ingenieros y arquitectos casas con materiales aportados por los contratistas, y que en buen romance es un maestro de obra carente de establecimiento de comercio alguno y al servicio de la firma Mazuera y Cía. en el caso que nos ocupa" (Las subrayas son de la Sala).

De acuerdo con lo anterior, se evidencia a las claras que el contribuyente en el año discutido no incurrió técnica ni jurídicamente en costos sino en gastos (deducciones) cuyo tratamiento fiscal es distinto, porque los costos aluden en general a los desembolsos habidos en la producción mientras que los gastos o expensas necesarias a los de mantenimiento o administración. Por lo tanto, no prospera el cargo ni procede la aplicación del costo presunto solicitada subsidiariamente por el apelante (fls. 136/137).

En cuarto lugar, la apelación tiene que ver con la sanción por inexactitud, que en concepto del apelante no se configura al tenor del artículo 647 del Estatuto Tributario, debido a que la Administración al rechazar la suma de

$30.192.000 solamente adujo que los soportes de los costos y deducciones carecían de los requisitos mínimos para acreditar la existencia de un pago, falta de identidad, tachaduras o enmendaduras, etc., lo cual no es lo mismo que suministrar datos incompletos y desfigurados, aspectos éstos que en sí mismos constituyen conductas dolosas.

A este respecto la Sala reitera lo expuesto por el Tribunal en la sentencia, en el sentido de que la sanción no sólo fue impuesta por la omisión del saldo bancario ($312.000) a diciembre 31 de 1988, sino también porque presentaba la declaración datos incompletos y desfigurados, como son la determinación de los costos y deducciones, de los cuales se derivó un menor impuesto a cargo del contribuyente y cuya diferencia con el impuesto declarado por el mismo, se liquidó la sanción por inexactitud. No prospera el cargo.

Juicio número 10121.

En este juicio se impugna la Resolución de Sanción 601242 de septiembre 11 de 1992 mediante la cual la División de Liquidación de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales impuso sanción por devolución improcedente $165.000, ordenando el reintegro de la mencionada suma, más los intereses moratorios liquidados a la tasa vigente en el momento del pago, incrementados estos últimos en un 50% de conformidad con el artículo 670 del Estatuto Tributario.

La impugnación hace alusión al hecho de que no se podía imponer esta sanción hasta tanto se revocara la Resolución mediante la cual se efectuó el reconocimiento de la suma devuelta; y además, que la Resolución Sancionatoria no es oponible al contribuyente porque en la parte resolutiva no se dice expresamente que se le impone a Javier Contreras Torres sanción alguna, ni mucho menos que se le exige a éste, devolución alguna de dinero.

En cuanto a la revocatoria de la Resolución de Reconocimiento, la Sala considera que no le asiste razón al apelante, pues el Consejo de Estado en reiterados fallos ha expresado su criterio sobre la materia en el sentido de que:

> "... en materia de saldos a favor de las declaraciones del impuesto sobre las ventas, al no constituir la devolución un reconocimiento definitivo, puede revocarse por la administración sin necesidad del consentimiento del contribuyente, si efectuadas las comprobaciones se constata su improcedencia". (Sentencia de octubre 18 de 1991, expediente 3435, Ponente: doctor Jaime Abella Z.).

Por lo demás, se anota que al exigírsele al contribuyente el reintegro de la suma devuelta en exceso (numeral 2° parte resolutiva Resolución 601242 de septiembre 11 de 1992), tácitamente se está operando la revocación del acto administrativo que reconoció y ordenó el pago de dicha suma.

Y en cuanto a la falta de individualización que echa de menos el apelante en la parte resolutiva de la Resolución de Sanción, al igual que el Tribunal, la Sala considera que son suficientes los considerandos de la mencionada resolución para dar certeza de la persona a quien se sanciona por la devolución improcedente. Por lo tanto, no prosperan los anteriores reparos.

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

FALLA:

1°. CONFÍRMASE la sentencia de 18 de mayo de 1995 proferida en el juicio 10087, en cuanto el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda formulada por el señor Javier Contreras Torres, cédula de ciudadanía número 19.052.900 de Bogotá, en relación con los actos de determinación del impuesto de renta del año gravable 1988.

2°. CONFÍRMASE la sentencia de 18 de mayo de 1995 proferida en el juicio 10.121, en cuanto el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda formulada por el señor JAVIER CONTRERAS TORRES, cédula de ciudadanía número 19.052.900 de Bogotá, en relación con la imposición de sanción por improcedencia de la devolución del saldo a favor que registra la declaración de renta del año gravable 1988.

3°. RECONÓCESE PERSONERÍA al abogado Alberto Camargo Aya de acuerdo con poder visible a folio 153 del expediente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia de que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección; *Consuelo Sarria Olcos, Delio Gómez Leyva, Lucy Cruz de Quiñones,* Conjuez, ausente.

Carlos A. Flórez, Secretario.

PAGO POR CONCERTACION - Naturaleza / PAGO NO SALARIAL - Bonificación ocasional

El pago en cuestión no se hallaba afecto a obligación laboral alguna que preexistiera a tiempo de la conciliación, evidentemente dicho pago carecía del carácter remuneratorio o indemnizatorio que pretendió atribuirle el actor y, de suyo, de la naturaleza de una contraprestación salarial. De hecho el acta de conciliación dice, claramente, que la partida mayor ofrecida al accionante y que éste aceptó espontáneamente "no corresponde a ningún derecho cierto e indiscutible" del mismo; y también que se trata de una cantidad dineraria que "la Empresa voluntariamente ha convenido en pagar al señor..."; como lo espontáneo o voluntario, se opone a lo obligatorio, se desvirtúa el alegado carácter salarial del pago en discusión, debiendo considerarse como simple bonificación ocasional, concedida por mera liberalidad del patrono...". Una vez precisado que el pago proveniente de la terminación de un contrato de trabajo por la vía de la concertación, según se desprende del acta misma de la conciliación, no corresponde en su integridad al carácter de salario, sino que una parte del mismo corresponde a una bonificación ocasional concedida por mera liberalidad del patrono.

SALDO A FAVOR / ASALARIADO CON SALDO A FAVOR - Retención por salarios / RETEFUENTE POR SALARIOS - Asalariado con saldo a favor / LIQUIDACION PRIVADA - Firmeza / REQUERIMIENTO ESPECIAL / Liquidación de revisión

Por ser el actor un contribuyente en cuya declaración determinó saldos a favor, y que a su vez no se encontraba incurso dentro de la excepción acerca de la retención en la fuente por salarios, el término de revisión de dos años, que debía contarse a partir de la fecha de la solicitud de devolución, no había empezado a

correr. Así las cosas, y puesto que la solicitud de devolución se presentó el 14 de julio de 1989, fecha para la cual ya se encontraba en vigor el art. 53 del Decreto 2503 de 1987, era esta la norma que de conformidad con lo previsto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 debía aplicarse en lo atinente al cómputo del término para dejar en firme una liquidación privada. Del texto del art. 53 del Decreto 2503 de 1987 se puede concluir entre otras cosas que en tratándose de la declaración tributaria en la cual se presente un saldo a favor del contribuyente, si bien el término para que quede en firme la liquidación privada continúa siendo de dos años, y los mismos se cuentan a partir de la presentación de la solicitud de devolución o compensación, la liquidación quedará en firme si dentro de dicho lapso no se ha notificado requerimiento especial, ya no la liquidación de revisión. Así mismo, desapareció para los contribuyentes asalariados en cuya declaración se determinara saldo a su favor, el tratamiento especial previsto en el artículo 75 de la Ley 9ª de 1983, es decir, que el cómputo de dos años se contaría a partir de la fecha de la declaración o de la corrección, siempre y cuando la retención en la fuente por salarios representara un 80% o más del total de retenciones practicadas.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Delio Gómez Leyva.*

Radicación número 7236.

Referencia: Impuestos Renta. 1986. Fallo.

Actor: Ernesto Tréllez Solís.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del actor contra la sentencia del 23 de mayo de 1995, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho impetrado por el señor Ernesto Tréllez Solís para impugnar los actos administrativos que determinaron el impuesto de renta por el año gravable de 1986.

ANTECEDENTES

El contribuyente Ernesto Tréllez Solís cumplió con la obligación formal de presentar declaración de renta y complementarios por el año gravable de

1986, el día 30 de abril de 1987, radicada bajo el número 007059 DIN 0717 y corregida con la Liquidación Privada número 000092 DIN 457 de junio 26 de 1987.

El 14 de julio de 1989, el contribuyente presentó solicitud de sobrantes por la suma de $4.803.882, el cual fue aprobado mediante Resolución número 060577 de 17 de agosto de 1989.

La División de Fiscalización de la Administración de Impuestos Nacionales Personas Naturales de Bogotá profirió el Auto Comisorio número 001609 de fecha octubre 10 de 1990, mediante el cual se comisionó a funcionarios de esa División con el fin de verificar los valores declarados, que dieron origen a la devolución efectuada por la vigencia fiscal para 1986.

El 21 de junio de 1991, la misma dependencia profirió el Auto de Inspección Tributaria número 000859 con el fin de verificar los valores declarados que determinaron el saldo a favor, y el Requerimiento Ordinario número 03-000606, a fin de que el contribuyente suministrara la información de los valores declarados en su denuncio rentístico del período gravable de 1986.

La División de Fiscalización de la Administración Local de Cundinamarca profirió el Requerimiento Especial número 06-000178 del 11 de octubre de 1991, mediante el cual se propone al contribuyente la modificación de su denuncio rentístico por el año fiscal 1986.

La División de Liquidación de esta Administración profirió la Liquidación Oficial de Revisión número 501170 del 8 de julio de 1992, mediante la cual se modificó la declaración de Renta número 000092 de junio 26 de 1987. Dentro de los términos expuestos en el Requerimiento Especial número 06-000178 de octubre 11 de 1991, el contribuyente presentó recurso de reconsideración en contra de la liquidación oficial, el cual fue decidido mediante la Resolución número 60310150 del 5 de agosto de 1993, en virtud de la cual se confirmó en todas sus partes la liquidación oficial impugnada.

LA DEMANDA

El contribuyente presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la anterior actuación administrativa, acusando de violar las siguientes disposiciones: artículos 29, 83, 209 y 363 de la Constitución Nacional; 40 de la Ley 153 de 1887; 15 del Decreto 2053 de 1974; 17 del Decreto 187 de 1975; Ley 52 de 1977; Decreto Extraordinario 3803 de 1982; artículos 71 y 75 de la Ley 9ª de 1983; 683, 705, 710, 684 y 779 del Estatuto Tributario, por las siguientes razones:

Estima el actor que la liquidación oficial de revisión número 501170 de julio 8 de 1992, es nula porque el requerimiento especial no se practicó en la forma prevenida por las normas tributarias y porque la misma liquidación oficial se notificó por fuera del término, estando en firme la liquidación privada, pues de acuerdo con el artículo 75 de la Ley 9ª de 1983, la liquidación oficial debía notificarse dentro de los dos años siguientes a la presentación de la liquidación privada, previo el requerimiento especial; y si la corrección de la declaración de renta fue presentada el 26 de junio de 1987, la liquidación oficial debió notificarse a más tardar el 26 de junio de 1989 y no el 8 de julio de 1992, como lo pretende la administración.

Agregó que es nula la Resolución número 601014 de julio 8 de 1992, que declaró la improcedencia de la devolución, por cuanto debía efectuarse dentro de los dos años siguientes al momento en que se ordenó la devolución, toda vez que el artículo 670 del Estatuto Tributario, fija no sólo la facultad para establecer la sanción sino también el término para imponerla y el procedimiento; por consiguiente, el desconocimiento de cualquiera de estos requisitos conlleva la nulidad del acto administrativo de improcedencia.

Adicionalmente, sostuvo que tampoco es procedente el auto número 000859 de junio 21 de 1991, porque teniendo como finalidad la inspección de la contabilidad del contribuyente, es improcedente decretarla cuando el contribuyente es un simple asalariado no obligado por las normas del Código de Comercio o las tributarias a llevar contabilidad, y que este auto es manifestación clara de la intención de la administración de recurrir a este tipo de argucia para extender un término ya prescrito.

Finalmente, sostuvo que las normas fiscales consideran como no constitutiva de renta una parte de las indemnizaciones y como exento, lo recibido por concepto de pensiones, las sumas objeto del enriquecimiento especial recibidas por el actor de la empresa IBM de conformidad con el acta de conciliación laboral, estaban encaminadas a cubrir las responsabilidades patronales señaladas en las leyes laborales, es decir, la indemnización y la pensión sanción.

LA OPOSICION

El apoderado judicial de la entidad demandada propuso la excepción de inepta demanda habida cuenta que en lo referente a las normas constitucionales que se invocan como violadas en ninguno de los apartes de la demanda se indica el concepto de la violación.

Manifestó que los cargos de violación expuestos no deben ser aceptados porque:

El contribuyente no se encontraba dentro de la salvedad del artículo 75 de la Ley 9ª de 1983, pues la retención en la fuente por salarios no representaba un 80% o más del total de las retenciones practicadas, de acuerdo con la

certificación de ingresos y retenciones expedido por la empresa IBM de Colombia, es más, en el Acta de Audiencia Pública se estipuló que el objeto de la conciliación fue el dar por terminada en forma voluntaria, bilateral y por mutuo consentimiento el contrato de trabajo, y que la suma en discusión constituye una partida que no corresponde a ningún derecho cierto e indiscutible como lo es el salario, sino que pretende superar eventuales diferencias y prevenir litigios judiciales o posibles acreencias. Adicionalmente, sostuvo que si bien la declaración se presentó bajo el imperio de la Ley 9ª de 1983, el tránsito de la misma quedó inmerso en el artículo 53 del Decreto 2503 de 1987, en el momento en que el contribuyente hizo su solicitud de devolución.

Respecto de la nulidad de la declaratoria de improcedencia de la devolución contenida en la Resolución número 601014 del 8 de julio de 1992, expuso que el cargo de violación pierde toda validez por inexistencia de contenido.

Frente al cargo de violación de los artículos 684 y 779 del E.T., dijo que el propio Auto 859 del 21 de junio de 1991, contiene la finalidad de la Inspección Tributaria y que la eventualidad de practicarse una inspección contable la determina el curso de la investigación pero no es la finalidad de la inspección, además, la inspección contable hace parte de la inspección tributaria, pero no toda inspección tributaria contiene necesariamente una inspección contable.

Por último, frente al desconocimiento del artículo 26 del E.T. y 17 del Decreto 187 de 1975, enfatizó sobre el valor de plena prueba que posee la certificación de ingresos y retenciones expedida por la empresa IBM, y que los pagos que realiza una empresa a un trabajador por negociación de su retiro por mutuo consentimiento son una bonificación pues no existe razón alguna para considerarlos indemnización.

Al efecto cita sentencia del 21 de junio de 1982, Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Laboral.

LA SENTENCIA APELADA

En primer lugar, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró no probada la excepción propuesta, pues si bien es cierto no se hizo ningún desarrollo del concepto de la violación de las disposiciones constitucionales que se invocan como infringidas, también lo es, que se citan otras disposiciones en relación con las cuales sí se expuso el carácter de la violación, lo cual es suficiente para que con fundamento en ellas se produzca un fallo de mérito.

De otra parte, adujo que la norma aplicable a este caso era el artículo 75 de la Ley 9ª de 1983, por cuanto la corrección a la declaración correspondiente al año gravable de 1986, fue presentada el 26 de junio de 1987, antes de ser proferido el Decreto 2503 de 1987, por lo cual el artículo 53 del Decreto

invocado como norma procedimental, no era aplicable en virtud de lo establecido por artículo 40 de la Ley 153 de 1987. Conforme a lo anterior, el término para la firmeza de la declaración empezó a correr desde el momento en que el contribuyente corrigió su declaración, es decir, desde el 26 de junio de 1987.

Acerca de si el contribuyente tenía la condición exigida por la Ley 9ª de 1983 sobre el porcentaje de retención en la fuente sobre salarios, señaló que de conformidad con el objeto del acta de Audiencia Pública Especial de Conciliación celebrada entre la sociedad IBM de Colombia S. A. y el señor Trellez Solis, los pagos recibidos por éste obedecieron a diferentes acreencias laborales liquidadas a favor del demandante; en consecuencia, la retención efectuada al contribuyente no fue en su totalidad por salarios, sino que comprendía también un pago especial destinado a evitar un posible litigio judicial. No siendo la retención por salarios equivalente al 80% de las retenciones practicadas al accionante, se puede concluir que no le era aplicable el inciso final del artículo 75 de la Ley 9ª de 1983.

En relación con la nulidad de la resolución que declaró la improcedencia de la devolución, señaló que habiéndose impuesto la sanción en la liquidación de revisión, el término que tenía la administración para hacerlo, era el mismo que tenía para liquidar, con las suspensiones de que tratan los artículos 705, 706 y 710 del Estatuto; en este caso hubo la suspensión de términos por el tiempo que duró la inspección oficiosa.

Referente a la práctica de la inspección, aclaró que esta no tenía solamente como finalidad la exhibición de los libros de contabilidad del contribuyente, sino también la de recibir testimonios y practicar interrogatorios, careciendo de validez la afirmación del actor de que era improcedente decretarla cuando el contribuyente es un simple asalariado que no está obligado a llevar contabilidad.

Por último, dijo que el demandante no demostró que los ingresos recibidos por él no sean susceptibles de incrementar el patrimonio, ni correspondían a reembolsos de capital o indemnización por daño emergente. El contenido del acta de conciliación permite establecer que el contribuyente recibió la suma por concepto de pago especial, y se incluyeron otros ingresos laborales sin que se demuestre que estos ingresos son exentos o no constituyen renta gravable, además, del acuerdo no se desprende que haya recibido pensión de jubilación.

LA APELACION

El apoderado judicial del actor, al apelar, reitera que la Liquidación Oficial de Revisión número 501170 de julio 8 de 1992, es nula porque el requerimiento especial no se practicó en la forma prevenida por las normas tributarias y porque la misma liquidación oficial se notificó por fuera del término, estando una vez en firme la liquidación privada. Al efecto cita la

sentencia del 14 de mayo de 1993, Consejero Ponente: doctor Jaime Abella Zárate.

Así mismo, repite sobre la naturaleza jurídica del pago reconocido por la compañía IBM al actor, que la bonificación pactada entre patrono y empleado por el retiro voluntario de este último, y cuya finalidad es la de evitar la cancelación de la indemnización por despido injustificado constituye salario, según las normas del C.S.T., por lo que el tratamiento tributario que le dio se encuentra enmarcado dentro del presupuesto establecido por el artículo 75 de la Ley 9ª de 1983, y en consecuencia, procede la firmeza de la declaración de renta presentada por el año gravable de 1986, bajo la vigencia del mencionado artículo, en la medida que dentro de los dos años siguientes no se notificó liquidación oficial por parte de la Administración.

Adujo, que igualmente procedería la nulidad de la Liquidación Oficial de Revisión, por cuanto no existe duda de que la norma aplicable a la declaración del actor es el artículo 75 de la Ley 9ª de 1983, porque fue bajo su vigencia que se presentó, tampoco cabe duda de que la liquidación oficial se notificó extemporáneamente, y por ende se encuentra viciada de nulidad.

Reitera que es nula la declaratoria de improcedencia de la devolución contenida en la Liquidación Oficial, por cuanto debía efectuarse dentro de los dos años siguientes al momento en que se ordenó la devolución, y no realizarla conjuntamente con la liquidación oficial y fuera de este término.

Finalmente, con relación a la práctica de la inspección tributaria, consideró que era sólo una táctica dilatoria de la Administración, que sencillamente ordena su práctica pero nunca se da cumplimiento a ella, por cuanto la única prueba que se realiza es la expedición del requerimiento ordinario, prueba que no requiere ser decretada dentro de una inspección tributaria.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado judicial del actor reitera todos y cada uno de los argumentos expuestos con ocasión del recurso de apelación.

Por su parte, el representante judicial de la Nación puntualizó que ha sido reiterada la jurisprudencia en considerar que no es salario lo pagado por esta empresa a sus trabajadores como resultado de su terminación del contrato de trabajo. En apoyo de su tesis cita la sentencia del 16 de febrero de 1994, Expediente número 5911. Consejera Ponente: doctora Consuelo Sarria Olcos.

Agregó, que si bien, la declaración se presentó bajo el imperio de la Ley 9ª de 1983, quedó inmersa en las previsiones del artículo 53 del Decreto 2503 de 1987, en el mismo momento en que el contribuyente hizo su solicitud de

devolución en debida forma, esto es, el 14 de julio de 1989, y no dentro de la vigencia de la Ley 9ª de 1983. Pero bajo la vigencia de las dos normas se señalaba que cuando en la declaración se determinaran saldos a favor del contribuyente el término de dos (2) años para la firmeza de la declaración se contaría a partir de la solicitud de la devolución o compensación.

Por último, dijo que la improcedencia de la devolución es la razón para imponer la sanción, pero ello no significa como lo afirma el apelante que se debe proferir una resolución en forma independiente que declare dicha improcedencia para imponer la sanción, basta simplemente para ello que se demuestre que efectivamente la devolución efectuada fue improcedente y así consta en el acto administrativo que impone la sanción.

El representante del Ministerio Público en esta oportunidad procesal no emitió concepto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer lugar, procede la Sala a precisar la naturaleza jurídica del pago efectuado al actor por parte de la Compañía IBM, "con motivo del cese de la relación laboral entre el señor TRELLEZ SOLIS y la sociedad ya mencionada", tal como reza en el acta de conciliación entre ellos suscrita.

En el citado documento, que obra en los antecedentes administrativos, consta que el señor ERNESTO TRELLEZ SOLIS JIMENEZ aceptó voluntariamente el ofrecimiento que le hiciera la empresa, "ofrecimiento que contemplaba el pago de las cantidades de dinero que se detallarán más adelante en el curso de ésta diligencia, entre las cuales se incluye una partida que no corresponde a ningún derecho cierto e indiscutible del señor ERNESTO TRELLEZ SOLIS sino que es imputable a cualquier posible acreencia que pudiere resultar a favor del señor ERNESTO TRELLEZ SOLIS y a cargo de la Empresa, en razón de la relación laboral que tuvo vinculados a los comparecientes, o en razón de la terminación de dicha relación laboral".

Así mismo, en el punto 4°, del acta de conciliación consta el pago de un total bruto correspondiente a $1.874.189.56, por concepto de salarios, prestaciones legales y extralegales, vacaciones no tomadas y demás acreencias laborales liquidadas a favor del actor hasta el 31 de diciembre de 1985, cifra que una vez efectuadas las deducciones se convirtió en la suma de $1.515.124.56.

Igualmente, en el punto 5 de la citada acta consta el pago de un total bruto equivalente a $19.702.350.39, que una vez efectuada la deducción por retención en la fuente ascendió a la cifra de $13.791.645.39, y que fue cancelada por la Empresa IBM, de manera voluntaria y como pago especial.

En efecto, en el aludido numeral del acta de conciliación se lee:

"Con ánimo conciliatorio, con el propósito de superar eventuales diferencias y de prevenir un posible litigio judicial, en relación con posibles acreencias originadas en la vinculación laboral o en su terminación, en particular aquellas (sic) relativas a indemnizaciones laborales, la Empresa voluntariamente ha convenido en pagar al señor ERNESTO TRELLEZ SOLIS la cantidad bruta que se indica a continuación..." (subraya la Sala).

Es de anotar de una parte, que el pago a que hace referencia el punto número 5 no obedece a derechos ciertos e indiscutibles del extrabajador, como lo son los salarios, sino a "posibles acreencias", y de otra, que el pago fue efectuado por la empresa en forma voluntaria, lo cual desvirtúa el carácter salarial del mismo, tal y como reiteradamente lo ha precisado la Sala.

En efecto, en providencia del 17 de febrero de 1995, expediente número 5911, Consejera Ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos, reiterada entre otros, en fallos del 3 de mayo de 1995, expediente número 6048, Consejero Ponente: Doctor Guillermo Chahín Lizcano y del 7 de julio de 1995, expediente número 5830, con ponencia de este mismo despacho, la Sala expresó:

"Dado que, en el caso, el pago en cuestión, salvo por la parte menor que resaltó el alegato de la opositora..., no se hallaba afecto a obligación laboral alguna que preexistiera a tiempo de la conciliación, evidentemente dicho pago carecía del carácter remuneratorio o indemnizatorio que pretendió atribuirle el actor y, de suyo, de la naturaleza de una contraprestación salarial. De hecho, el acta de conciliación dice, claramente, que la partida mayor ofrecida al accionante y que éste aceptó espontáneamente, "no corresponde a ningún derecho cierto e indiscutible" del mismo; y también, que se trata de una cantidad dineraria que "la Empresa, voluntariamente, ha convenido en pagar al señor..."; como lo espontáneo o voluntario, se opone a lo obligatorio, se desvirtúa el alegado carácter salarial del pago en discusión, debiendo considerarse como simple bonificación ocasional, concedida por mera liberalidad del patrono...".

Una vez precisado que el pago proveniente de la terminación de un contrato de trabajo por la vía de la concertación, según se desprende del acta misma de la conciliación, no corresponde en su integridad al carácter de salario, sino que una parte del mismo corresponde a una bonificación ocasional concedida por mera liberalidad del patrono, procede la Sala a determinar la normatividad aplicable al caso *sub judice* para posteriormente determinar si es nula o no la liquidación de revisión practicada al contribuyente.

El actor presentó su declaración de renta por el año gravable de 1986, el 30 de abril de 1987, y la corrección a la citada declaración el 26 de junio de 1987, es decir, bajo la vigencia del artículo 75 de la Ley 9ª de 1983, según el cual:

"La declaración tributaria quedará en firme si dentro de los dos (2) años siguientes a la presentación de la declaración o a la de la corrección o modificación previstas en el artículo 71 de ésta ley no se notifica la liquidación de revisión.

"Cuando el contribuyente determine saldos a favor en su declaración tributaria el término anterior se contará a partir de la fecha en la cual se formule la solicitud de devolución o compensación en debida forma, salvo que se trate de contribuyentes en los que la retención en la fuente por salarios represente un ochenta por ciento (80%) o más del total de retenciones practicadas en el respectivo año gravable".

Sin embargo, por ser el actor un contribuyente en cuya declaración determinó saldos a favor, y que a su vez no se encontraba incurso dentro de la excepción acerca de la retención en la fuente por salarios, según se precisará más adelante, el término de revisión de dos años, que debía contarse a partir de la fecha de la solicitud de devolución, no había empezado a correr. Así las cosas, y puesto que la solicitud de devolución se presentó el 14 de julio de 1989, fecha para la cual ya se encontraba en vigor el artículo 53 del Decreto 2503 de 1987, era esta la norma que de conformidad con lo previsto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 debía aplicarse en lo atinente al cómputo del término para dejar en firme una liquidación privada.

Dicha disposición prevé lo siguiente:

"Artículo 53 firmeza de la liquidación privada:

"La declaración tributaria quedará en firme si dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha del vencimiento de plazo para declarar, no se ha notificado requerimiento especial. Cuando la declaración inicial se haya presentado en forma extemporánea, los dos años se contarán a partir de la fecha de presentación de la misma.

"La declaración tributaria que presente un saldo a favor del contribuyente o responsable, quedará en firme si dos años después de la fecha de presentación de la solicitud de devolución o compensación, no se ha notificado requerimiento especial".

"También quedará en firme la declaración tributaria, si vencido el término para practicar la liquidación de revisión, ésta no se notificó". (Subraya la Sala).

Del texto transcrito se puede concluir entre otras cosas que en tratándose de la declaración tributaria en la cual se presente un saldo a favor del

contribuyente, si bien el término para que quede en firme la liquidación privada continúa siendo de dos años, y los mismos se cuentan a partir de la presentación de la solicitud de devolución o compensación, la liquidación quedará en firme si dentro de dicho lapso no se ha notificado requerimiento especial, ya no la liquidación de revisión.

Así mismo, desapareció para los contribuyentes asalariados en cuya declaración se determinara saldo a su favor, el tratamiento especial previsto en el artículo 75 de la Ley 9ª de 1983, es decir, que el cómputo de dos años se contaría a partir de la fecha de la declaración o de la corrección, siempre y cuando la retención en la fuente por salarios representara un 80% o más del total de retenciones practicadas.

Ahora bien, mal podía el actor pretender la aplicación del especial tratamiento consagrado en el inciso segundo del artículo 75 de la Ley 9ª de 1983, pues la retención en la fuente por salarios no alcanzó la porcentualidad exigida dado que la mayor parte del pago efectuado por la Compañía IBM, como ya se había anotado, no tenía el carácter de salario sino de bonificación ocasional concedido por el patrono por mera liberalidad. En idéntico sentido se pronunció la Sala en fallo del 14 de diciembre de 1991, expediente número 5801, Consejera ponente: doctora Consuelo Sarria Olcos, y en providencia del 7 de julio de 1995, expediente número 5830, entre otros.

Así las cosas, como la declaración tributaria del contribuyente por el año gravable de 1986, estaba sometida al procedimiento establecido en el artículo 53 del Decreto 2503 de 1987, y dado que la solicitud de devolución se presentó el día 14 de julio de 1989, la notificación del requerimiento especial debía surtirse a más tardar el 14 de julio de 1991, y no el 14 de octubre de ese mismo año, pues a juicio de la Sala no operó la suspensión del precitado término, "por el período de tres meses que duró la inspección tributaria", tal como erradamente lo estima la parte demandada.

En efecto, no existe prueba en el proceso que acredite la práctica de la inspección tributaria, pues tan sólo obra en el expediente el auto de inspección tributaria número 000859 del 21 de junio de 1991, el cual no puede confundirse con la diligencia misma, y por ende, no justifica la suspensión del término para notificar el requerimiento especial, pues en realidad no existe por lo menos dentro del expediente la prueba de que en efecto la diligencia en mención se haya realizado.

Sobre el particular, en fallo del 5 de diciembre de 1994, innumerables veces reiterado, siendo ponente la doctora Consuelo Sarria Olcos, la Sala expresó:

"Esto significa que, como regla, la suspensión del término para notificar el requerimiento especial, opera exclusivamente por el lapso de duración de la inspección, con la limitación temporaria de la última parte del precepto. Por lo mismo, resulta perfectamente claro que mientras los comisionados o inspectores no inicien las actividades propias de su encargo, esto es, en el caso, el examen de libros y efectos de comercio, no puede entenderse, como es obvio, que hubieran practicado alguna "inspección", ni menos que hubiera empezado la suspensión del término en cuestión previsto legalmente para su realización". Expediente 5737.

En la misma providencia, la Sala, reiterando su criterio expuesto entre otras decisiones en la sentencia del 24 de febrero de 1994, proceso 4959, Consejero Ponente doctor Jaime Abella Zárate, precisó que la notificación del auto comisorio de la inspección es un acto previo o preparatorio de aquélla y no la inspección misma ni parte de ella, de tal suerte que si la comisión de inspectores no se hace presente en el lugar en donde deben dirigir la diligencia, no puede entenderse que la misma se practicó y en consecuencia, que haya operado la suspensión del término para notificar el requerimiento especial.

Ahora bien, dado que el término para notificar el requerimiento especial vencía el 14 de julio de 1991, y que dicho requerimiento fue expedido el 11 de octubre de 1991, es decir, cuando ya había vencido el término para ser oportunamente notificado, se produjo la firmeza de la liquidación privada contenida en la declaración de corrección de fecha 26 de junio de 1987.

De consiguiente, y dado que las anteriores razones son suficientes para acceder a las pretensiones de la demanda, y por ende, para anular los actos administrativos acusados, deberá revocarse el fallo de primera instancia.

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

FALLA:

1. REVÓCASE la sentencia apelada; en su lugar se dispone:

Anúlase la liquidación oficial de revisión número 501170 del 8 de julio de 1992 y la Resolución número 60310150 del 25 de agosto de 1993, por medio de las cuales la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales, determinó el impuesto de renta y complementarios a cargo del contribuyente ENRIQUE TRELLEZ SOLIS, por el año gravable de 1986.

2. CONFÍRMASE la liquidación privada contenida en la declaración de corrección número 000092 457 DIN del 26 de junio de 1987.

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

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

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Héctor Julio Becerra,* Conjuez; *Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial de las sentencias del 17 de febrero de 1995. Exp. 5911; Exp. 6048 mayo 3 de 1995 y de 7 julio de 1995, Exp. 5830.

LEY MARCO O LEY CUADRO - Límite para su reglamentación / FACULTAD IMPOSITIVA ARANCELARIA - Reglamentación gubernamental

Con la introducción de las llamadas Leyes Cuadro o Marco se dotó al Gobierno de iniciativas para regular entre otras materias, las referentes al crédito público, la deuda nacional, el cambio internacional, el comercio exterior, los aranceles y el régimen de aduanas. A través de las leyes en comento el Gobierno dentro de la política trazada por el Congreso, dispone de capacidad decisoria para desarrollarlas en atención a las necesidades del momento, pero limitándose siempre a los asuntos concretamente deferidos a él por el legislador; esta modalidad normativa se conserva en la nueva Constitución en los artículos 189 numeral 25 y 150 numeral 19, referido el último precepto a los decretos del ejecutivo. El texto de la nueva Constitución es, en este aspecto, es decir, en cuanto a las facultades del Gobierno para desarrollar las leyes cuadro., es muy similar al de la Constitución anterior toda vez que, al confrontar el numeral 25 del artículo 189, con el numeral 22 del artículo 120 de la Constitución de 1886, se comprueba que en ambos se habla de "modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas".

DECRETO LEGISLATIVO - Alcance / INTERMEDIACION CAMBIARIA - Reglamentación / DECRETO CON FUERZA DE LEY - Intermediación cambiaria

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. 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, 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. 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.

OBLIGACION ADUANERA - Naturaleza / SOLIDARIDAD EN OBLIGACION ADUANERA - Modificación en la reglamentación

La obligación aduanera es un derecho crediticio, cuyo objeto, por un lado es una obligación principal de dar, es decir el pago de una suma de dinero que debe efectuarse en el momento de la nacionalización; y por otro, existen también obligaciones secundarias de hacer. Por principio los derechos crediticios existen contra una persona o personas determinadas. Al hablarse de obligación personal de hecho se está permitiendo la utilización de cualquier garantía derivada de la persona misma, o sea, el derecho de satisfacción de la obligación será única y exclusivamente sobre bienes del deudor, más no de un tercero como ocurriría si se deja vigente la expresión objeto de la presente demanda, ya que se pretende obligar al propietario no deudor, de buena fe a garantizar con bienes propios, el cumplimiento de una obligación aduanera a la cual es ajeno. En principio, es el patrimonio del deudor el que debe responder por la deuda, a menos que exista una solidaridad en los términos previstos por la ley, el testamento, o el contrato. Concluyendo la frase impugnada "E INDEPEN-

DIENTEMENTE DE QUIEN SEA SU PROPIETARIO O TENEDOR" del artículo 4° del Decreto 1909 de 1992, habrá de declararse nula, por cuanto introduce modificaciones al principio general de la solidaridad en el campo de las obligaciones y en cuanto modifica las normas relativas a las garantías de las obligaciones, permitiendo la persecución de la cosa sin ser propiedad del obligado, materias que son de exclusiva competencia del legislador ordinario.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., 1° de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Julio E. Correa Restrepo.*

Radicación número 7270.

Referencia: Decreto Gobierno Nacional. Fallo.

Actor: Luis Fernando Cano T.

El ciudadano *Luis Fernando Cano T.* en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó la nulidad de la expresión "e independientemente de quien sea su propietario o tenedor" del artículo 4° del Decreto 1909 de 1992.

ANTECEDENTES

LA DEMANDA

El Gobierno Nacional con fundamento en las facultades que le confieren los numerales 11 y 25 del artículo 189 de la Constitución Política y con sujeción a los artículos 3° de la Ley 6ª de 1971 y 2° de la Ley 7ª de 1991, en desarrollo de la Ley 6ª de 1992, expidió el Decreto 1909 de 1992, por medio del cual se modifica parcialmente la legislación aduanera.

El actor solicita que se declare la nulidad de la expresión "e independientemente de quien sea su propietario o tenedor" del artículo 4° del citado Decreto 1909 de 1992, norma que se transcribe totalmente:

DECRETO 1909 DE 1992. ARTICULO 4°

"**Naturaleza de la obligación aduanera.** La obligación aduanera es de carácter personal, sin perjuicio de que se pueda hacer efectivo su

cumplimiento sobre la mercancía, mediante el abandono, la aprehensión y decomiso, con preferencia sobre cualquier otra garantía u obligación que recaiga sobre ella, e independientemente de quien sea su propietario o tenedor". (La Sala subraya la frase acusada).

DISPOSICIONES VIOLADAS

El accionante señala como transgredidas las siguientes normas, con su respectivo concepto: numerales 1, 2 y 19 del artículo 150 de la Constitución Política; literal a), artículo 152 de la Constitución Política; numerales 11 y 25 del artículo 189 de la Constitución Política; artículos 2362, 2417 y 1568 del Código Civil.

CONCEPTO DE LA VIOLACION

El libelista desarrolla el concepto de violación diciendo que de manera genérica y desde el punto de vista de la función que corresponde a las diferentes ramas del poder, así como de las imbricaciones que la Constitución Nacional prevé respecto de dichas funciones, el Decreto 1909 está muy lejos de ser reglamento modificatorio del régimen aduanero y constituye un hecho en la materia dictada por fuera de toda competencia e incluso, sin el lleno de los requisitos que hubiesen permitido predicar la competencia orgánica del señor Presidente de la República.

Considera que la política aduanera es del resorte del poder legislativo y concretamente del Congreso. Es este órgano quien mantiene el control y la pauta en el asunto y al que corresponde fijar o determinar los derechos y obligaciones básicos que de tal política se derivan.

Resumiendo, considera que el Decreto 1909 de 1992 adolece de las siguientes irregularidades:

"– Fue expedido sin que mediase una condición para el ejercicio de su competencia como lo es una ley de pautas para ser uso de la facultad modificatoria.

– Trata de tópicos que no tienen absolutamente nada que ver con las modificaciones por razones de interés comercial o de política comercial y versa sobre ámbitos que son absolutamente ajenos a dicho interés.

– Se ocupa de materias que son inherentes y esencialmente legislativas".

El actor concreta el concepto de violación así:

"1. **Falta de competencia (indebido ejercicio de la competencia) por extralimitación de las funciones que se consagran en los términos del numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Nacional** por cuanto dentro de la lógica que permite las modificaciones al régimen aduanero

resulta imperativo que éstas se efectúen por cuestiones de política comercial y el afectar un bien de terceros al cumplimiento de la obligación de otras personas es ajeno a toda relación con dicha política.

2. **Falta de competencia o indebido ejercicio de la competencia porque la reglamentación de esta materia y concretamente lo que se establece en la expresión impugnada hace parte de un estatuto que se produjo sin el cumplimiento de una condición esencial para la validez del mismo** y concretamente sin que se hubiera dictado las normas generales estatutarias del objetivo y criterios a las que deben sujetarse el gobierno para modificar las disposiciones concretas y régimen de aduanas, numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Nacional.

3. **Carencia de competencia para crear garantías sobre bienes de terceros para caucionar el cumplimiento de obligaciones ajenas y para vincularlo por ende a los efectos de dicha obligación, por cuanto dicha área es inminentemente legal.**

Se violan entonces el artículo 152, literal a) de la C.N., el artículo 150, numerales 1° y 2° de la C.N., el artículo 2362 del Código Civil en lo que hace al origen de la fianza y que señala que las fuentes de la misma no pueden ser distintas de la convención, la ley o el decreto.

El artículo 2417 del Código Civil, por cuanto no se puede retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento, salvo en los casos en que la ley lo designa, menos aún puede retenerse una cosa de un tercero al que sin derecho alguno se coloca en la calidad de fiador.

El artículo 1568 del Código Civil, en cuyos términos la solidaridad cuando no haya sido declarada, debe ser establecida por ley como modalidad de las obligaciones, por cuanto en el caso que nos ocupa, a través de una fianza o prenda constituida en virtud de una norma inepta para vincular a terceros, se convierte al derecho-habiente sobre la mercancía de manera tácita y subsidiariamente en garantes solidario de la obligación principal".

Arguye también que por vía reglamentaria o modificatoria de las normas de política aduanera, no puede crearse un gravamen sobre una mercancía y menos aún un gravamen preferencial sobre ella, no es menos cierto, que si dicha mercancía es de propiedad de quien cometió la falta o violó la obligación aduanera, existe una relación directa entre su falta y un bien de su patrimonio que puede ser afectado por la violación administrativa al régimen aduanero.

Empero, parece aberrante que fuera de todas las irregularidades en que se incurre al crear una garantía preferencial con derecho de retención, se establezca que dicha garantía existe con independencia de quien sea su propietario o tenedor.

No debe olvidarse que corresponde a la ley determinar quiénes son responsables y de qué manera, del cumplimiento de las obligaciones aduaneras.

Advierte además el actor que el artículo 3° del decreto impugnado señala una pluralidad de personas que pueden ser responsables de la obligación aduanera, pero que dicha norma no establece solidaridad alguna.

OPOSICION A LA DEMANDA

La Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público– Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por conducto de apoderado judicial contestó la demanda, y se opuso a las pretensiones del actor.

Considera que el decreto acusado fue expedido en desarrollo de una ley marco, transcribe las normas constitucionales pertinentes y manifiesta:

> "Conforme con las normas transcritas, son claros los límites constitucionales que hay entre el poder legislativo del Congreso y el poder del Gobierno de regular lo relativo al régimen de aduanas. Mientras que el Congreso debe expedir normas generales que contengan principios y criterios a los cuales debe sujetarse el ejecutivo al proferir normas que modifiquen los aranceles, tarifas y demás disposiciones del régimen de aduanas le corresponde al Presidente de la República la facultad de expedir normas en materia aduanera que desarrollen dichas leyes.
>
> Las leyes proferidas por el Congreso en desarrollo del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Nacional, son conocidas como Leyes Marco, Cuadro o general, toda vez que en virtud de ellas se establece un parámetro general dentro del cual puede el ejecutivo actuar en materia aduanera.
>
> Las Leyes Marco están previstas desde la Constitución de 1968 en donde se estableció una transferencia de competencias de la Rama Legislativa a la Rama Ejecutiva, en relación con las materias que versan sobre "crédito público –deuda nacional– y su servicio, cambio internacional y tarifas y demás disposiciones del régimen de aduanas". La Nueva Constitución conservó los fundamentos señalados por la reforma de 1968 sobre estas leyes, sin embargo, hizo alusión a que el ejecutivo para modificar el régimen de aduanas debe atender razones de política comercial.
>
> Ahora bien, la característica de las leyes marco es que éstas pueden tener sólo normas de carácter general en las cuales se señalen objetivos

y criterios y no la regulación de detalles de una materia como ocurre con una ley ordinaria. Si no fuera así no tendrían sentido las normas constitucionales precitadas, pues en qué se diferenciarían las leyes ordinarias de una ley cuadro.

Además, que todos los decretos expedidos por el ejecutivo serían dictados en ejercicio de su potestad reglamentaria.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia que declaró inexequible la mayor parte de la Ley 47 de 1991 expresó 'dentro de estas directrices hay que deducir que el legislador excedió en la ley 47 sus competencias, cuando adoptó disposiciones específicas en materia de cambio internacional, comercio exterior, y régimen de aduanas en relación con las zonas francas, pues ha debido limitarse a dictar normas orientadoras de la actividad de esos entes, para dejar que el Gobierno regulara estos aspectos particulares'. (Sentencia del 15 de julio de 1982, Magistrado Ponente doctor Luis Carlos Sáchica).

Tal es el alcance de la Ley Marco, que su constitucionalidad dependerá de que sea ley general, pauta para que el Gobierno alcance la acción en todos los aspectos que se relacionan con el Régimen de Aduanas.

La Ley 6ª de 1971 constituye la ley marco y es con base en ellas que el Presidente puede expedir los decretos que pretendan modificar el régimen de aduanas.

La Ley 6ª de 1971 invocada por el Decreto 1909 de 1992 contiene normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno para modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas y su artículo 3° contempla recomendaciones que se deben consultar para tal efecto a saber: El Consejo de Cooperación Aduanera de Bruselas, el esquema del Código Aduanero uniforme acordado por la ALALC, los tratados existentes sobre la legislación comparada y los progresos técnicos alcanzados en materia de administración aduanera, con el fin de revisar la legislación vigente y en especial la Ley 79 de 1931.

En sentencia del Consejo de Estado del 16 de mayo de 1983, se indicó:

"En cuanto a la Ley 6ª de 1971 como también lo afirma la demanda, se trata de una ley cuadro o ley marco, que por lo tanto contienen principios básicos a los cuales debe sujetarse el Gobierno para hacer mediante decretos reglamentarios, su desarrollo permanente.

Puede suceder que este tipo de decretos llegue a modificar la legislación preexistente en la materia respectiva. Pero no la modifican por tener ellos fuerza de ley sino porque la propia ley marco al dictar los principios básicos

de su legislación vigente y en especial la Ley 79 de 1931 (Sección Primera. Consejero Ponente: doctor Roberto Suárez Franco, Expediente 3948).

Por su parte, el artículo 2º de la Ley 7ª de 1991 también invocado por el Decreto 1909 de 1992 contiene una serie de principios para regular el comercio internacional, los cuales deben aplicarse con arreglo a los criterios de economía, celeridad, eficacia e imparcialidad, publicidad y contradicción que orientan las actuaciones administrativas.

Lo anterior nos lleva a inferir que el Gobierno es quien tiene la facultad para revisar permanentemente todas las disposiciones vigentes correspondientes al régimen de aduanas.

En cuanto al alcance de la significación de régimen de aduanas se debe entender que éste hace referencia a toda una legislación que comprende como todo régimen de derecho, disposiciones sobre aspectos sustanciales, procedimentales, sancionatorias en donde se deriva en términos generales que se regule su campo de aplicación, el objeto y la finalidad de la normatividad, los sujetos del régimen aduanero, sus obligaciones y responsabilidades administrativo-aduaneras, las sanciones a que haya lugar entre otros.

Entonces los aspectos relacionados con la obligación aduanera, su naturaleza, los sujetos y la responsabilidad de los mismos, son materias que no escapan al contenido de la normatividad aduanera de tal suerte que el ejecutivo al desarrollar la ley marco de aduanas actúa bajo los parámetros constitucionales y no invade la órbita del poder legislativo".

En cuanto al fondo de la *litis* y los alcances o interpretación de la expresión impugnada, consideró que no puede interpretarse aisladamente y expresó:

"Sea lo primero definir la obligación aduanera. Esta nace por la introducción de mercancías de procedencia extranjera al Territorio Nacional y comprende la presentación de la declaración de importación, el pago de los tributos aduaneros y las sanciones a que haya lugar; así como la obligación de conservar los documentos que soporten la operación, atender las solicitudes de información y pruebas en general, cumplir con las exigencias, requisitos y condiciones establecidos en las normas correspondientes.

La obligación aduanera es de carácter personal, puesto que implica para su responsable una prestación consistente en hacer (presentar la declaración, conservar los documentos, informes y pruebas) y dar (pagar los tributos aduaneros) (Subraya la Sala).

Ahora bien, los responsables de dicha obligación son al tenor del artículo 3° del Decreto 1909 de 1992 el importador, el propietario o el tenedor.

No obstante el carácter personal de la obligación, la mercancía es prenda privilegiada para el cumplimiento de la obligación aduanera.

Bajo el anterior esquema, el Decreto 2666 de 1984 tenía previsto que la Nación podría exigir el pago al consignatario o propietario de las mercancías solicitadas a despacho o ejercer su derecho real de prenda sobre las mismas (artículo 4 *ibidem*).

De otra parte, manifiesto que con expedición del Decreto 1750 de 1991 por el cual se eliminó el carácter de hecho punible a las conductas que infringen la legislación aduanera y se transmutó por infracción de carácter administrativo, es claro que la sanción que se aplica al infractor o responsable es independiente de la definición de la situación jurídica de las mercancías y en forma especial en las descritas en el numeral 4° del artículo 1° *ibidem* como contrabando, son responsables el tenedor, el poseedor o el adquirente entre otros y la multa que para dichas conductas prescribe el artículo 3° es equivalente a la mitad del valor de la mercancía decomisada.

Nótese en la expresión subrayada que el legislador condicionó la conducta de contrabando al decomiso de la mercancía, estableciendo la posibilidad que el Estado a través del decomiso resarciera el perjuicio que ocasionó el ingreso ilegal de la mercancía por el solo hecho de su introducción, independientemente de quien a la postre resulte ser el sujeto responsable de la infracción de contrabando".

Considera que de acuerdo a la normatividad vigente la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales puede exigir el cumplimiento de la obligación aduanera de manos de quien se encuentre, ya que el tenedor es responsable de su cumplimiento.

Considera que la expresión impugnada tampoco consagra una solidaridad entre el infractor y la persona que tiene derechos reales sobre la mercancía, ya que el que tiene derechos reales sobre la mercancía debe responder por la presentación de la declaración, por el pago de los tributos aduaneros o demostrar que la mercancía se encuentra legalizada, sea el infractor o no, toda vez que ello se deriva de su condición de propietario o tenedor.

La apoderada de la Nación en los alegatos de conclusión reitera la argumentación a la naturaleza, características y nivel jerárquico de las leyes marco como de sus decretos que la desarrollen.

Manifiesta que el régimen de aduanas comprende disposiciones tanto sobre aspectos sustanciales como procedimentales y sancionatorios, de tal suerte que la obligación aduanera, su naturaleza y la responsabilidad son materias que no escapan a la normatividad aduanera.

Arguye que el decreto impugnado consagra que la mercancía es una prenda privilegiada para el cumplimiento de la obligación aduanera, que no es lo mismo que la solidaridad ni que la fianza.

MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Séptima Delegada en su concepto expresa que considera que existe una evidente contradicción entre la parte inicial del artículo 4° del Decreto 1909 de 1992, y su parte final. Puesto que en un comienzo señala la obligación aduanera como de carácter personal para después tornarla real cuando señala que el cumplimiento de la obligación aduanera puede exigirse sobre la mercancía "independientemente de quien sea su propietario ó tenedor".

Es decir, se está trasladando la obligación a quien en un momento sea el propietario de la mercancía, sin tener en cuenta si éste es o no responsable del pago.

Luego analiza los requisitos de las obligaciones solidarias a la luz del artículo 1568 del Código Civil para concluir solicitando a la Sala acceder a las súplicas de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se concreta la presente acción en la solicitud de nulidad de la expresión: "E INDEPENDIENTEMENTE DE QUIEN SEA SU PROPIETARIO O TENEDOR", del artículo 4° del Decreto 1909 de 1992.

Por medio del citado Decreto 1909 de 1992, se modificó parcialmente la legislación aduanera, fue expedido por el Presidente de la República, en uso de las facultades que le confieren los numerales 11 y 25 del artículo 189 de la Constitución Política, con sujeción a los artículos 3° de la Ley 6ª de 1971 y 2° de la Ley 7ª de 1991, en desarrollo del artículo 108 de la Ley 6ª de 1992, decreto que al parecer del actor adolece de irregularidades, excediendo las facultades constitucionales, por cuanto no mediaba ley alguna y sin que el Congreso hubiese dictado las normas generales y los objetivos y criterios a los que debía sujetarse el Gobierno para ello, al expedir un nuevo régimen general de aduanas.

El actor concreta sus pretensiones a la falta de competencia por parte del ejecutivo, para modificar el régimen aduanero, y para crear gravámenes o garantías sobre bienes de terceros para caucionar el cumplimiento de obligaciones ajenas.

Observa la Sala que el actor está cuestionando la constitucionalidad del precitado Decreto 1909 de 1992, por considerar que el Gobierno excedió las competencias que le corresponden por falta de una ley marco de aduanas invadiendo la órbita de facultades del legislador.

Ahora bien, la Sala en providencia del 6 de agosto de 1993, proceso 4722, con ponencia del Consejero Guillermo Chahín Lizcano, en el cual se demandaron algunos artículos del mismo Decreto 1909 de 1992, dijo:

> "Con la reforma Constitucional de 1968, se incorporaron modificaciones a la Carta Política, relativas a la distribución de competencias entre el Congreso y el ejecutivo, dando a este último la iniciativa en materia fiscal y afianzando su ámbito de intervención y a su vez se procura dotar al legislativo de instrumentos más efectivos para el control de la actividad del Gobierno Nacional.
>
> Con la introducción de las llamadas Leyes Cuadro o Marco se dotó al Gobierno de iniciativa para regular entre otras materias, las referentes al crédito público, la deuda nacional, el cambio internacional, el comercio exterior, los aranceles y el régimen de aduanas. A través de las leyes en comento el Gobierno dentro de la política trazada por el Congreso, dispone de capacidad decisoria para desarrollarlas en atención a las necesidades del momento, pero limitándose siempre a los asuntos concretamente deferidos a él por el legislador; esta modalidad normativa se conserva en la nueva Constitución en los artículos 189 numeral 25 y 150 numeral 19, referido el último precepto a los decretos del ejecutivo".

Se observa además que el texto de la nueva Constitución es, en este aspecto, es decir, en cuanto a las facultades del Gobierno para desarrollar las leyes cuadro, es muy similar al de la Constitución anterior toda vez que, al confrontar el numeral 25 del artículo 189, con el numeral 22 del artículo 120 de la Constitución de 1886, se comprueba que en ambos se habla de "modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas".

El otro aspecto a estudiar es hasta dónde llegan las facultades reglamentarias del Gobierno, al expedir decretos mediante los cuales se desarrollen las Leyes Marco.

En cuanto a la naturaleza y alcance de los decretos que desarrollan las Leyes Marco, se ha ocupado la jurisprudencia, y esta Sala, sobre el particular, señaló:

> "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 funcionario 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 establecidas 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".

Sentencia de 20 de mayo de 1994. Expediente 5185, actor Luis Carlos Sáchica Aponte, Consejero Ponente: Doctor Guillermo Chahín Lizcano".

Con base en la anterior jurisprudencia y referida al caso concreto, se observa que el Decreto 1909 de 1992, en su artículo 3°, dispone que serán responsables de las obligaciones aduaneras, el importador, el propietario, o el tenedor de la mercancía.

La Sala mediante sentencia del 6 de agosto de 1993, expediente 4722, Consejero Ponente, Doctor Guillermo Chahín Lizcano, analizó el alcance de la responsabilidad de los sujetos responsables de la obligación aduanera, (importador, propietario y tenedor) y llegó a la conclusión que del texto del artículo 3° no surgía una obligación solidaria, ni subsidiaria entre los responsables.

El artículo 4° del citado Decreto 1909 de 1992, norma parcialmente acusada, se refiere a la **naturaleza de la obligación aduanera** y expresa: "La obligación aduanera es de carácter personal, sin perjuicio de que se pueda hacer efectivo su cumplimiento sobre la mercancía, mediante el abandono, la aprehensión y decomiso, con preferencia sobre cualquier otra garantía u obligación que recaiga sobre ella...".

De lo anterior se deduce que la obligación aduanera es un derecho crediticio, cuyo objeto, por un lado es una obligación principal de dar, es decir el pago de una suma de dinero que debe efectuarse en el momento de la nacionalización; y por otro, existen también obligaciones secundarias de hacer. Por principio los derechos crediticios existen contra una persona o personas determinadas.

El citado artículo 4° del Decreto 1909 de 1992, establece también garantía o privilegio real sobre la mercancía, y con la frase acusada está trasladando la obligación a quien en un momento determinado sea el tenedor de la mercancía, sin tener en cuenta si éste es o no responsable del pago.

Obviamente la mercancía constituye una garantía preferencial, siempre y cuando ella pertenezca o sea propiedad del obligado.

Al hablarse de obligación personal de hecho se está permitiendo la utilización de cualquier garantía derivada de la persona misma, o sea el derecho de satisfacción de la obligación será única y exclusivamente sobre bienes del deudor, mas no de un tercero como ocurriría si se deja vigente la expresión objeto de la presente demanda, ya que se pretende obligar al propietario no deudor, de buena fe a garantizar con bienes propios, el cumplimiento de una obligación aduanera a la cual es ajeno.

En principio, es el patrimonio del deudor el que debe responder por la deuda, a menos que exista una solidaridad en los términos previstos por la ley, el testamento, o el contrato.

Obviamente existiendo la necesidad de garantizar el pago de la obligación, éste podrá lograrse al constituirse el patrimonio del deudor como prenda de garantía, según lo expresa el artículo 2488 del Código Civil, que consagra el concepto abstracto de las obligaciones en los siguientes términos:

"Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presente o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677".

En la actualidad, y especialmente desde la expedición del Decreto 1750 de 1991, mediante el cual se suprimió la naturaleza penal de la infracción aduanera, como ya se expresó la obligación aduanera es de naturaleza personal, y no admite la persecución de la cosa sin tener en cuenta si es o no propiedad del obligado.

Por consiguiente para la Sala la obligación aduanera es de orden administrativo y de naturaleza personal, y con la expresión acusada se está consagrando una solidaridad entre el obligado y un tercero dueño de la mercancía, no autorizada por el artículo 1568 del Código Civil.

Ahora bien, el artículo 1568 inciso segundo del Código Civil, establece las fuentes de solidaridad en materia de obligaciones y entre ellas contempla la convención, el testamento y la ley.

Norma que no hace distinciones entre ley en sentido formal o material y que por lo mismo no admite razonamientos que validen la equiparación en la jerarquía normativa de los decretos que expide el Gobierno en desarrollo de las Leyes Marco, con la ley expedida por el Congreso dentro de sus competencias naturales.

Es cierto que al ejecutivo se le ha facultado para introducir modificaciones al ordenamiento aduanero en desarrollo de la llamada Ley Cuadro de la materia, pero en manera alguna ha de entenderse que puede modificar la preceptiva general argumentando que está reglamentando una materia específica.

Concluyendo, la frase impugnada, "E INDEPENDIENTEMENTE DE QUIEN SEA SU PROPIETARIO O TENEDOR", del artículo 4° del Decreto 1909 de 1992, habrá de declararse nula, por cuanto introduce modificaciones al principio general de la solidaridad en el campo de las obligaciones y en cuanto modifica las normas relativas a las garantías de las obligaciones, permitiendo la persecución de la cosa sin ser propiedad del obligado, materias que son de exclusiva competencia del legislador ordinario.

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

FALLA:

DECLÁRASE la nulidad de la frase: "E INDEPENDIENTEMENTE DE QUIEN SEA SU PROPIETARIO O TENEDOR", del artículo 4° del Decreto 1909 de 1992.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Julio E. Correa Restrepo, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración Jurisprudencial de la Sentencia de 20 de mayo de 1994. Exp. 5185. M.P. Guillermo Chahín Lizcano.

SANEAMIENTO DE BIENES EN EL EXTERIOR - Alcance / LIQUIDACION DE REVISION Y LIQUIDACION DE AFORO - Bienes repatriados

El objeto del saneamiento de divisas era permitirle a los contribuyentes vincular al país divisas o bienes poseídos en el exterior, que no hubiesen sido declarados al Estado, sin que fuesen objeto de sanciones tributarias o cambiarias y siempre y cuando dichos activos fueran incluidos en la declaración de renta del año gravable de 1990. Este beneficio implicaba además la exoneración de la determinación del impuesto de renta por el sistema de comparación patrimonial, así como la imposibilidad para la Administración de practicar liquidaciones oficiales de revisión o de aforo por los períodos gravables de 1990 y anteriores, pero única y exclusivamente en relación con las divisas o bienes repatriados, tal como claramente lo prevé el art. 1° de la Ley 49 de 1990, lo cual quiere decir que la Administración se encontraba legitimada por ejemplo para imponer sanciones y practicar liquidaciones de revisión o de aforo sobre los activos poseídos en el país, es decir, sobre los bienes no repatriados, por los años gravables de 1990 y anteriores.

ACTIVO EN MONEDA EXTRANJERA - Obligaciones del contribuyente / SANCION POR NO DECLARAR - Bienes en el exterior

Es importante anotar que el artículo 1° de la Ley 49 de 1990, si bien dio la oportunidad a los contribuyentes de sanear fiscalmente las divisas y bienes poseídos en el exterior, tal beneficio no puede entenderse en el sentido de exonerar a esos contribuyentes de cumplir con su obligación formal de declarar, pues de una parte, las bondades que confirió el legislador tales como la imposibilidad de aplicar sanciones o de practicar liquidación de revisión o de aforo, solo se pueden aplicar respecto de los activos representados en moneda extranjera o bienes poseídos en el exterior, y no de los activos no

repatriados, y de otra, la norma mantuvo intactas las exigencias legales sobre la obligación de declarar para los sujetos pasivos que debían hacerlo con independencia de los valores declarados; por lo tanto, aun en el evento de que todos los activos de la sociedad estuvieran convertidos en divisas, debía la misma cumplir con su obligación de presentar su declaración de renta así fuera en cero (0). Las anteriores consideraciones son suficientes para concluir que los actos administrativos demandados se ajustan a derecho por cuanto el acto administrativo de sanción por no declarar se expidió precisamente porque la entidad demandante, además de ser contribuyente del impuesto sobre la renta es también declarante, y a pesar de tal circunstancia, no declaró renta por el año gravable de 1987, sin que para tal omisión pueda escudarse en el hecho de haberse acogido al saneamiento fiscal.

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

Santa Fe de Bogotá, D.C., diciembre primero (1°) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Delio Gómez Leyva.*

Radicación número 7337.

Referencia: Impuesto Renta 1987. Fallo.

Actora: Compañía Química Comercial Ltda.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada contra la sentencia de 15 de junio de 1995, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acogió las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho incoado por la SOCIEDAD COMPAÑIA QUIMICA COMERCIAL LTDA., para impugnar los actos administrativos que le determinaron sanción por no declarar renta por el año gravable de 1987.

ANTECEDENTES

Mediante oficio número 000252 del 6 de septiembre de 1990, la División de Fiscalización de la Administración Especial de Impuestos Personas Jurídicas de Santa Fe de Bogotá, le informó a la COMPAÑIA QUIMICA COMERCIAL LTDA., que no había presentado la declaración del Impuesto sobre la Renta y Complementarios por el año de 1987; por lo tanto, la invitó a presentar la declaración liquidándose la sanción por extemporaneidad respectiva.

El 13 de febrero de 1991, la División de Fiscalización profirió el Emplazamiento para declarar número 000453, con el fin de que dentro del término de un mes contado a partir de la notificación del emplazamiento, cumpliera con la obligación de presentar la declaración del Impuesto sobre la Renta por el año de 1987.

El 6 de julio de 1993, la División de Liquidación profirió la Resolución Sanción por no declarar número 010250, por cuanto la actora no desvirtuó los hechos planteados en el emplazamiento para declarar ni dio cumplimiento a la obligación de presentar su declaración del Impuesto sobre la Renta.

Inconforme la sociedad interpuso recurso de reconsideración, el cual fue decidido mediante Resolución número 000185 del 9 de mayo de 1994, proferida por la División Jurídica de esta Administración y en virtud de la cual se confirmó en todas sus partes la Resolución impugnada.

LA DEMANDA

Pretende la nulidad de la Resolución Sanción por no declarar número 010250 del 6 de julio de 1993, proferida por la División de Liquidación de la Administración Especial Personas Jurídicas de Santa Fe de Bogotá, y la número 000185 del 9 de mayo de 1994, de la División Jurídica de la misma Administración mediante la cual se confirmó la anterior.

Manifestó que se desconoce el inciso segundo del artículo 1° de la Ley 49 de 1990, al aplicarse una sanción por no declarar cuando dicha norma legal establece que el aumento patrimonial por saneamiento fiscal, no generará renta por diferencia patrimonial, no ocasionará sanciones, ni será objeto de requerimiento especial, ni de liquidación de revisión o de aforo, según el caso, por los períodos fiscales de 1990 y anteriores, en lo que corresponde a tales bienes y a los ingresos que les dieron origen.

Agregó que por tal razón la administración en la actuación administrativa acusada incurre en dos de las causales de nulidad establecidas en el artículo 730 del E. T., cuales son la práctica de actos de la Administración por funcionario incompetente, por cuanto al dar cumplimiento el contribuyente a lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 49 de 1990, precluyó cualquier competencia que hubiera tenido la Administración, ya para practicar liquidación de aforo, ya para sancionar a la sociedad contribuyente, y la que señala el numeral 5, es decir, cuando los actos correspondan a procedimientos legalmente concluidos, toda vez que al darse cumplimiento a las condiciones establecidas por el artículo 1° de la Ley 49 de 1990, cualquier procedimiento para sancionar o para determinar impuestos por el año gravable de 1987, quedó concluido por el hecho de haberse acogido el contribuyente al saneamiento de divisas.

LA PARTE OPOSITORA

La apoderada de la Nación –Unidad Administrativa Especial– Dirección de Impuestos Nacionales, propuso la excepción de inepta demanda, la cual hizo consistir en el hecho de que la actora no indicó quién es el representante legal de la Nación, por cuanto la sola afirmación de que la entidad demandada es el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través del funcionario que la representa, en manera alguna da cumplimiento a la exigencia del artículo 137 del C.C.A. Así mismo, solicita se profiera fallo inhibitorio con base en este argumento.

De otra parte, se opone a las pretensiones de la demanda con base en las siguientes razones:

Expresó, que de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 49 de 1990, el objeto del saneamiento era permitirles a los contribuyentes vincular al país divisas o bienes poseídos en el exterior sin que fuesen objeto de sanciones tributarias o cambiarias, siempre y cuando los incluyeran en la declaración de renta del año gravable de 1990, pero en manera alguna tal disposición producía efectos retroactivos de liberar a los contribuyentes del deber formal de presentar las declaraciones tributarias de años anteriores al de 1990.

Adicionalmente, adujo que el libelista confunde la liquidación de aforo con la sanción por no declarar, toda vez que el artículo 717 del E.T. establece que agotado el procedimiento señalado en el artículo 643 *ibidem,* la Administración podrá determinar mediante liquidación de aforo, la obligación tributaria al contribuyente, lo cual quiere decir que el aforo o la determinación de los tributos por parte de la Administración es independiente y posterior al procedimiento sancionatorio por no declarar, el cual se impone por el simple hecho de no cumplir con la obligación formal.

Sostiene por último, que dado que se encuentra plenamente probado que la actora está sometida al impuesto sobre la renta, se encontraba en la obligación de declarar por el año gravable de 1987, según lo prevé el artículo 591 del E.T.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 15 de junio de 1995, accedió a las súplicas de la demanda, al considerar que:

En primer lugar, advierte que la demanda sí cumple con el requisito echado de menos por la demandada, pues se cita a la Nación representada por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales del

Ministerio de Hacienda y Crédito Público, designación que es correcta en atención a lo dispuesto en el artículo 149 del C.C.A.

De otra parte, afirmó que con base en el artículo 1° de la Ley 49 de 1990, la compañía presentó su denuncio rentístico por el año gravable de 1990, el 28 de octubre de 1991, fecha posterior al emplazamiento proferido por el año de 1987, pero anterior en casi dos años a la sanción que se debate; en dicho denuncio se acoge al saneamiento fiscal conforme a la norma tributaria.

Así mismo, señaló que la norma en mención al referirse a las sanciones no hace distinción alguna y por ello incluye todas las posibles, y entre ellas, la por no declarar lo que equivale a liberar del cumplimiento de tal deber formal a quienes se acojan al beneficio fiscal.

Agregó, que ni en el emplazamiento ni en la resolución sancionatoria la Administración especificó bienes o divisas cuyo denuncio se haya omitido en el año de 1987, y que sean diferentes a las que fueron objeto del saneamiento; entonces, no se da el deber formal de declarar por el año de 1987, como lo pretende la administración porque el mismo artículo 1° de la Ley 49 de 1990 lo excluye.

LA APELACION

El apoderado judicial de la demandada apela la sentencia del Tribunal, al considerar que el artículo 1° de la Ley 49 de 1990, al no ser explícito mantuvo vigentes las exigencias sobre la obligación de declarar para los sujetos pasivos que debían hacerlo independientemente de los valores declarados; y que el deber formal de declarar renta tiene que ver con la obligación genérica establecida en el artículo 13 del E.T., así los bienes objeto de la declaración consistieran exclusivamente en divisas poseídas en el exterior.

ALEGATOS DE CONCLUSION

En esta oportunidad procesal la apoderada de la actora reitera que de conformidad con el artículo 1° de la Ley 49 de 1990, quien haya hecho uso del saneamiento fiscal allí previsto no puede ser sujeto, entre otros casos, ni de liquidación de aforo, por los años anteriores a 1990, ni de ninguna clase de sanciones, como sería la sanción por no haber declarado en uno o varios años anteriores a 1990, y a su vez reitera los argumentos expuestos a lo largo del proceso.

Por su parte, el apoderado de la Nación - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, reiteró que el artículo 1° de la Ley 49 de 1990, en manera alguna liberó a los contribuyentes de la obligación de presentar las declaraciones de renta de 1990 y anteriores; en consecuencia, si el saneamiento no alcanzó la totalidad del capital implica que no estaba liberado de la obligación formal de declarar por el patrimonio.

El Ministerio Público no emitió ningún pronunciamiento en esta oportunidad procesal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Debe precisar la Sala si el saneamiento de patrimonios en el exterior eximía al actor del deber formal de declarar y en consecuencia si procedía o no la sanción impuesta por la Administración.

El artículo 1º de la Ley 49 de 1990 sobre saneamiento fiscal de divisas prevé en lo pertinente lo siguiente:

> "Los contribuyentes sobre el impuesto de renta y complementarios que hubieren omitido activos representados en moneda extranjera o bienes poseídos en el exterior, podrán acogerse al saneamiento fiscal de divisas, incluyendo el valor de los mismos en la declaración de renta correspondiente al año gravable de 1990, la cual deberá ser presentada a más tardar el 30 de junio de 1992. Podrá igualmente ser incluido en la declaración de corrección presentada hasta la misma fecha, sin que haya lugar a sanción por corrección por este motivo.
>
> El aumento patrimonial por saneamiento fiscal no generará renta por diferencial patrimonial, no ocasionará sanciones, ni será objeto de requerimiento especial, ni de liquidación de revisión o de aforo, según el caso, por los períodos fiscales de 1990 y anteriores, en lo que corresponda a tales bienes y a los ingresos que les dieron origen, siempre y cuando el contribuyente, con el valor objeto del saneamiento fiscal, cumpla con una o varias de las siguientes condiciones...".

El objeto del saneamiento de divisas era permitirles a los contribuyentes vincular al país divisas o bienes poseídos en el exterior, que no hubiesen sido declarados al Estado, sin que fuesen objeto de sanciones tributarias o cambiarias y siempre y cuando dichos activos fueran incluidos en la declaración de renta del año gravable de 1990. Este beneficio implicaba además la exoneración de la determinación del impuesto de renta por el sistema de comparación patrimonial, así como la imposibilidad para la Administración de practicar liquidaciones oficiales de revisión o de aforo por los períodos gravables de 1990 y anteriores, pero única y exclusivamente en relación con las divisas o bienes repatriados, tal como claramente lo prevé el artículo 1º de la Ley 49 de 1990, lo cual quiere decir que la Administración se encontraba legitimada por ejemplo para imponer sanciones y practicar liquidaciones de revisión o de aforo sobre los activos poseídos en el país, es decir, sobre los bienes no repatriados, por los años gravables de 1990 y anteriores.

De otra parte, el artículo 13 del E.T. (D. L. 2053/74 artículo 5° y artículo 34 de la Ley 75 de 1986), prevé que las sociedades de responsabilidad limitada y sus asimiladas, están sometidas al impuesto sobre la renta y complementarios, sin perjuicio de que los respectivos socios, comuneros o asociados paguen el impuesto sobre la renta sobre sus aportes o derechos y sobre sus participaciones o utilidades, cuando éstos resulten gravados de acuerdo con la ley.

Así mismo, el artículo 591 del E. T. (D. L. 2053/87, artículo 2°), prevé que están obligados a presentar declaración del impuesto sobre la renta y complementarios "por el año gravable de 1987 y siguientes, todos los contribuyentes sometidos a dicho impuesto", salvo precisas excepciones, dentro de las cuales no están incluidas las sociedades limitadas como lo es la actora.

Así las cosas, es forzoso concluir que la Compañía Química Comercial Ltda., por encontrarse sometida al impuesto sobre la renta y complementarios, está obligada a presentar declaración de renta por el año gravable de 1987 y siguientes, siendo indiferente el monto de sus ingresos o del patrimonio poseído en el último día del año o período gravable, pues el deber formal de declarar renta respecto de sociedades como la actora, se repite, deriva única y exclusivamente de su naturaleza societaria.

Adicionalmente, es importante anotar que el artículo 1° de la Ley 49 de 1990, si bien dio la oportunidad a los contribuyentes de sanear fiscalmente las divisas y bienes poseídos en el exterior, tal beneficio no puede entenderse en el sentido de exonerar a esos contribuyentes de cumplir con su obligación formal de declarar, pues de una parte, las bondades que confirió el legislador tales como la imposibilidad de aplicar sanciones o de practicar liquidación de revisión o de aforo, sólo se pueden aplicar respecto de los activos representados en moneda extranjera o bienes poseídos en el exterior, y no de los activos no repatriados, y de otra, la norma mantuvo intactas las exigencias legales sobre la obligación de declarar para los sujetos pasivos que debían hacerlo con independencia de los valores declarados; por lo tanto, aun en el evento de que todos los activos de la sociedad estuvieran convertidos en divisas, debía la misma cumplir con su obligación de presentar su declaración de renta así fuera en cero (0), como acertadamente lo sostiene la demandada en la vía gubernativa.

De otra parte, observa la Sala que el saneamiento fiscal no fue total, pues según la declaración de renta de 1990 (folio 26) fue de $225.000, cuando su patrimonio para 1990 era de $1.000.000, representado en el capital social, tal como se observa en el certificado de la Cámara de Comercio que obra en el cuaderno de antecedentes, de fecha 10 de octubre de 1990, así como el certificado que obra a folios 9 a 11 del cuaderno principal.

Las anteriores consideraciones son suficientes para concluir que los actos administrativos demandados se ajustan a derecho por cuanto el acto administrativo de sanción por no declarar se expidió precisamente porque la entidad demandante, además de ser contribuyente del impuesto sobre la renta es también declarante, y a pesar de tal circunstancia, y como expresamente lo aceptó la actora, no declaró renta por el año gravable de 1987, sin que para tal omisión pueda escudarse en el hecho de haberse acogido al saneamiento fiscal, tal y como hasta la saciedad lo ha repetido la Sala.

En consecuencia, la providencia recurrida habrá de ser revocada y en su lugar, denegar las súplicas de la demanda.

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

FALLA:

1. REVÓCASE la sentencia apelada. En su lugar se dispone: Deniéganse las súplicas de la demanda.

2. Reconócese personería al Doctor ENRIQUE GUERRERO RAMIREZ, identificado con la cédula de ciudadanía número 19.259.341 de Bogotá, y portador de la Tarjeta Profesional de Abogado número 29.084 del Ministerio de Justicia, como apoderado de LA NACION-UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, en los términos y para los efectos del poder que debidamente presentado obra a folio 116 del expediente.

Cópiese, notifíquese devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

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

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Julio Enrique Correa R., Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

APORTES A CAXDAC / PENSION DE JUBILACION - Reintegro / POTESTAD REGLAMENTARIA - Extralimitación

La norma declarada nula (Decreto 2294 de 1987 art. 2º) que en la práctica pretendía reglamentar la Ley 32 de 1961, carece de sustento en la norma legal reglamentada, toda vez que lo que aquella dispone sobre reintegros por parte de las empresas a la Caja de las sumas que esta haya pagado a título de pensiones de jubilación, no refleja para nada lo que la ley prevé sobre aportes que no es otra cosa que ellos se establecen "en la cuantía y con las condiciones que determine el Gobierno, previos los estudios actuariales que la entidad beneficiaria le presente" (art. 1º Ley 32/61). Leído completamente el texto de la ley que se ejecuta por el Decreto demandado, no encuentra la Sala que ella permita, como lo pretende la parte demandada, que a más de los aportes a que ella se refiere, y que bien pueden ser ordinarios y extraordinarios o especiales para enjugar el déficit actuarial, se obligue a que las empresas reintegren, en proporción de uno por uno, los dineros que Caxdac, haya pagado a sus afiliados a título de pensión de jubilación. Ello a más de que podría significar que el Decreto establece injurídicamente una forma de financiación a la caja, no prevista en la ley, comporta la violación de normas de carácter superior, en razón de las atribuciones legislativas que se arroga el Presidente so pretexto de expedir una disposición reglamentaria.

PENSION DE JUBILACION / Aporte a Caxdac

Los estudios actuariales que sirvieron de base para la expedición del decreto se realizaron con sumo cuidado y toda la técnica aplicable a estos eventos y que en tales estudios actuariales sólo se contemplaba lo correspondiente a las pensiones de jubilación sin que se involucraran partidas o sumas relacionadas con otras prestaciones u otros gastos ajenos a este menester. Además, en algunos folios del expediente

aparecen apartes del informe rendido por los peritos, en el cual se destaca la forma técnica como se elaboró el cálculo actuarial que sirvió para la expedición del decreto particularmente, para determinar las cantidades que a cada una de las empresas de Aviación responsables le correspondían como aporte para efectos de conjugar el déficit actuarial a 31 de diciembre de 1985. De esta manera no se aprecia que la actividad probatoria de la demandante hubiera permitido al Tribunal llegar a una conclusión diferente que le impusiera admitir las pretensiones de anulación planteadas.

DEROGATORIA TACITA - Principio de jerarquía normativa / VIOLACION DE NORMA JURIDICA - Requisitos

Técnicamente no puede plantearse violación sino entre normas de categoría diferente y en el caso que se analiza se pretende que un Decreto Reglamentario es violado por otro de igual jerarquía normativa. En efecto, los términos para la expedición de los Decretos que establezcan o determinen los aportes no fueron consignados en las normas de categoría legal que regulan esta materia y en cambio sí lo fueron en los artículos comentados, que hacen parte de un Decreto Reglamentario. La ley por cierto deja al Ejecutivo una gran amplitud cuando en el artículo 1° simplemente señala que tales aportes serán fijados "en la cuantía y con las condiciones que determine el gobierno, previos los estudios actuariales que la entidad beneficiaria le presente". El decreto demandado cuando no se acomodó a las previsiones temporales que estaban previstas en los artículos 12 y 13 del Decreto Reglamentario 60 de 1973, en manera alguna lo violó, y que la figura que allí se dio habría de entenderse como de derogatoria tácita.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., primero (1°) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Guillermo Chahín Lizcano.*

Radicación número 7182.

Referencia: Apelación sentencia de 10 de marzo de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Fallo.

Actora: Aerovías Nacionales de Colombia S. A. "Avianca", Sam y Helicol S.A., la Nación.

Conoce la Corporación del recurso de apelación instaurado por las partes contra la sentencia de 10 de marzo de 1995.

ANTECEDENTES

Mediante apoderado judicial la sociedad AVIANCA, SAM Y HELICOL S. A. comparecen ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Decreto número 2294 del 1° de diciembre de 1987, proferido por la Presidencia de la República e impetran las siguientes peticiones:

Declarar la nulidad del Decreto Ejecutivo número 2294, del 1° de diciembre de 1987, que aparece publicado en el Diario Oficial número 38.137, de fecha 1° de diciembre de 1987.

En subsidio de la anterior petición principal, solicita la nulidad del artículo 1° del Decreto 2294 del 1° de diciembre de 1987, en cuanto impone aportes a las sociedades actoras, en favor de la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles "Caxdac".

Como consecuencia de cualquiera de las nulidades anteriores (principal y subsidiaria), y como restablecimiento del derecho de los actores, declarar que las sociedades Aerovías Nacionales de Colombia S. A. AVIANCA. –Helicópteros Nacionales de Colombia S. A. HELICOL y Sociedad Aeronáutica de Medellín Consolidada S.A., SAM– no están obligadas a cancelar a la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles "Caxdac" las sumas que dicho decreto fija a cargo de cada una de aquellas, como parte del "déficit actuarial, a que se contrae y ordenar que le sean reembolsados a cada una de ellas, bien por la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles "Caxdac" o ya por la Nación, los aportes que, a la fecha de la sentencia, hubieren hecho a "Caxdac" tales empresas por el concepto anotado, más los intereses corrientes y la indexación o mayor valor de tales sumas en razón de la depreciación monetaria calculada desde la fecha en que se hizo cada aporte hasta cuando se verifique el reembolso.

Mencionan como violadas las siguientes disposiciones:

Artículos 8° y 10 del Decreto 1015 de 1956; 1°, 3° y 8° del Decreto 1053 de 1958; 1° y 4° de la Ley 32 de 1961; 2°, 5°, 6°, 12, 14 y 15 del Decreto 60 de 1973 y 2°, 16, 20 y 32 de la Constitución Nacional.

En relación con cada una de ellas desarrolla el concepto de la violación.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia del 10 de marzo de 1995 declara la nulidad del literal b) del artículo 2° del Decreto 2294 de 1987, en cuanto obliga a reintegrar a las sociedades mencionadas las sumas que pague Caxdac, por concepto de jubilación; como restablecimiento del derecho por el año de 1985, las sociedades Avianca, Sam y Helicol, no tendrán que reintegrar a Caxdac, las sumas que esta entidad hubiere pagado por concepto de pensiones de jubilación.

Expone el Tribunal las siguientes consideraciones:

Se refiere en primer lugar a las excepciones de indebida acumulación de pretensiones y caducidad de la acción, propuestas por la Aeronáutica y "Caxdac", manifestando que no prosperan por cuanto la acción es de nulidad y restablecimiento del derecho, pues el Decreto acusado está ocasionando situaciones particulares y concretas que afectan a los demandantes, y en relación a la caducidad de la acción, precisa que la demanda fue presentada dentro del término legal.

En cuanto al asunto de fondo analiza el *a quo* que las demandantes presentan seis (6) cargos, los cuales estudia en su orden.

1°. Violación del Decreto Legislativo 1015 de 1956.

Afirman las demandantes, después de hacer referencia cronológica de las normas que rigen este asunto, que la Caja de la Asociación Colombiana de los Aviadores Civiles "Caxdac" fue creada con la finalidad de atender el mejoramiento económico, cultural y técnico de los aviadores civiles con financiación de aportes de los afiliados y con auxilios del Gobierno Nacional conforme el Decreto 1015 de 1956 artículo 8°, pero, que tal entidad desde el 12 de junio de 1958 asumió el pago de la pensión de jubilación y en el período comprendido entre 1956 y 1961, no realizó descuentos a los aviadores civiles para atender los gastos de financiamiento con flagrante violación de las normas y de sus estatutos, por lo que las empresas han tenido que asumir con una gran carga económica tal obligación, además que los decretos que fijan los aportes tienen una base equívoca lo que determina una falsa motivación, siendo violatorios de normas superiores y constitutivos de abuso de poder por parte del Gobierno.

En cuanto a los estudios actuariales presentados por la Caja, afirman que son elaborados usando metodologías técnicamente inadecuadas y poco confiables, sin participación de las empresas, que hacen más onerosas las cargas empresariales porque en esos cálculos se reflejaban las pérdidas por inversiones no planificadas.

El Tribunal *a quo* en relación al cargo formulado hace las siguientes precisiones:

No es válido para declarar la nulidad de los decretos de aportes, el argumento de que la Caja no haya cobrado los aportes a los afiliados en el período anteriormente citado, pues no corresponde al año discutido y porque el Decreto 15 de 1956 y la Ley 32 de 1961 no previeron tal consecuencia jurídica.

Del experticio pericial para determinar si los cálculos actuariales se hicieron teniendo en cuenta las normas actuariales, se concluye que estos cálculos se hicieron conforme a la notación actuarial interna (sic) que se cumple para los cálculos de las reservas matemáticas de pensiones de jubilación adoptadas para el caso colombiano, observando los criterios establecidos en el artículo 14 del Decreto 60 de 1973; no teniendo entonces razón las demandantes.

En cuanto a las inversiones que han ocasionado pérdidas a Caxdac los testimonios presentados en el proceso no demuestran cómo éstas han influido en los cálculos actuariales y en la determinación del déficit de la Caja, entonces, tales inversiones no tienen la virtualidad de causar la nulidad del Decreto acusado, pues no se puede determinar que con su expedición se haya violado alguna norma especial.

Aduce finalmente, que tampoco es causal de nulidad el hecho de que el Gobierno no haya auxiliado a Caxdac como lo dispone el artículo 8° del Decreto 1015 de 1956, pues tal norma no le impuso de forma perentoria e inflexible tal obligación, dejando a la discrecionalidad del Gobierno tal decisión.

2°. Nulidad del literal b) del artículo 2° del Decreto 2294 de 1987.

Afirman las accionantes que si las empresas están haciendo unos aportes mensuales para contribuir a la financiación de la Caja, llamados aportes ordinarios y otros por las sumas canceladas por Caxdac por concepto de pensiones de jubilación, ¿cómo es que el Gobierno mediante el Decreto 2294 de 1987, fija el monto del déficit actuarial sin que exista razón para ello, a cargo de cada una de las empresas y a favor de Caxdac, para constituir las reservas necesarias para el pago de la pensión de los afiliados?

El Tribunal declara la nulidad de la disposición acusada considerando que la Ley 32 de 1961 al imponer a las empresas la obligación de aportar a ACDAC (sic) no la obliga al reintegro referido en la norma acusada, por lo tanto, éste excede lo contemplado en la ley, razón suficiente para decretar su nulidad.

3°. El Decreto acusado es violatorio del artículo 8° del Decreto 1015 de 1956 y del artículo 6° del Decreto 60 de 1973, reglamentario de la Ley 32 de 1961.

Precisan las accionantes que Caxdac tiene dos funciones diferentes: una, atender el pago de las prestaciones sociales de las reservas de segunda clase de la Fuerza Aérea y otra, con los ingresos y los frutos de los mismos, hacer los pagos de las demás prestaciones, auxilios o bonificaciones, de acuedo con los estatutos tal como lo dispone el artículo 6° del Decreto 60 de 1973; pero que la única prestación social que en realidad atiende Caxdac es la pensión de jubilación, y que lo pagado en exceso como beneficios extralegales o gastos de funcionamiento debe pagarse con aportes de los afiliados y no de las empresas de aviación, que deben destinarse únicamente al pago de las prestaciones que por ley a ellos les corresponden.

El Tribunal no le halla razón, pues del material probatorio obrante en el expediente, especialmente del dictamen pericial, y tal como lo afirman las demandantes y lo reconocen los demandados, la única prestación asumida por Caxdac es la pensión de jubilación, y en ningún momento con los fondos aportados por las empresas se han cancelado prestaciones extralegales.

4°. "VIOLACION DEL ARTICULO 12 DEL DECRETO 60 DE 1973 REGLAMENTARIO DE LA LEY 32 DE 1961 Y 2294 DE 1987".

Afirman las accionantes que se presenta la violación de la norma mencionada por cuanto ésta establecía un término para la determinación de los aportes a Caxdac con anterioridad al 1° de mayo y el Decreto cuya nulidad se solicita fue expedido extemporáneamente.

Para el *a quo* el cargo no está llamado a prosperar, pues el artículo 1° de la Ley 32 de 1961 estableció el aporte que deben hacer las empresas nacionales de aviación civil para financiar a Caxdac en la cuantía y con las condiciones civiles que determina el Gobierno, con el requisito previo de los estudios actuariales, es decir, sin condiciones de tiempo y cuantía.

Entonces, el hecho de que el Decreto 60 de 1973 establezca como fecha límite el 31 de mayo de cada año, no es motivo de nulidad del decreto acusado porque no contraría lo dispuesto por la Ley 32 de 1961.

5°. Violación de los artículos 3° del Decreto Reglamentario 1053 de 1958, 4° de la Ley 32 de 1961 y 15 del Decreto 60 de 1973 Reglamentario de la Ley 32 de 1961.

Afirma la parte actora que el Decreto acusado, al establecer arbitrariamente una escala de cuotas por mensualidades hasta por 300 meses, sin ninguna base legal ni reglamentaria vulnera las normas anteriormente referidas, causando un grave perjuicio al capital de trabajo de las empresas afiliadas.

El juez de primera instancia analiza en primer lugar que las accionantes no indican las normas jerárquicamente superiores que está infringiendo el Decreto 2294, demandado.

De otra parte, que la Ley 32 de 1961 da facultad al Gobierno de determinar las cuantías y las condiciones para el pago, cuya única limitación es la existencia de previos estudios actuariales y como del dictamen pericial se deduce que para los estudios actuariales se observaron en su elaboración los criterios que fijó el artículo 14 del Decreto 60 de 1973, no les asiste razón, a las accionantes y no prospera el cargo.

6°. Violación de los artículos 2°, 16, 20 y 32 de la Constitución de 1886.

Por cuanto el Decreto 2294 entraña un desbordamiento de facultades del Ejecutivo, puesto que fue dictado fuera del término legal y con distinta distribución de aportes a lo establecido por la ley; irregularidades no subsanables y violatorias de las normas constitucionales mencionadas, que acarrean su nulidad.

Para el Tribunal, este cargo tampoco está llamado a prosperar pues, con la expedición del Decreto acusado, el Gobierno no desbordó la órbita del legislador ni usurpó funciones jurisdiccionales, cumplimento simplemente con un deber legal y con la delegación del poder legislativo.

Tampoco, el poder ejecutivo como director de la economía violó el artículo 32 de la Constitución de 1886; su actuación estuvo enmarcada dentro de las autorizaciones concedidas por la Ley 31 de 1961 y lo hizo precisamente para cumplir ese mandato legal.

RECURSO DE APELACION

En sendos memoriales las partes instauran recurso de apelación contra la providencia referida, manifestando los siguientes motivos de inconformidad.

a) **Demandada**

Solicita que se revoque la decisión de primera instancia; aclara que la reserva para jubilaciones realmente a cargo de Caxdac corresponde únicamente al 12% de la requerida, encontrándose casi la totalidad en poder de las empresas demandantes.

Aduce también que la pensión de los aviadores civiles es retroactiva, liquidada por el 75% del último salario del afiliado, circunstancia que genera un faltante en la reserva o déficit actuarial.

Precisa que en materia de reintegro de pensiones, tienen aplicación además de la Ley 32 de 1961, el Decreto 2160 de 1986 artículo 63 y 64 y la Circular Externa número 10 de diciembre 30 de 1988, emanada de la Superintendencia de Sociedades.

b) **La demandante**

Manifiesta que su inconformidad con la sentencia proferida es parcial, por cuanto en la declaración de que las sociedades "no tendrán que reintegrar a CAXDAC, las sumas que hubiere pagado por concepto de pensiones de jubilación" no previó la circunstancia de que las empresas ya lo hubieran cancelado, debiéndose declarar también en la sentencia la posibilidad de repetir contra CAXDAC para obtener el reembolso de lo pagado.

En relación con las otras pretensiones que fueron negadas por el Tribunal reitera sus argumentos en cuanto a que el Gobierno ejerció su competencia extemporáneamente, debiéndose en consecuencia declarar su nulidad total.

ALEGATOS DE CONCLUSION

a) **Demandada**

Reitera los argumentos esgrimidos en el memorial de interposición del recurso; afirma que no existe duda, de que la providencia recurrida será revocada en aras de la justicia y la salvaguardia de la seguridad social que merece especial protección del Estado.

Luego de presentar una explicación sobre los dos tipos de Decretos que se expide por el Gobierno con relación a éste tema, unos para regular los aportes ordinarios y otros para conjugar el déficit actuarial indica que "este mismo decreto de déficit actuarial (2294 de 1987), contempla en el literal b) de su artículo 2° el reintegro de las sumas que paga CAXDAC por concepto de pensiones de jubilación, mientras las empresas constituyen y cancelan plenamente el monto de las reservas pensionales que esta misma norma les fijó, con plazos hasta de trescientos (300) meses, que benefician única y exclusivamente a cada una de las demandantes que, como ya se dijo, no ofrecen garantía alguna para su pago, ni reconocen ninguna tasa de interés sobre sus saldo insolutos".

b) **Demandante**

Hace un recuento cronológico de las normas proferidas y que rigen la materia; precisa además que el interés técnico determinado para la elaboración de los estudios actuariales es el 18%, cifra utilizada además por Caxdac para determinar la rentabilidad de los aportes, mientras que el interés corriente que rige el mercado de capitales está en el 35%; también que hasta la presente, no se ha hecho descuentos a los afiliados, siendo entonces los aportes de las empresas nacionales de aviación, pues no ha habido tampoco donaciones ni frutos civiles y naturales que se hayan imputado al capital destinado al pago de las pensiones, los únicos ingresos de la Caja dedicados a dicha finalidad, lo cual no consulta ni se compadece con lo establecido en la ley en relación con el citado régimen especial.

Reitera nuevamente la falta de competencia del Ejecutivo al proferir el Decreto acusado, pues el Decreto 60 de 1973, reglamentario de la Ley 32 de 1961, le otorgó una competencia *"ratione temporis"* al determinar que el Gobierno fijará cada año y con anterioridad al 1° de mayo los aportes que las empresas deben hacer a Caxdac, sin embargo el Gobierno profirió el decreto acusado, casi dos años después, cuando ya carecía de competencia para ello.

Concluye insistiendo en que se hace necesario complementar la parte resolutiva puesto que a su juicio la declaración del numeral 3 es incompleta, pues aunque dispone que Avianca, Sam y Helicol no tendrán que reintegrar a Caxdac las sumas que esta entidad hubiere pagado por concepto de pensiones de jubilación, guarda silencio sobre qué ocurre en el caso de que ya se hubiere producido dicho reintegro. Insiste en que debe efectuarse una declaración del siguiente o parecido tenor: "En el evento de que el reintegro de Avianca, Sam y Helicol a que se refiere el presente numeral, ya se hubiere enumerado a la ejecución de esta sentencia, dichas sociedades podrán repetir contra Caxdac para obtener el reembolso de lo pagado".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En esta etapa procesal la Pagaduría Séptima ante la Corporación no descorrió el traslado para rendir su concepto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala, analizadas las posiciones de inconformidad con la sentencia, expuesta por las partes, tanto al proponer los recursos de apelación como en los correspondientes alegatos y estudiada la providencia objeto de la doble impugnación, junto con las pruebas que sirvieron de base al Tribunal *a quo* para su adopción, la decisión que ahora habrá de tomarse no puede ser otra que confirmatoria, al estimar, por las razones y consideraciones que adelante se exponen, que ella se ajusta a derecho y a la actividad probatoria desplegada por las partes en la primera instancia.

En efecto, la sentencia impugnada, como se refirió en los antecedentes, denegó la mayor parte de las súplicas de la demanda y tan sólo estimó válida la referente a la nulidad del literal b) del artículo 2° del Decreto 2294 de 1987, en cuanto obliga a que las empresas demandantes reintegren a Caxdac las sumas que ella pague por concepto de jubilación. Como restablecimiento del derecho consecuencial a la nulidad declarada determinó que las referidas empresas demandantes no tendrán que reintegrar a Caxdac, por el año de 1985, las sumas que ésta hubiere pagado por concepto de pensiones de jubilación.

Contra la anterior determinación judicial se pronuncian las apelantes-actoras, en solicitud de que se complemente la parte correspondiente al restablecimiento del derecho en el sentido de que en el evento de que el reintegro

a que ella se refiere ya se hubiere producido, las empresas indicadas podrán repetir contra Caxdac para obtener el reembolso de lo pagado. Desde luego, también alegan en contra de la sentencia por haberle denegado las demás súplicas de la demanda, las cuales considera jurídicamente válidas para que la sentencia hubiera sido totalmente estimatoria de las mismas.

La parte demandada igualmente acusa la decisión anulatoria al considerar que ella no consulta la realidad jurídica por cuanto el reintegro a que la norma anulada se refiere no es un aporte adicional sino una manera de compensación por razón de los plazos que las empresas reciben para el pago de las reservas pensionales.

La razón, ante tan diferentes apreciaciones, en lo que atañe a la anulación del literal b) del artículo 2° del Decreto 2294 de 1987 y a la forma como se determinó el restablecimiento del derecho, está de parte del Tribunal, en la medida en que, de un lado, la norma declarada nula, que en la práctica pretendía reglamentar la Ley 32 de 1961, carece de sustento en la norma legal reglamentada, toda vez que lo que aquélla dispone sobre reintegros por parte de las empresas a la Caja de las sumas que ésta haya pagado a título de pensiones de jubilación, no refleja para nada lo que la ley prevé sobre aportes que no es otra cosa que ellos se establecen "en la cuantía y con las condiciones que determine el Gobierno, previos los estudios actuariales que la entidad beneficiaria le presente" (art. 1° Ley 32/61).

Leído completamente el texto de la ley que se ejecuta por el Decreto demando, no encuentra la Sala que ella permita, como lo pretende la parte demandada, que a más de los aportes a que ella se refiere, y que bien pueden ser ordinarios y extraordinarios o especiales para enjugar el déficit actuarial, se obligue a que las empresas reintegren, en proporción de uno por uno, los dineros que Caxdac, haya pagado a sus afiliados a título de pensión de jubilación. Ello a más de que podría significar que el Decreto establece injurídicamente una forma de financiación a la Caja, no prevista en la ley, comporta la violación de normas de carácter superior, en razón de las atribuciones legislativas que se arroga el Presidente so pretexto de expedir una disposición reglamentaria.

Por ello, la decisión anulatoria se mantendrá.

También, y frente a las argumentaciones del recurrente-actor, en referencia a la forma del restablecimiento del derecho, la posición que sostuvo el Tribunal será respaldada por la Sala en virtud de que la pretensión que con oportunidad del recurso de apelación se plantea, carece de correspondencia con las pretensiones formuladas en la demanda y, en dicha medida, aparece como una nueva pretensión, que por supuesto, resulta extemporánea.

En apoyo de lo anteriormente expresado basta transcribir la forma como se solicitó el restablecimiento del derecho y lo que a dicho título fue pedido por el demandante:

"Petición segunda principal:

"b) Como consecuencia de cualquiera de las nulidades anteriores (principal y subsidiaria), y como restablecimiento del derecho de mis poderdantes, declarar que las sociedades 'Aerovías Nacionales de Colombia S. A. "Avianca", "Helicópteros Nacionales de Colombia, S.A. "Helicol" y "Sociedad Aeronáutica de Medellín Consolidada S.A. "Sam" no están obligadas a cancelar a la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles "Caxdac" las sumas que dicho Decreto fija a cargo de cada una de aquéllas, como parte del "déficit actuarial" a que se contrae; y ordenar que le sean reembolsados a cada una de ellas, bien por la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles "Caxdac", o ya por la Nación, los aportes que, a la fecha de la sentencia, hubieren hecho a "Caxdac" tales empresas por el concepto anotado, más los intereses corrientes y la indexación o mayor valor de tales sumas en razón de la depreciación monetaria calculada desde la fecha en que se hizo cada aporte hasta cuando se verifique el reembolso". (Fls. 20/21).

Se observa que la pretensión de restablecimiento del derecho está concretamente formulada para que se decrete que las empresas demandantes no están obligadas a cancelar a la Caja las sumas que el Decreto demandado establece a cargo de cada una de ellas como parte del déficit actuarial y que les sean reembolsados los aportes que hubieren realizado por el concepto anotado. Esta pretensión dice relación con la de nulidad del artículo 1° del Decreto demandado sobre aportes para conjugar el déficit actuarial, a la que el Tribunal no le otorgó prosperidad; pero no se refiere para nada a la devolución de las sumas que hubieren sido reintegradas por las demandantes a Caxdac en aplicación del literal b) del artículo 2° del Decreto 2294 de 1987, que fue el declarado nulo.

Tampoco son idóneos para lograr modificaciones a lo decidido en la sentencia apelada los argumentos expresados por el apelante-actor contra el parecer del *a quo* en el sentido de denegar las demás pretensiones de la demanda que se referían a la nulidad total del Decreto demandado o, en su defecto, a la nulidad del artículo 1° del mismo. El Consejo de Estado encuentra que el Tribunal actuó fundado en las pruebas recaudadas, la principal de ellas, el dictamen pericial, incluso solicitado por la propia demandante, y en el análisis, que la Sala estima correctamente realizado, de las normas legales involucradas.

En cuanto a lo primero, es decir, las pruebas para demostrar que los estudios actuariales que sirvieron de base para la expedición del Decreto no correspondían a la realidad, por el contrario, determinaron que ellos se habían realizado con sumo cuidado y toda la técnica aplicable a estos eventos y que en tales estudios actuariales sólo se contemplaba lo correspondiente a las pensiones de jubilación sin que se involucraran partidas o sumas relacionadas con otras prestaciones u otros gastos ajenos a este menester. A folios 370, 371, 372 y 373 del expediente, transcritos en la sentencia por el Tribunal, aparecen apartes del informe rendido por los peritos, en el cual se destaca la forma técnica como se elaboró el cálculo actuarial que sirvió para la expedición del Decreto y particularmente, para determinar las cantidades que a cada una de las empresas de Aviación responsables les correspondía como aporte para efectos de conjugar el déficit actuarial a 31 de diciembre de 1985.

De esta manera no aprecia la Sala que la actividad probatoria de la demandante hubiera permitido al Tribunal llegar a una conclusión diferente que le impusiera admitir las pretensiones de anulación planteadas por las demandantes sobre la base de que tales sumas fueron determinadas en el Decreto demandado con falsa motivación.

También fundan la ilegalidad de las normas acusadas, las sociedades actoras, en una supuesta extemporaneidad del Decreto objeto de la demanda, la que hacen consistir en el hecho de que el Decreto Reglamentario de la Ley 32 de 1961, el número 60 de 1973, había dispuesto en su artículo 13 que "Caxdac" estará obligada a prestar (sic) al Departamento, antes del treinta y uno (31) de enero de cada año, los estudios actuariales de que trata la ley, según los criterios y condiciones que se establecen en el presente Decreto. Tales estudios podrán ser examinados y comentados por las empresas aportantes"; y que, de conformidad con lo establecido en el artículo 12, "el gobierno fijará cada año y con anterioridad al primero de mayo, la cuantía de los aportes con los que deben contribuir a la financiación de Caxdac las empresas aportantes teniendo en cuenta los estudios actuariales correspondientes", al paso que el Decreto demandado, que fijaba los aportes para 1985 se expidió casi dos años después; esto es, en 1987. Estiman que a esas alturas el gobierno carecía de competencia para disponer lo pertinente toda vez que ésta se había agotado al cumplirse los términos señalados en el Decreto Reglamentario antes mencionado.

Para la Sala, al igual que para el Tribunal, el argumento carece de consistencia simplemente porque técnicamente no puede plantearse violación sino entre normas de categoría diferente y en el caso que se analiza se pretende que un Decreto Reglamentario es violado por otro de igual

jerarquía normativa. En efecto, los términos para la expedición de los Decretos que establezcan o determinen los aportes no fueron consignados en las normas de categoría legal que regulan esta materia y en cambio si lo fueron en los artículos transcritos anteriormente que, como se dijo, hacen parte de un Decreto Reglamentario. La Ley, por cierto, deja al Ejecutivo una gran amplitud cuando en el artículo 1° simplemente señala que tales aportes serán fijados "en la cuantía y con las condiciones que determine el gobierno, previos los estudios actuariales que la entidad beneficiaria le presente".

Entiende la Sala que el Decreto demandado cuando no se acomodó a las previsiones temporales que estaban previstas en los artículos 12 y 13 del Decreto Reglamentario 60 de 1973, en manera alguna lo violó, y que la figura que allí se dio habría de entenderse como de derogatoria tácita.

Otros aspectos reivindicados por los demandantes como generadores de violación a normas superiores y que tienen que ver con la falsa motivación del Decreto, por razón de que las cantidades determinadas a cada una de las demandantes no corresponden a la realidad de los hechos, como son los que se refieren a que Caxdac nunca ha cobrado las cuotas reglamentarias a sus afiliados o que ha incurrido en una deficiente administración de los recursos caracterizada por inversiones ruinosas, lo que incidiría en un aumento injustificado del déficit actuarial, no cuentan en el expediente con respaldo probatorio que permita una conclusión como la pretendida por los demandantes. Por el contrario es contundente el dictamen pericial en cuanto a que, como ya se dijo, el déficit actuarial determinado a cada una de las empresas demandantes, y a todas las demás que figuran en el Decreto, sólo se refiere a pensiones de jubilación y a él se llegó con base en unos estudios actuariales técnicamente inobjetables.

De esta manera no encuentra la Sala razón alguna para variar lo decidido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y procederá a declarar su conformidad con 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:

CONFÍRMASE la sentencia dictada el 10 de marzo de 1995 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso número 6239.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, envíese el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; Consuelo Sarria Olcos, Delio Gómez Leyva, Alberto Múnera Cabas, Conjuez.

Carlos A. Flórez Rojas, Secretario.

ACCION DE LESIVIDAD - Entidad pública / ENTIDAD PUBLICA – Representación / GRADO DE CONSULTA EN IMPUESTOS

En primer término, la acción impetrada en el presente proceso por la Nación, es la denominada por la doctrina, acción de lesividad, consagrada en el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, en virtud de la cual, las autoridades administrativas pueden demandar sus propios actos cuando siendo violatorios de norma superior no pueden ser revocados por su propia decisión. En efecto, el precitado artículo 149 del C. C. A. el regular la "representación de las personas de derecho público" indica que las entidades públicas y las privadas que cumplan funciones públicas podrán obrar como demandantes en los procesos contenciosos administrativo y que ellas "podrán incoar todas las acciones previstas en este código si las circunstancias lo ameritan". En esta forma es evidente que la Administración podía como en efecto ocurrió en el presente caso, demandar la Resolución mediante la cual la División de Recursos Tributarios de la Subdirección Jurídica de la Dirección de Impuestos Nacionales conoció del grado de consulta a través de la cual la Administración de Impuestos de Bucaramanga resolvió el recurso de reconsideración contra la liquidación oficial por el año gravable de 1982.

TEORIA DE LOS MOTIVOS Y LAS FINALIDADES - Alcance / ACCION DE NULIDAD - Improcedencia / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Procedencia

Si bien conforme a la doctrina de los móviles y finalidades, es procedente ejercer la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, contra los actos administrativos tanto generales como particulares, sin embargo, cuando mediante la petición de nulidad se pretende la tutela de derechos particulares para restablecerlos o precaver su violación, se configura una pretensión litigiosa, y en tal evento debe instaurarse contra

la Administración la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Así las cosas, la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público al demandar "en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C. C. A." su propio acto, vale decir, la resolución cuestionada, y por ende solicitar a título de restablecimiento del derecho, confirmar la Resolución que resolvió el recurso, obró conforme a derecho, puesto que de una parte, podía inicialmente demandar su propio acto, y además, teniendo en cuenta la precitada teoría, utilizó la acción adecuada.

PARTES – Designación / DEMANDA – Requisitos / ACCION DE LESIVIDAD - Partes / DEMANDA – Interpretación

Respecto del argumento de que la demanda es inepta por incumplimiento del requisito consagrado en el numeral 1° del artículo 137 del C. C. A., conforme al cual "Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al Tribunal competente y contendrá: "La designación de las partes y sus representantes", toda vez que omitió designar la parte demandada y su representante, se observa que tratándose de la acción de lesividad, las partes demandantes y demandada, están a la inversa, es decir, el demandante, es la Nación y el demandado, el destinatario de los actos administrativos acusados, para el caso, la actora, sociedad que aparece expresamente determinada, no solo en el capítulo de las "pretensiones de la demanda" sino también, en el capítulo de los "hechos" y de las "notificaciones" de manera que el hecho de que en forma expresa no se hubiese indicado que esta sociedad era la demandada, del contexto general de la demanda se evidencia sin lugar a equívocos, que la demandada destinataria de los actos acusados, es la mencionada sociedad, a quien el tribunal ordenó la notificación del auto admisorio de la demanda, por lo que se trabó la litis con la persona idónea, por iniciativa del ponente, al punto que tal sociedad acudió al proceso a interponer los recursos pertinentes.

ACTO ADMINISTRATIVO DE CARACTER GENERAL – Publicación / RESOLUCION EJECUTIVA – Publicación / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

El artículo 43 del C. C. A., consagra la obligación de publicar en el Diario Oficial, "los actos administrativos de carácter general" los cuales no serán obligatorios para los particulares, mientras no se haya

cumplido tal requisito. Por su parte, el artículo 2° de la Ley 57 de 1985 señala en forma taxativa los actos administrativos que deben ser publicados en el Diario Oficial, entre los que se encuentran "c) las resoluciones ejecutivas", pero, obviamente, que las resoluciones ejecutivas de carácter general, no las de carácter particular, como lo es la Resolución cuestionada, la cual tiene como único beneficiario a la persona a quien se le concedió poder para iniciar la acción de nulidad y el consecuente restablecimiento del derecho de que trata el artículo 85 del C. C. A. Es decir la Resolución cuestionada surtió plenamente sus efectos jurídicos, habida cuenta que la publicación en el Diario Oficial no constituye requisito esencial para esta clase de resoluciones.

SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO – Inexistencia / GRADO DE CONSULTA EN IMPUESTOS - Recurso de reconsideración

El recurso de reconsideración interpuesto el día 2 de octubre de 1985, fue resuelto en la resolución del 12 de agosto de 1986, la cual se produjo dentro del término legal, esto es, dos años que era el término establecido para decidir los recursos en la época de los hechos (artículo 9° de la Ley 8ª de 1970 y artículo 33 del Decreto 3803 de 1982) así como la resolución del 19 de diciembre de 1986, notificada el día 22 del mismo mes y año, por la cual la División de Recursos Tributarios de la Subdirección Jurídica de la Dirección de Impuestos Nacionales, decidió el grado de consulta, por el hecho de que se hubiese demandado en acción de lesividad ésta última resolución, por violación del artículo 22 del Decreto 3803 de 1982 y por abuso de poder, cargos que tácitamente aceptó la parte demandada, sobre los que no existe discusión en esta etapa del proceso, y que como consecuencia se hubiese aceptado las pretensiones del demandante de declarar la nulidad de dicha resolución, ello no implica reiniciar el trámite del grado de consulta, puesto que ello sería un contrasentido, toda vez que como consecuencia de la pretensión que dio lugar a la nulidad de la resolución que decidió el grado de consulta, quedó confirmada la resolución que decidió el recurso de reconsideración a título de restablecimiento del derecho vulnerado con tal resolución.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta.

Santa Fe de Bogotá, D. C., primero (1°) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor Delio Gómez Leyva.

Radicación número 7129.

Actora: La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección de Impuestos Nacionales C/ Pasteurizadora Santandereana de Leches S. A., "Lechesan". Impuestos - Renta.

FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada: La Sociedad Pasteurizadora Santandereana de Leches S. A., "Lechesan" contra la sentencia del 13 de febrero de 1995, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acogió las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección General de Impuestos Nacionales, contra la Resolución número 0988 del 19 de diciembre de 1986, por la cual la División de Recursos Tributarios de la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales, decidió el Grado de Consulta, respecto de la Resolución número 337 del 11 de agosto de 1986, que resolvió el recurso de reconsideración contra la liquidación oficial, a través de la cual se le determinaron los impuestos de renta y complementarios a cargo de la mencionada sociedad por el año gravable de 1982.

ANTECEDENTES

La sociedad Pasteurizadora Santandereana de Leches S. A., "Lechesan", presentó declaración de renta por el año gravable de 1982 el día 21 de junio de 1983, en cuya liquidación privada determinó el impuesto a cargo en la suma de $1.824.538.

Con el propósito de determinar el impuesto de renta y complementarios correspondiente al año gravable de 1982, la Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga, ordenó inspección contable, mediante auto comisorio número 004 del 21 de enero de 1985, adicionado posteriormente al día 4 de febrero del mismo año.

Con base en los resultados de tal diligencia, la precitada Administración profirió el requerimiento especial número 00015 del 19 de junio de 1985, en el cual informó a la Sociedad acerca de la intención de modificar la liquidación privada anterior, en lo atinente a los siguientes puntos: inventarios, deducciones, pasivos, y sanciones. La sociedad dio respuesta a dicho requerimiento, pero, la Administración al no aceptar los descargos presentados, profirió la

liquidación de revisión número 042482000168 del 2 de octubre de 1985, a través de la cual determinó oficialmente el impuesto de renta y complementarios correspondiente al año gravable de 1982, en la suma de $262.118.885.

Contra la anterior liquidación oficial, la sociedad interpuso el recurso de reconsideración, oportunidad en la cual concretó su inconformidad en los siguientes puntos:

1. Solicitó declarar la excepción de inconstitucionalidad, 2. Nulidad de todos los actos administrativos por las siguientes causales: a) el auto comisorio por desconocer la independencia de los períodos gravables; b) el acto de inspección contable por incapacidad del comisionado, falta de firma y otras irregularidades de orden procedimental; c) el requerimiento especial por ser expedido por funcionario incompetente y por violación del artículo 42 de la Ley 52 de 1977 y 74 de la Ley 9ª de 1983; d) la liquidación de revisión; por ser expedida por funcionario incompetente, por haber sido expedida por fuera del término legal y por indebida motivación.

Dicho recurso fue resuelto por la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales, mediante la Resolución número 337 del 12 de agosto de 1986, en la cual accedió a modificar la sanción por inexactitud inicialmente impuesta, en virtud de lo cual esta oficina practicó nueva liquidación de impuestos determinándolos en la suma de $117.392.853. Como consecuencia, modificó la liquidación de revisión recurrida, ordenó acreditar la cuenta corriente de la sociedad en el menor valor establecido, y por ende ordenó remitir el expediente a la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales, para que de conformidad con los artículos 32 del Decreto 3803 de 1982 y 30 del Decreto 2579 de 1983, se surtiera el Grado de Consulta.

Dentro del trámite del Grado de Consulta, la sociedad actora presentó dos memoriales; uno, con fecha 23 de octubre de 1986, y otro el 19 de noviembre de 1986, solicitando la nulidad de las actuaciones administrativas, especialmente de la liquidación de revisión, por haberse practicado ésta fuera del término legal, por cuanto el artículo 22 del Decreto 3803 de 1982, implica una secuencia lógica que impide aceptar la suspensión del término de revisión con motivo de la inspección contable previa a la notificación del requerimiento especial.

Para resolver el Grado de Consulta, la División de Recursos Tributarios de la Subdirección Jurídica de la Dirección de Impuestos Nacionales, expidió la Resolución número R–0988–R del 19 de diciembre de 1986, mediante la cual improbó la resolución consultada y declaró la nulidad de la Liquidación de Revisión número 042482000168 del 2 de octubre de 1985, al aceptar el punto de vista expresado por el representante legal de la sociedad en su

memorial de noviembre 19 de 1986, en el sentido de que la práctica de la inspección contable no suspendía el término de revisión y por ende al concluir que la liquidación de revisión era extemporánea y por lo mismo nula por violación de los artículos 75 de la Ley 9ª de 1983 y numeral 3° del artículo 57 de la Ley 52 de 1977.

LA DEMANDA

La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público–Dirección de Impuestos Nacionales, acudió ante la Jurisdicción Contenciosa - mediano (unido a Ministerio) Administrativa, en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución número 0988 del 19 de diciembre de 1986, por la cual la División de Recursos Tributarios de la Subdirección Jurídica decidió en Grado de Consulta, respecto de la Resolución número 337 del 11 de agosto de 1986, que resolvió el recurso de reconsideración contra la liquidación de revisión que por el año gravable de 1982, le determinó el impuesto de renta y complementarios a la sociedad Pasteurizadora Santandereana de Leches S. A., "Lechesan".

Como fundamento de la anterior pretensión, la demandante adujo en síntesis lo siguiente:

1. Violación del artículo 22 del Decreto 3803 de 1982:

Expresó que la actuación administrativa acusada, desconoció en forma ostensible lo preceptuado en dicha disposición al considerar que la inspección contable practicada a la sociedad actora, no suspendía el término de revisión, por las siguientes razones: por cuanto la inspección contable es de oficio, siempre que se ordene por las oficinas competentes en uso de las facultades de fiscalización asignadas por la ley, sin instancia de parte; por cuanto la suspensión del término contemplada en el artículo 22 del Decreto 3803 de 1982, opera en todos los casos por mandato legal, es decir, no está sujeta a la voluntad del funcionario que practica la inspección contable y por tanto, el hecho de no dejar constancia en el acta de tal suspensión, no tiene el alcance de hacerla inoperante; así mismo, señaló que no es el acta de inspección la que tiene la virtualidad de suspender el término de revisión, sino que es la práctica de la misma, la que está consagrada por la ley como causal de suspensión. Por otra parte, y con fundamento en sentencia de la Corporación de abril 12 de 1985, Consejero Ponente: doctor Enrique Low Murtra (q.e.p.d.) aclaró que la inspección contable por su naturaleza constituye una inspección ocular.

Concluyó, que si el requerimiento especial versa sobre la inspección contable, ha mediado otra suspensión del término de revisión, que se acumula

con la del requerimiento especial (artículos 17, 18, 22 literales a) y b) del Decreto 3803 de 1982 y artículo 74 de la Ley 9ª de 1983), y que, cuando la ley señala que el término para revisar se suspende con la inspección ocular no distingue que éstas sean antes o después del requerimiento especial, razón por la cual, "siempre una inspección contable suspende el término de revisión".

2. Abuso del poder:

De igual modo, estimó el demandante que la resolución acusada se encontraba viciada de nulidad por "abuso de poder". En efecto, precisó que el Grado de Consulta según reiterados pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales, "no es más que un grado de competencia funcional instituido dentro de nuestro orden jurídico con la finalidad específica de velar por los intereses del Estado", es decir, que es un grado y no una instancia, por lo que los funcionarios encargados de resolver la consulta a que se somete un acto de la Administración, solo le es dable revisar y pronunciarse sobre aquellas decisiones que por ir en contra de los intereses del Estado entrañan una solución favorable al particular.

Observó, que la División de Recursos Tributarios de la Subdirección Jurídica de la Dirección de Impuestos Nacionales, fue más allá del marco del grado de consulta, por cuanto al resolver respecto de la Resolución número 337 del 12 de agosto de 1986, procedió a modificar la parte de la decisión favorable al Estado, con base en argumentos expuestos por el representante legal de la sociedad dentro del trámite de grado de consulta, dentro del cual no podía admitirse nuevas pruebas, por disposición expresa del artículo 32 del Decreto 3803 de 1982.

LA PARTE OPOSITORA

Mediante apoderado judicial debidamente constituido, la sociedad "Lechesan S. A." (parte demandada) contestó la demanda y propuso las siguientes excepciones encaminadas a enervar la acción incoada.

1. Indebida representación del demandante, conforme al numeral 5° del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil.

Señaló el impugnador, que la Resolución número 1655 del 14 de diciembre de 1988, en la cual fundamenta su actuación la doctora Clara Inés Mazuera, quien suscribe la demanda, es un acto administrativo, que como tal debió ser publicada en la forma que lo ordena el artículo 2° de la Ley 57 de 1985; y que, además, la Resolución número 1004 de 1988, que acompaña no contiene el nombre de dicha profesional, en la relación de abogados delegados para actuar como parte en los procesos contencioso administrativos.

2. Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales:

La fundamentó en el hecho de que en el libelo demandatorio no se designa a las partes demandante y demandada, y tampoco se da cumplimiento al artículo 139 del Código Contencioso Administrativo respecto de la obligación de "entrega o suministro de todos los documentos, contratos y pruebas que se encuentren en su poder" así mismo que "no hay adecuada identificación ni individualización de las pretensiones y da a entender en su texto que el contencioso persigue la acción de simple nulidad, no obstante la segunda pretensión y el título de la referencia de la demanda".

3. Excepción de fondo:

Propuso "para el caso de prosperar las pretensiones de la demanda" el silencio administrativo positivo respecto del recurso de reconsideración interpuesto el día 2 de diciembre de 1985, contra la liquidación de revisión número 168 del 2 de octubre de 1985, porque en esa eventualidad, han transcurrido los dos (2) años para resolver tal recurso sin que se hubiese proferido el fallo definitivo, razón por la cual debe entenderse fallado a favor del contribuyente.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró no probadas las excepciones propuestas y accedió a las pretensiones de la demandante al declarar la nulidad de la Resolución número 0988 del 19 de diciembre de 1986, y confirmar la Resolución número 337 del 11 de agosto de 1986.

Respecto a la excepción de "indebida representación del demandante" aclaró que la profesional que suscribe la demanda actúa como apoderada del Director General de Impuestos Nacionales, según poder otorgado por éste, mediante la Resolución número 1655 del 14 de diciembre de 1988, y que el artículo 2° de la Ley 57 de 1985, no le es aplicable a tal resolución, en razón a que este acto administrativo no crea una situación jurídica personal, ni tiene alcance general, sino que es un acto individual y concreto de carácter subjetivo cuyo destinatario es exclusivamente la abogada vinculada a la Dirección de Impuestos Nacionales a quien se le confiere un poder para una situación concreta "promover la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la resolución número 0988 de diciembre 9 de 1986.

En lo referente a la excepción de "ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales" precisó que la demanda dio estricto cumplimiento al inciso final del artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, al señalar como parte demandante a la Nación- representada por el Director General de Impuestos Nacionales, y como parte demandada la sociedad Pasteurizadora Santandereana de Leches S. A., "Lechesan" circunstancia que en este último

caso, dedujo por interpretación de la demanda y del certificado de la Cámara de Comercio a través del cual estableció la representación legal de tal sociedad.

Así mismo, consideró inconsistente el argumento según el cual no se había dado cumplimiento a la obligación de "entrega o suministro de todos los documentos, contratos y pruebas que se encuentren en su poder", por cuanto en el capítulo de "pruebas" la demanda relaciona inequívocamente los documentos que se acompañan y que se pretende hacer valer, así como la solicitud de allegar a los autos los antecedentes administrativos correspondientes, procedimiento autorizado por el ordinal 6 del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo.

De igual modo, puntualizó que la demanda señalada en forma "inequívoca" que la acción instaurada es la de nulidad y restablecimiento del derecho al invocar el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo.

Con relación al asunto de fondo, el Tribunal a quo expresó que las censuras formuladas por la parte actora a la actuación administrativa que resolvió el grado de consulta, eran justas.

En efecto, después de reseñar la actuación administrativa que concluyó con la resolución acusada, así como los argumentos expuestos en ésta, observó que previamente a la liquidación de revisión se habían producido dos actos sucesivos e independientes el uno del otro, esto es, la inspección contable (del 24 de enero al 6 de junio de 1985), y el requerimiento especial número 00015 del 19 de junio del mismo año, actuaciones que como lo había determinado la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos de Bucaramanga al resolver el recurso de reconsideración, con apoyo en los literales a) y b) del artículo 22 del Decreto 3803 de 1982, habían suspendido el término de revisión por un lapso total de seis meses, que sumados al término inicial de dos (2) años, lo prorrogaba hasta diciembre de 1985, lo que significaba que la liquidación de revisión de octubre 2 de 1985, se había practicado dentro del término legal.

Consideró, falta de lógica, las demás apreciaciones contenidas en la resolución acusada, acerca de la no oficiosidad de la inspección contable, la diferenciación entre "acta de inspección" e "inspección ocular", así como la circunstancia de no haberse señalado expresamente en el acta la inspección, la suspensión del término por dicha diligencia.

Respecto al cargo por "abuso de poder" estimó que también tenía suficiente sustento jurídico, porque el grado de consulta consagrado en el artículo 22 del Decreto 3803 de 1982, ordenado en la Resolución 337 del 11 de agosto de 1985, se encontraba establecido en beneficio exclusivo de la Administración, sin que fuera recurrible por el contribuyente la decisión consultada. Por tanto, y como sólo

procedía respecto de las decisiones favorable, los demás aspectos eran inmodificables por la División de Recursos de la Dirección de Impuestos Nacionales, por lo que al modificarlos esta dependencia, incurrió en palmaria ilegalidad.

Acerca de la demandada "excepción de fondo para el caso de prosperar las pretensiones del demandante" aplicar el silencio administrativo positivo, la consideró improcedente, en razón a que el recurso de reconsideración del 2 de diciembre de 1985, resuelto en la Resolución número 337 del 11 de agosto de 1986, se había proferido dentro del término legal.

De igual modo, consideró improcedente la petición de la parte opositora, en el sentido de que como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones, el expediente se remitiera a la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales, para surtir el grado de consulta, toda vez que ello generaría un ciclo repetitivo que se prolongaría hasta el infinito. Además, porque el grado de consulta se surtió, así fuera en la forma antijurídica como aconteció.

Finalmente, también consideró improcedente la pretensión del opositor, para que de acuerdo con las pruebas practicadas, se reconocieran los costos y deducciones no aceptadas al resolver el recurso de reconsideración, porque "en su momento el contribuyente no demandó ante la jurisdicción contenciosa lo allí decidido, lo que bien hubiese podido hacer con prescindencia absoluta de la Resolución 988 de 1986, pues en la primera se le agotó expresamente la vía gubernativa...".

EL RECURSO DE APELACION

El apelante–apoderado judicial de la sociedad "Lechesan S. A." solicitó a la Corporación declarar probada la excepción propuesta "de inepta demanda" por incumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo (numeral 1°) e indebida representación por ausencia de efectos jurídicos de la Resolución número 1655 de 1988. En su defecto, solicitó tomar la acción incoada como de simple nulidad de que trata el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo. Consecuencialmente, solicitó confirmar la declaratoria de nulidad de la Resolución número 337 del 11 de agosto de 1986, o en su defecto, practicar la liquidación de impuestos con fundamento en el dictamen pericial, o confirmar la liquidación previa presentada por su representada por el año gravable de 1982.

En subsidio, solicitó revocar la sentencia apelada "por incongruencia" por errores de hecho y derecho e indebida interpretación y aplicación de la ley y por ausencia de resolución de una excepción, dado los derechos sustanciales para imputar en la depuración de la base gravable el proceso de determinación del impuesto de renta y complementarios, costos y deducciones a favor de su poderdante, debidamente probados.

Acerca de la excepción de "ineptitud de la demanda" por falta de requisitos, señaló que en la sentencia se reconoce tácita y expresamente la falta de requisitos de la demanda, al señalar que se cumplió en cuanto al demandante, pero que en cuanto al demandado no, puesto que el magistrado acudió a la interpretación de la misma, para determinarlo, circunstancia que por sí sola demuestra la razón y el fundamento de la excepción propuesta. Agregó, que solo había una posibilidad de subsanar la omisión, en la oportunidad legal de corrección a la demanda, derecho que feneció y además caducó la acción, razón por la cual no había en este proceso término de corrección. Así mismo, consideró un despropósito al determinar el representante legal de la sociedad Lechesan S. A. con base en el certificado de la Cámara de Comercio, puesto que una cosa es la demanda y otra muy diferente los anexos que se acompañan.

Sobre la "indebida representación" manifestó que no se trata de establecer si las resoluciones números 1004 de 1988 (publicada) y la número 1655 del 14 de diciembre de 1988 (no publicada) tienen su origen en la norma que señala la representación de las entidades públicas como erróneamente lo interpretó el Tribunal, sino respecto del incumplimiento del requisito exigido en el literal "c" del artículo 2° de la Ley 57 de 1985. Consistente en la publicidad, requisito que define si el acto produce o no efectos jurídicos.

Por otra parte, advirtió sobre la existencia de "error de hecho y derecho sobre la naturaleza de la acción" para lo cual invocó fallo del doctor Carlos Gustavo Arrieta del año de 1961, sobre la importancia de determinar el propósito teleológico de la acción, ya que para el Tribunal se trata de la acción consagrada en el artículo 84, mas no en la consagrada en el artículo 85 ibidem.

También puso de manifiesto la "incongruencia de la sentencia de primera instancia" por no tener en cuenta la realidad procesal y probatoria, para lo cual se remitió a los argumentos expuestos con oportunidad del alegato de conclusión de la primera instancia.

Por último, reiteró su petición acerca del "silencio administrativo positivo" si se reconoce la petición demandada de restituir a la vida jurídica la Resolución número 337 del 11 de agosto de 1986, toda vez que ello implica volver las cosas al estado anterior, vale decir, surtir el fondo de la consulta y no la parte meramente formal. Pero, como existe un efecto de "seguridad jurídica" consistente en el "silencio administrativo positivo" previsto por el legislador en el artículo 83 del Decreto 2503 de 1987, en concordancia con el artículo 732 del Estatuto Tributario, debe darse aplicación a estas disposiciones.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado judicial de la sociedad Lechesan S. A. a alegar de conclusión en la segunda instancia del proceso, reafirmó los argumentos expuestos en el recurso de apelación, acerca de las excepciones propuestas por indebida representación e ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales, así como respecto del error en la acción incoada.

Prosiguió, que las pretensiones de la parte actora, de pedir la nulidad de la Resolución 0988 del 10 de diciembre de 1986, y la confirmación de la Resolución 337 del 11 de agosto de 1986, favorece los intereses de su representada por cuanto el asunto queda resuelto de acuerdo a lo pedido al configurarse el silencio administrativo positivo respecto del recurso interpuesto el día 2 de diciembre de 1985.

Para refutar la afirmación del Tribunal en el sentido de que la aludida sociedad ha debido impugnar en la vía contenciosa administrativa, la Rsolución número 337 del 11 de agosto de 1986, observó que aquél pasó por alto que para ello contaba con el término consagrado en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo y que antes de su vencimiento se produjo la Resolución 0988 del 10 de diciembre de 1986, y como en ésta se confirmaba la liquidación privada y anulaba la liquidación de revisión, no tenía por qué reclamar.

Insistió que si la acción incoada es la de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, existe equivalencia de derecho entre la Nación y el particular, en cuanto a la determinación de la carga tributaria de este último, y por ello no puede sostenerse que se trata de un derecho exclusivo de la Nación, por cuanto ello viola el derecho de defensa consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

Por lo anterior, puso de manifiesto que el asunto no puede reducirse a analizar la tesis sobre lo efectos de la suspensión o no del término para revisar, sino que también debe tenerse en cuenta las pruebas arrimadas al proceso, como el dictamen pericial que demuestra la procedencia de los costos y deducciones rechazados dentro del proceso de revisión del año gravable de 1982.

Parte demandante:

La representante judicial de la Nación, consideró improcedente la solicitud del apelante para que se declaren probadas las excepciones de ineptitud de la demanda por falta de requisitos e indebida representación de la parte demandante. Manifestó que no era procedente la excepción de inepta demanda, por cuanto era evidente del texto de la misma el cumplimiento del numeral 2° del artículo 139 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto a la designación de la parte demandada, la sociedad Pasteurizadora Santandereana de Leches S. A., "Lechesan

S. A." y que para demostrar la existencia y representación de ésta allegó el certificado de existencia y representación de aquélla, solicitando expresamente se la notificara la demanda en la Diagonal 61 N° 85 – 35 de Bogotá. En cuanto a la indebida representación de la parte demandante, aclaró que la Nación inició el proceso por intermedio de apoderada judicial debidamente facultada para el efecto de conformidad con los documentos pertinentes, entre otros, la Resolución número 1655 de diciembre de 1988, por medio de la cual el Director de Impuestos Nacionales, le otorgó poder para actuar a la doctora Claudia Inés Mazuera Belalcázar, y que el hecho de que tal resolución no se hubiese publicado no afecta su validez en razón a que el artículo 2° de la Ley 57 de 1985, no le era aplicable, por cuanto ella no crea una situación de carácter general, sino que se trata de un acto individual y concreto "mandato especial" que bien hubiera podido concederse mediante otro mecanismo.

De igual modo, señaló que no era procedente considerar la acción incoada como de simple nulidad por cuanto precisamente de acuerdo con la teoría de los móviles y las finalidades citadas por el apelante, la acción pertinente era la de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por la Nación, porque además de buscar la tutela de orden jurídico abstracto con la nulidad de la resolución acusada, pretende que la jurisdicción contenciosa a título de restablecimiento del derecho le dé plena eficacia a la Resolución número 337 del 11 de agosto de 1986, en la cual se fijó un mayor valor a pagar a cargo del contribuyente y a favor del Estado, el cual se vio afectado con la resolución que decidió el grado de consulta.

También advirtió que no procede la práctica de una nueva liquidación de impuestos, como lo pretende el apelante, porque el grado de consulta no era el mecanismo para discutir la decisión de la Administración, ya que ella se había surtido con el recurso de reconsideración, por lo que si el contribuyente estaba en desacuerdo con la determinación del impuesto, debió previo agotamiento de la vía gubernativa acudir a la jurisdicción contenciosa a demandar los puntos que le habían sido adversos los cuales no podían ser modificados por la División de Recursos de la Dirección de Impuestos en el grado de consulta y a iniciativa del contribuyente.

Expresó, finalmente, que tampoco existe la alegada incongruencia de la sentencia, y menos una omisión y ausencia de resolución sobre parte de las excepciones propuestas, porque frente a lo pedido por el demandante no existe un fallo que sea contrario a lo pedido, sino que se ajusta a las pretensiones del demandante en forma clara y razonada, y que en cuanto a las excepciones, estas se desestimaron por carecer de consistencia jurídica, así como de sustento probatorio.

EL MINISTERIO PUBLICO

El presente proceso en la segunda instancia le correspondió a la Procuradora Séptima Delegada, quien no presentó alegato de conclusión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Cuestión Previa – Acción Incoada:

Dado que el apoderado de la sociedad Lechesan S. A., desde la contestación de la demanda ha manifestado que la acción incoada por la Nación–Ministerio de Hacienda y Crédito Público–Dirección General de Impuestos Nacionales, no es clara, puesto que da a entender que se persigue la acción de nulidad, no obstante, la segunda pretensión, y en el recurso de apelación, recaba sobre la existencia de error de hecho y de derecho acerca de la naturaleza de la acción, la Sala al respecto, en primer término, aclara al apelante, que la acción impetrada en el presente proceso por la Nación, es la denominada por la doctrina, acción de lesividad, consagrada en el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, en virtud de la cual, las autoridades administrativas pueden demandar sus propios actos cuando siendo violatorios de norma superior no pueden ser revocados por su propia decisión.

En efecto, el precitado artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, al regular la "representación de las personas del derecho público" indica que las entidades públicas y las privadas que cumplan funciones públicas podrán obrar como demandantes en los procesos contencioso administrativos y que ellas "podrán incoar todas las acciones previstas en este código si las circunstancias lo ameritan".

En esta forma, es evidente que la Administración podía como en efecto ocurrió en el presente caso, demandar la Resolución número 0988 del 19 de diciembre de 1986, mediante la cual la División de Recursos Tributarios de la Subdirección Jurídica de la Dirección de Impuestos Nacionales, conoció del grado de consulta, ordenado en la Resolución número 337 del 11 de agosto de 1986, a través de la cual la Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga (hoy de Santander) resolvió el recurso de reconsideración presentado por la sociedad Pasteurizadora Santandereana de Leches S. A., "Lechesan S. A." contra la liquidación oficial que por el año gravable de 1982, le determinó el impuesto de renta y complementarios.

Ahora bien, en cuanto a la clase de nulidad que debía impetrarse, si la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, o la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 ibidem, la Sala con apoyo en la doctrina de los móviles y finalidades traída a colación por el apelante, considera que la acción

procedente, tal y como la ejercitó la parte demandante es la de nulidad y restablecimiento del derecho toda vez que mediante la petición de nulidad de la Resolución número 0988 del 19 de diciembre de 1986, se pretende, además, el restablecimiento del derecho quebrantado por la actividad administrativa en tal decisión, para cuyo efecto, se solicitó confirmar la Resolución número 337 del 11 de agosto de 1986.

Si bien conforme a la doctrina de los móviles y finalidades, es procedente ejercer la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, contra los actos administrativos tanto generales como particulares, sin embargo, cuando mediante la petición de nulidad se pretende la tutela de derechos particulares para restablecerlos o precaver su violación, se configura una pretensión litigiosa, y en tal evento debe instaurarse contra la Administración la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; así quedó precisado en la sentencia del 21 de agosto de 1972, Consejero Ponente doctor Humberto Mora Osejo, que complementó la teoría inicialmente planteada sobre dicho tema.

Así las cosas, la Nación–Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al demandar "en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo" su propio acto, vale decir, la Resolución número 0988 del 19 de diciembre de 1986, y por ende solicitar a título de restablecimiento del derecho, confirmar la Resolución número 337 del 11 de agosto de 1986, obró conforme a derecho, puesto que de una parte, podía como se observó inicialmente demandar su propio acto, y además, teniendo en cuenta la precitada teoría, utilizó la acción adecuada, razón por la cual la inconformidad del apelante al respecto carece de fundamento.

2. Excepción de Inepta Demanda:

A juicio de la parte opositora, ahora apelante, la demanda es inepta por incumplimiento del requisito consagrado en el numeral 1° del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, conforme al cual "Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al Tribunal competente y contendrá: "La designación de las partes y sus representantes", toda vez que omitió designar la parte demandada y su representante.

Al respecto, la Sala observa que tratándose de la acción de lesividad, las partes demandantes y demandada, están a la inversa, es decir, el demandante, es la Nación, y el demandado, el destinatario de los actos administrativos acusados, para el Caso, la sociedad Pasteurizadora Santandereana de Leches S. A., "Lechesan S. A.", sociedad que aparece expresamente determinada, no solo en el capítulo de las "pretensiones de la demanda", sino también, en el capítulo de los "hechos" y de las "notificaciones", de manera que el hecho de que en forma expresa no se hubiese indicado que esta sociedad era la demandada, para la Sala, como

también lo fue para el Tribunal, del contexto general de la demanda se evidencia sin lugar a equívocos, que la demandada destinataria de los actos acusados, es la mencionada sociedad, a quien el Tribunal ordenó la notificación del auto admisorio de la demanda, por lo que se trabó la litis con la persona idónea, por iniciativa del ponente, al punto que tal sociedad acudió al proceso a interponer los recursos pertinentes, conforme a memoriales que obran en el expediente (fls. 164, 174 c.p.).

Por lo demás, el hecho de que el representante de la sociedad demandada se hubiese determinado atendiendo el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, acompañado como anexo de la demanda, resulta obvio, si se tiene en cuenta que la demanda, al respecto se remite a tal certificado, y que como anexo, constituye parte integral con la misma, por tanto en sentir de la Sala, las objeciones del apelante al respecto, no resultan válidas.

3. Excepción por Indebida Representación de la Parte Demandante:

La indebida representación de la parte demandante, la hace consistir el apoderado de la sociedad demandada, en el hecho de que la Resolución número 1655 del 14 de diciembre de 1988, por medio de la cual el Director de Impuestos Nacionales otorgó poder para actuar a la doctora Claudia Inés Mazuera, no fue publicada en la forma señalada en el literal c) del artículo 2° de la Ley 57 de 1985, requisito que en su concepto determina si el acto produce o no efectos jurídicos.

El artículo 43 del Código Contencioso Administrativo, consagra la obligación de publicar en el Diario Oficial, "los actos administrativos de carácter general" los cuales no serán obligatorios para los particulares, mientras no se haya cumplido tal requisito. Por su parte, el artículo 2° de la Ley 57 de 1985, señala en forma taxativa los actos administrativos que deben ser publicados en el Diario Oficial, entre los que se encuentran "c) las resoluciones ejecutivas"; pero, obviamente, que las resoluciones ejecutivas de carácter general, no las de carácter particular, como lo es la Resolución número 1655 del 14 de diciembre de 1988, la cual tiene como único destinatario, la doctora Claudia Inés Mazuera, a quien a través de la misma, se le concedió poder para iniciar la acción de nulidad y el consecuente restablecimiento del derecho de que trata el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo contra la Resolución número 0988 del 19 de diciembre de 1986, expedida por la División de Recursos Tributarios de la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

En esta forma, la Resolución número 1655 del 14 de diciembre de 1988, surtió plenamente sus efectos jurídicos, habida cuenta que la publicación en el Diario Oficial no constituye requisito esencial para esta clase de resoluciones como lo pretende hacer notar el apelante–apoderado de la sociedad demandada.

Además, como lo pone de manifiesto la apoderada de la parte demandante, se encuentra plenamente demostrada en el proceso que la persona designada como Director de Impuestos y quien ejercía las funciones para la época de los hechos, fue quien concedió el poder a que se refiere la precitada resolución 1655, según fotocopia del Decreto 1339 del 8 de julio de 1988, acta de posesión del Director de Impuestos Nacionales y certificado expedido por la Secretaría General del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Por consiguiente, la excepción de la indebida representación tampoco está llamada a prosperar.

4. Incongruencia de la Sentencia:

La sentencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 170 del Código Contencioso Administrativo, armónico con el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, debe ser concordante con las pretensiones de la demanda, y por supuesto, con las excepciones propuestas por el demandado, dentro de la oportunidad legal, vale decir, con la contestación a la demanda, en lo que a las excepciones se refiere.

La sociedad demandada, ahora apelante, al contestar la demanda, propuso las excepciones de indebida representación de la parte demandante, inepta demanda por falta de requisitos formales y excepción de fondo–silencio administrativo positivo, esta última en el evento de prosperar las pretensiones del demandante, las cuales, contrario a lo manifestado por el apelante, fueron analizadas y desestimadas por el Tribunal, por lo que es inexacta la afirmación del apoderado de la sociedad demandada, en el sentido de que el Tribunal omitió pronunciarse acerca de una de las dichas excepciones.

Ahora bien, con oportunidad del alegato de conclusión de la primera instancia el apoderado judicial de la sociedad demandada, solicitó con apoyo en las pruebas practicadas, entre otras, el dictamen pericial, el conocimiento de fondo del proceso de determinación del impuesto y por ende el reconocimiento de los costos y deducciones no aceptados al resolver el recurso de reconsideración, pretensión que para la Sala, es a todas luces improcedente, pero no por la razón expuesta por el Tribunal, sino porque la oportunidad para presentar las objeciones a la demanda, es como se anotó antes, con la contestación a ésta, en virtud de la cual el demandado puede presentar las excepciones encaminadas a enervar las pretensiones del demandante, sin que le sea permitido proponer con oportunidad de los alegatos de conclusión hechos

diferentes a los materializados en la contestación a la demanda, pues en ésta es donde se concretan las razones de defensa.

En esta forma, la "excepción" de la sociedad demandada, expuesta con oportunidad de los alegatos de conclusión y encaminada a obtener el reconocimiento de los costos y deducciones no aceptados en la resolución que resolvió el recurso de reconsideración es inoportuno, y por ende, se hace imposible avocar su conocimiento, por no haberse planteado con la contestación a la demanda.

Por lo anterior, tampoco es procedente la petición del apelante, tendiente a que se le practique una liquidación de impuestos, con imputación de los costos y deducciones.

5. Silencio Administrativo Positivo:

Como excepción de fondo, la parte demandada –ahora apelante–, propuso el silencio administrativo positivo, "para el evento de prosperar las pretensiones del demandante" esto es, para el caso de declarar la nulidad de la Resolución número 0988 del 19 de diciembre de 1986, que decidió el grado de consulta, evento en el cual, en su concepto, el recurso de reconsideración debe ser resuelto atendiendo al silencio administrativo positivo.

Observa la Sala, que tal petición no es de recibo por las siguientes razones:

En el presente caso, el recurso de reconsideración interpuesto el día 2 de octubre de 1985, fue resuelto en la Resolución número 337 del 12 de agosto de 1986, la cual se produjo dentro del término legal, esto es, dos años que era el término establecido para decidir los recursos en la época de los hechos (artículo 9° de la Ley 8ª de 1970 y artículo 33 del Decreto 3803 de 1982), así como la Resolución número 0988 del 19 de diciembre de 1986, notificada el día 22 del mismo mes y año, por la cual la División de Recursos Tributarios de la Subdirección Jurídica de la Dirección de Impuestos Nacionales, decidió el grado de consulta.

Por el hecho de que se hubiese demandado en acción de lesividad esta última resolución, por violación del artículo 22 del Decreto 3803 de 1982, y por abuso de poder, cargos que tácitamente aceptó la parte demandada, sobre las que no existe discusión en esta etapa del proceso, y que como consecuencia, se hubiese aceptado las pretensiones del demandante de declarar la nulidad de dicha resolución, ello no implica reiniciar el trámite del grado de consulta como lo ha pretendido la parte opositora, puesto que ello sería un contrasentido, toda vez que como consecuencia de la pretensión que dio lugar a la nulidad de

la resolución que decidió el grado de consulta, quedó confirmada la resolución que decidió el recurso de reconsideración, a título de restablecimiento del derecho vulnerado con tal resolución.

Así las cosas, es evidente que no se dan los supuestos fácticos del silencio administrativo positivo, puesto que como se anotó el recurso se resolvió en la forma y término consagrado en la ley, y el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la propia Administración contra la resolución que decidió el grado de consulta, no tiene los efectos jurídicos pretendidos por el apelante, ya que ello equivaldría a desconocer el restablecimiento del derecho previsto en la ley, que para el caso, es la de confirmar la resolución que decidió el recurso en su fase inicial.

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 apelada.

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

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Alberto Múnera Cabas,* Conjuez; *Delio Gómez Leyva; Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Florez Rojas, Secretario.

JUNTA DIRECTIVA DEL BANCO DE LA REPUBLICA - Funciones en materia cambiaria / MERCADO CAMBIARIO - Intermediario / AUTORIDAD CAMBIARIA - Junta Directiva Banrepública

De conformidad con el artículo 372 de la C.N:, los artículos 3° y 8° de la Ley 9ª de 1991 y el artículo 16 de la Ley 31 de 1992 la conclusión, clara y precisa, es que la Junta Directiva del Banco de la República tiene el carácter de autoridad en materia cambiaria y como función propia, la de determinar cuáles son intermediarios del mercado cambiario y la de establecer los requisitos que dichos intermediarios deben cumplir para realizar actividades en materia cambiaria, lo cual indica que el cargo de incompetencia de la Junta Directiva del Banco de la República no resulta válido, toda vez que la resolución demandada constituye la concreción del ejercicio de la mencionada atribución.

CASAS DE CAMBIO - Intermediario cambiario

En cuanto a la afirmación de que a través de la resolución demandada, se reprodujeron normas que habían sido anuladas por el Consejo de Estado mediante sentencia del 20 de mayo de 1994, se tiene que la anulación de las normas demandadas de la Resolución 21 de 1993 de la Junta Directiva del Banco de la República se decretó por cuanto las Casas de Cambio no habían sido calificadas como intermediarios cambiarios y por lo tanto no podían ser sujetos pasivos de las disposiciones de la citada resolución, toda vez que, según los términos mismos de la Ley 9ª de 1991, dicha facultad se otorgó solamente para determinar los intermediarios del mercado cambiario y para que se les señalen a éstos, los requisitos y condiciones para que personas calificadas puedan participar en dicho mercado. El artículo 1° de la resolución demandada se incluyen, expresamente, como intermediarios cambiarios las Casas de Cambio y, es pertinente precisar que, en la sentencia invocada del Consejo de Estado no hubo

pronunciamiento alguno sobre el artículo 68 de la Resolución 21 de 1993, toda vez que en esa oportunidad la demanda recaía exclusivamente sobre los artículos 88 y 89 de la misma. En este aspecto no hubo reproducción de una norma anulada, toda vez que la decisión del Consejo de Estado no se refirió al citado artículo 68 y los términos que se agregaron "las Casas de Cambio", en el acto ahora demandado, no podían haber sido anulados, ya que no existían en la normatividad anterior.

CASAS DE CAMBIO - Naturaleza / CASAS DE CAMBIO - Obligatoriedad de revisor fiscal

De la simple lectura del artículo 2° de la resolución demandada se establece que no se reprodujeron los apartes anulados por el Consejo de Estado relativos a que "dicha autorización se otorgará para períodos de tres (3) años, vencidos los cuales deberá renovarse", y a que se otorgará "... previo concepto del Consejo Asesor del Superintendente" razón por la cual en este artículo tampoco se da la alegada reproducción de normas anuladas. De acuerdo con la sentencia de esta Corporación las casas de cambio no eran definidas como intermediarios cambiarios, luego mediante la modificación del artículo 68 de la Resolución 21 de 1993, bien podía la Junta Directíva del Banco de la República hacerlas sujeto pasivo de dichos requisitos, luego de haberlas calificado como intermediarios cambiarios, en los términos de las normas pertinentes, sin que resulte válido el argumento de que se están reproduciendo normas anuladas, toda vez que desapareció el fundamento legal de la anulación (art. 158 primer inciso, C.C.A.). Y lo mismo puede afirmarse en relación con la exigencia de que las casas de cambio cuenten con un revisor fiscal, exigencia que fue incluida por el artículo 91 de la Resolución Externa 21 de 1993.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA - Funciones / CASAS DE CAMBIO- Intermediario cambiario

El Decreto 2116 de 1992 ordenó la supresión de la Superintendencia de Cambios y en su artículo 2° dispuso que la Superintendencia Bancaria ejercerá privativamente la función de control y vigilancia sobre las instituciones financieras autorizadas por el régimen cambiario para actuar como intermediarios del mercado cambiario y

sobre las casas de cambio. Para el ejercicio de dicha competencia, la Superintendencia Bancaria cuenta con diferentes instrumentos a través de los cuales logra la finalidad prevista por el legislador al asignarle la mencionada función y, entre ellos le corresponde otorgar las autorizaciones para que las entidades financieras y las casas de cambio, actúen en el mercado cambiario y puede instruir, así como lo hace con las demás entidades vigiladas, de conformidad con el artículo 326 del Estatuto Financiero, sobre la actividad que ellos realizan, precisando los criterios dentro de los cuales se ejercerá el respectivo control. Ahora bien, es cierto que el Decreto 1271 de 1993 previó la creación de la Dirección General de Intermediarios Cambiarios, lo cual no implica que se le hubiera suprimido la función de control y vigilancia que, expresamente atribuyó a la Superintendencia Bancaria el Decreto 2116 de 1992, al suprimir la Superintendencia de Cambios, ya que además el Superintendente Bancario de conformidad con el artículo 329 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sustituido por el Decreto 2359 de 1993, tiene facultades para asignar y distribuir la Superintendencia.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., diciembre primero (1°) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Radicación: Expediente número 7176.

Referencia: Acción de nulidad contra las Circulares Externas números 065 de 1993 y 018 de 1994 de la Superintendencia Bancaria y de la Resolución Externa número 4 de 1995, de la Junta Directiva del Banco de la República.

Actor: Jorge Antonio García Gutiérrez FALLO

Consejera Ponente: Doctora *Consuelo Sarria Olcos*

En ejercicio de la acción de nulidad, el doctor Jorge García Gutiérrez, en demanda presentada el 5 de mayo de 1995 solicita la declaratoria de nulidad de las Circulares Externas números 065 de 1993 y 018 de 1994 expedidas por la Superintendencia Bancaria y de la Resolución Externa número 4 de 1995, expedida por la Junta Directiva del Banco de la República, en materia cambiaria.

Los actos demandados

Son tres las decisiones administrativas cuyo texto completo impugna el accionante, a saber:

1. La Circular Externa número 65 del 13 de octubre de 1993 proferida por el Superintendente Bancario, mediante la cual el citado funcionario, invocando la competencia que le asignó el Decreto 1271 de 1993 para controlar y vigilar las Casas de Cambio, y en consideración a la nueva reglamentación que sobre la materia expidió la Junta Directiva del Banco de la República, impartió instrucciones "... a las que habrán de sujetarse las Casas de Cambio a efectos de obtener la correspondiente autorización de funcionamiento o, tratándose de Casas de Cambio especiales, efectuar el respectivo registro..."

Dichas instrucciones se refieren a su constitución, para la cual se menciona, en relación con **las Casas de Cambio en general:** su forma social, capital mínimo, documentación general, revisoría fiscal, infraestructura técnica, administrativa y humana, inversión extranjera, información complementaria, publicidad, constitución, registro y certificado de autorización, póliza global, cuentas corrientes y de ahorro; en cuanto a **las Casas de Cambio especiales** se precisa lo relativo a su solicitud, establecimiento de comercio, ciudades fronterizas, registro mercantil, contabilidad, cuenta corriente y de ahorro, límites a las operaciones y en relación con **las Casas de Cambio autorizadas** se hace referencia a los requisitos y al plan de ajuste. Luego se precisa lo relativo a la identificación de los clientes, solicitudes en trámite, régimen de oficinas, adquisición, adecuación, remodelación de inmuebles, publicidad, horarios, liquidación del IVA, posesión, reportes y remisión de documentos, y se anexa un formato de 4 páginas.

2. La Circular Externa número 018 del 9 de marzo de 1994, proferida por el Superintendente Bancario por medio de la cual se introducen algunas modificaciones a la citada Circular 065 de 1993, también demandada.

Mediante esta circular, en consideración a "...recientes pronunciamientos del Consejo de Estado..." relacionadas con algunos apartes de la Resolución 21 de 1993 de la Junta Directiva del Banco de la República, se reguló la forma social, el capital, la infraestructura técnica administrativa y humana y el régimen de oficinas; se relacionaron las Casas de Cambio que para esa época estaban autorizadas y se precisó lo relativo a las Casas de Cambio especiales, a las que estaban en trámite y a su actualización. Se incluyeron nuevos formatos.

3. La Resolución Externa número 4 del 26 de enero de 1995, expedida por la Junta Directiva del Banco de la República y mediante la cual se expiden regulaciones en materia cambiaria, con fundamento en lo dispuesto por la Ley 31 de 1992, artículo 16 literal h), modificatoria de la Resolución Externa 21 de 1993 expedida por la misma Junta Directiva del Banco de la República.

En ella se precisan disposiciones sobre los intermedarios autorizados, las categorías y autorización a Casas de Cambio y requisitos.

La demanda

El actor solicita la nulidad de todo el texto de los actos mencionados e invoca como disposiciones violadas las siguientes:

"...

"- Articulo (sic) 84 de la Constitución Política, sobre la reglamentación de los derechos y actividades y especialmente sobre el ESTABLECIMIENTO DE REQUISITOS ADICIONALES PARA SU EJERCICIO.

"Articulo (sic) 122 y ss, Capitulo (sic) del Titulo (sic) V de la Constitución Política, sobre la función publica (sic).

"Articulo (sic) 150 número 7 de la Constitución Política; sobre la estructura de la administración publica (sic).

"Articulo (sic) 333 de la Constitución Política; sobre la libertad Económica.

"Articulos (sic) 371 y 372 de la Constitución Política; sobre el Banco de la República su Junta Directiva y sus funciones.

"Articulos 48 y ss o Titulo (sic) IV Capitulo (sic) del Código de Comercio; sobre los Libros de Comercio.

"Articulos (sic) 2° y 3° del Decreto 01 de 1984 o Código Contencioso Administrativo; sobre el objeto de los actos y actuaciones administrativas, y sus principios orientadores.

"Articulos (sic) 174 y 175 del Código Contencioso Administrativo; sobre la obligatoriedad de las sentencias ejecutoriadas, y sobre la Cosa Juzgada y su fuerza, Erga Omnes.

"Articulo (sic) 16 Ley 31 de 1992 sobre las funciones de la Junta Directiva del Banco de la República.

"Articulo (sic) 1° número 3 del Decreto 1271/73 sobre las funciones de la Dirección General de Intermediarios del Mercado Cambiario."

En extenso memorial, precisa el concepto de la violación alegada, el cual puede resumirse en los siguientes términos:

1. En relación con las circulares externas del Superintendente Bancario demandadas, que éste carecía de competencia para expedirlas, toda vez que las normas por él invocadas no le daban dicha facultad.

Afirma que el Estatuto Financiero, Decreto 663 de 1993, que fija la estructura general del sistema financiero y regula lo relativo a las instituciones financieras no le da dicha facultad y que el Decreto 1271 de 1993 le ordena

crear la Dirección General de Intermediarios del Mercado Cambiario como organismo encargado de autorizar el funcionamiento de las Casas de Cambio y de ejercer su control y vigilancia, pero no le da competencia para establecer requisitos, como lo hizo en las circulares externas demandadas.

Agrega que el Código de Comercio en su Título IV Capítulo I, regula los requisitos de los comerciantes, como son los libros de comercio que deben llevar, lo cual es muy diferente de los sofisticados programas de computadores exigidos por el Superintendente Bancario y para regular lo cual carecía de competencia.

Lo anterior, implica que las circulares demandadas fueron expedidas amparándose "... en normas que en unos casos no eran aplicables y en otros contrarias a la ley como las que se conocen en el Código de Comercio Título IV Capítulo I artículos 48 y siguientes y en otros casos, ingresando a la esfera y competencia de otras autoridades..."

Considera que las Casas de Cambio no forman parte del sistema financiero toda vez que no captan recursos del público, ni realizan operaciones de cambio ya que lo hacen con recursos propios, arriesgando su patrimonio y que el Estatuto Financiero no las enumera como tales, razón por la cual las normas relativas a su funcionamiento en él contenidas no les son aplicables.

Anota que se desconoció la Constitución Nacional, Capítulo 2º Título V, en cuanto al haber expedido la Junta Directiva del Banco de la República la Resolución 21 de 1993, ninguna otra autoridad tiene facultades para establecer requisitos como los consagrados en las circulares demandadas y por lo tanto también resulta violada la "facultad legislativa de la Junta Directiva del Banco de la República" facultad que es de carácter excluyente para regular lo relativo a las Casas de Cambio, y que no pueden ser rebasadas por actos administrativos como lo son los demandados.

2. En relación específicamente con la Circular 018 del 9 de marzo de 1994 del Superintendente Bancario informa que fue expedida como consecuencia de decisiones del Consejo de Estado, en las cuales se decretó la suspensión provisional de algunas normas de la Resolución 21 de 1993, de la Junta Directiva del Banco de la República y con el fin de reformar la Circular Externa 065 de 1993 del Superintendente Bancario.

Insiste en los argumentos ya reseñados para la Circular Externa 065 de 1993 y afirma que no es procedente, ni legalmente posible obligar a las Casas de Cambio a contar con órganos de control, ni a que separen las funciones administrativas de las de representación.

Reitera la falta de competencia del Superintendente Bancario para legislar sobre los requisitos de las Casas de Cambio y que en virtud del pronunciamiento

del Consejo de Estado el Superintendente Bancario ha debido modificar sus dos circulares y no lo ha hecho y que además la misma Junta Directiva del Banco de la República modificó la Resolución 21 de 1993, sin que el Superintendente haya modificado sus circulares, las cuales atentan contra los principios de economía, celeridad, retardo injustificado, eficacia, imparcialidad y contradicción consagrados en el artículo 3º del Código Contencioso Administrativo y que ni aun, si la facultad fuera discrecional los actos demandados serían legales, toda vez que según el artículo 36 del mismo Código Contencioso Administrativo prescribe que el acto debe ser adecuado a los fines de la norma y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

3. En cuanto a la Resolución Externa del 26 de enero de 1995 proferida por la Junta Directiva del Banco de la República reprodujo normas anuladas por el Consejo de Estado, actuación que prohíbe el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo.

Agrega que la Junta Directiva del Banco de la República, al actuar como autoridad cambiaria no puede definir las condiciones organizativas o empresariales de las casas de cambio, pues constitucionalmente, sus funciones, en materia de cambios internacionales son solamente la regulación de su actividad con su sujeción a la ley y aceptar lo contrario sería otorgar a la Junta Directiva del Banco de la República, una competencia que el constituyente reservó al legislador.

Insiste en que la definición de las condiciones organizativas de las personas que se dedican a una actividad económica lícita no debe comprometer un juicio sobre a quien corresponde constitucionalmente la regulación de cambios internacionales, sino a quien corresponde expedir las disposiciones que regulan la libertad económica y que es el legislador.

Recuerda que las sentencias ejecutoriadas son obligatorias, según el artículo 147 del Código Contencioso Administrativo, para los particulares y para la Administración.

Suspensión provisional

El accionante solicitó la suspensión provisional de los efectos de los actos demandados, solicitud que fue negada mediante auto del 7 de julio de 1995 de la Sección Cuarta de esta Corporación.

Contra dicha decisión el interesado interpuso recurso de reposición el cual fue resuelto negativamente en auto del 4 de agosto de 1995.

Oposición a la demanda

1. El doctor Miguel Urrutia Montoya en su calidad de representante legal del Banco de la República dio contestación a la demanda para solicitar una

sentencia denegatoria de sus pretensiones, con fundamento, en síntesis, en los siguientes argumentos:

Hace un pormenorizado recuento acerca de la regulación sobre las Casas de Cambio antes de 1991, menciona el Decreto 444 de 1967, y el Decreto 624 de 1974 que atribuyó a la Superintendencia de Control de Cambios la función de inscribir y reglamentar el recibo de divisas a cambio de bienes y servicios por personas naturales y jurídicas, distintas a los bancos, con el objeto de canalizarlas al Banco de la República y su sección de Control de Espectáculos Públicos y de Turismo, para supervigilar los movimientos de divisas, entre otras, en las agencias de cambio.

Se refiere luego al régimen posterior a 1991, con fundamento en lo dispuesto por la Ley 9ª de dicho año, con la cual se estableció un régimen cambiario más flexible, para dar cabida a un mercado de cambios único, que permitiera preservar el control de los movimientos internacionales de capitales y que dejó en manos de la autoridad monetaria y cambiaria los instrumentos de regulación de dicha materia y entre ellos la determinación de los intermediarios del mercado cambiario quienes quedarían autorizados para realizar operaciones de cambio y podían serlo tanto las entidades financieras como las que tuvieran como objeto exclusivo la realización de operaciones de cambio.

Precisa que con fundamento en los cambios introducidos por la Ley 9ª de 1991 y en concordancia con lo dispuesto por los artículos 372 y 51 transitorio de la Constitución Nacional, inicialmente la Junta Monetaria y luego la Junta Directiva del Banco de la República reglamentaron la materia así:

Mediante la Resolución 55 de la Junta Monetaria, desde el 21 de junio de 1991, los intermediarios del mercado cambiario quedaron autorizados para negociar divisas directamente con sus clientes, conviniendo libremente las tasas de compra y venta de las mismas.

Con la Resolución 57 de 1991 la Junta Monetaria, modificada por la Resolución Externa 27 de 1992 de la Junta Directiva del Banco de la República se previó la existencia de las Casas de Cambio para realizar actividades de compra y venta de divisas, en operaciones que no deban canalizarse a través del mercado cambiario y de realizar negociaciones de divisas con los intermediarios del citado mercado, y se consagraron ciertos requisitos para tal efecto.

Al suprimirse la Superintendencia de Cambios, según lo dispuesto por el Decreto 2116 de 1992, y trasladarse a la Superintendencia Bancaria las funciones de Vigilancia y Control de las Casas de Cambio, la Junta Directiva del Banco de la República mediante la Resolución 21 de 1993, reglamentó la materia y reiteró la competencia de la Superintendencia Bancaria para otorgar

la autorización de funcionamiento de las Casas de Cambio, que se daría por tres años, vencidos los cuales debía renovarse y en desarrollo de este texto legal, la Superintendencia Bancaria expidió la Circular Externa 065 de 1993.

Se refiere luego al fallo del Consejo de Estado del 20 de mayo de 1994, en el cual la Sección Cuarta de la Corporación se pronunció sobre la legalidad de la Resolución Externa 21 de 1993 de la Junta Directiva del Banco de la República, el cual originó una nueva resolución, y esa es Resolución Externa 4 de 1995 ahora demandada, que aplica estrictamente lo dicho por la citada Corporación.

Precisa el contexto normativo y cita los artículos 333, 372 y 55 transitorio de la Constitución Nacional, según los cuales sólo la ley puede establecer requisitos enfrente a la actividad económica y a la iniciativa privada y la autoridad competente en materia cambiaria es la Junta Directiva del Banco de la República y ésta ejercerá las funciones que le correspondían a la Junta Monetaria.

Menciona a continuación las normas de rango legal y transcribe algunos apartes de las Leyes 9° de 1991 y 31 de 1992, según las cuales la Junta Directiva del Banco de la República tiene, como atribución propia, determinar cuáles son los intermediarios del mercado cambiario y establecer los requisitos que deben cumplir los mismos para operar.

Cita los desarrollos reglamentarios dados por la Junta Directiva del Banco de la República al tema, de conformidad con las competencias asignadas por la ley contenidos en las citadas Resoluciones Externas 21 de 1993 y 4 de 1995, esta última expedida luego de la decisión del Consejo de Estado.

Afirma la improcedencia de las pretensiones del accionante por considerar que la Junta Directiva del Banco de la República sí tiene facultades para expedir actos administrativos con el contenido de la Resolución 4 de 1995.

Invoca el artículo 333 de la Constitución Nacional y afirma que para que la Junta en cuestión tuviera la competencia discutida se requería la expedición de una ley y esa ley existe: es la Ley 9ª de 1991, artículos 8° y 3° en concordancia con los artículos 372 y 55 transitorio de la Constitución Nacional y es el artículo 16, literal h) de la Ley 31 de 1992, los cuáles disponen que la Junta Directiva del Banco de la República, como autoridad cambiaria puede determinar cuáles son los intermediarios del mercado cambiario y establecer los requisitos que deben cumplir para operar en él.

Lo anterior, porque el artículo 8° de la Ley 9ª de 1991 previó tal facultad y en su artículo 3° dispuso que dichas funciones serían ejercidas por el Gobierno Nacional y por conducto de la Junta Monetaria, la cual fue reemplazada por la nueva Junta Directiva del Banco de la República, la cual asumió las funciones

de regulación cambiaria previstas en los artículos 5° a 13 de la Ley 9ª de 1991 (artículo 16 literal h) de la Ley 31 de 1992).

Según lo anterior, a su juicio se desvirtúa el cargo propuesto por la demanda de que la Junta está adicionando o modificando ilegalmente el régimen o sustituyendo al legislador, pues la ley precisamente le ha asignado a la mencionada Junta la potestad de fijar los requisitos sin imponerle restricciones.

Se refiere luego a los diferentes intermediarios cambiarios previstos en las resoluciones mencionadas, entre los cuales están los Bancos Comerciales, las Corporaciones Financieras, las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, las Compañías de Financiamiento Comercial, la FEN, Bancoldex y las Casas de Cambio, y precisa que teniendo en cuenta su organización, capacidad económica, tradición, solidez y estructura han sido autorizados para realizar sus actividades cambiarias de manera diferencial, y entre éstas las Casas de Cambio sólo pueden realizar las actividades expresamente autorizadas en la citada Resolución 21 de 1983.

Finalmente transcribe apartes de la providencia del Consejo de Estado en la cual se pronunció sobre la legalidad de la Resolución 21 de 1983, anulando algunos de sus apartes y a su salvamento de voto y precisa que en acatamiento de lo anterior se expidió el acto demandado, la Resolución Externa 4 de 1995, una vez que se incluyeron como intermediarios cambiarios las Casas de Cambio y procedió a reglamentar los requisitos que debían llenar dichos intermediarios para poder operar, remitiendo a la fijación de ciertos requisitos por parte del ente contratador, la Superintendencia Bancaria.

A manera de conclusiones precisa que:

- La Junta Directiva del Banco de la República expidió la resolución demandada con fundamento en dos leyes: la 9ª de 1991 y la 31 de 1992.

- Los cambios internacionales están sujetos a la regulación de dos leyes: una general que como tal no puede contener normas de detalle y la otra, reguladora del ejercicio de las funciones constitucionales de la Junta Directiva del Banco de la República, conforme con la Constitución Política de 1991 la nueva autoridad cambiaria es la mencionada Junta, posición que ha sido reafirmada jurisprudencialmente, tanto por la Corte Constitucional, como por el Consejo de Estado.

- La Junta Directiva del Banco de la República al expedir la norma demandada corrigió su falla de no haber calificado como intermediario cambiario a las Casas de Cambio y una vez definidas como tales procedió a fijarles requisitos para operar.

- De conformidad con lo anterior, no resulta válida la afirmación de la demanda en el sentido de que se reprodujo una norma anulada por el Consejo de Estado.

2. La doctora Josefina Martínez Restrepo como apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como tercero interviniente, se opuso a las pretensiones de la demanda y luego de afirmar la plena legalidad de los actos demandados manifiesta que, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto con fuerza de Ley 2116 de 1992, y ante la supresión de la Superintendencia de Cambios, la Superintendencia Bancaria tiene facultades expresas y plenas para expedir los actos demandados, ya que se le asignó privativamente la función de vigilancia y control de las instituciones financieras autorizadas para actuar como intermediarios en el mercado cambiario y de las Casas de Cambio.

Y el hecho de que el Decreto 1271 de 1993 haya determinado la creación de la Dirección General de Intermediarios del Mercado Cambiario, no significaba que la Superintendencia Bancaria perdiera sus competencias previamente asignadas mientras ésta no estuviera creada. Es claro que el decreto con fuerza de ley citado, reafirma la competencia de la Superintendencia Bancaria y entre ellas el control y vigilancia sobre los intermediarios cambiarios.

En relación con el requisito de tener un nivel de sistematización (hardware y software) adecuado no puede considerarse como la exigencia de libros de comercio adicionales a los exigidos por el Código de Comercio y dicho requisito encuentra su respaldo en el artículo 89 de la Resolución 21 de 1993, modificado por la Resolución 4 de 1995 de la Junta Directiva del Banco de la República.

Los requisitos exigidos por la Superintendencia Bancaria en los actos demandados, son instrumentos de control y vigilancia y encuentran su fundamento, no como lo afirma la demanda en el artículo 53 del Estatuto Financiero, sino en el numeral 2° del artículo 88 de la Resolución Externa 21 de 1993 de la Junta Directiva del Banco de la República, el cual remite al numeral 2° del artículo 53 del Estatuto Financiero, lo cual es perfectamente válido.

Insiste en que la Superintendencia Bancaria tiene competencia en materia cambiaria con fundamento en el artículo 2° del Decreto 2126 de 1992 y en la Resolución Externa 21 de 1993 de la Superintendencia Bancaria.

Considera que la demanda incurre en contradicción cuando afirma, que la Superintendencia Bancaria ha debido modificar las dos circulares impugnadas, cuando el argumento central es la incompetencia de dicha entidad en materia cambiaria.

Y en cuanto a la Resolución Externa 4ª de 1995 proferida por la Junta Directiva del Banco de la República anota que para la época de la declaratoria de nulidad de algunos apartes de la Resolución 21 de 1993, no estaban calificadas las Casas de Cambio como intermediarios financieros y como la decisión judicial anotó dicha falla, la resolución demandada las incluyó, modificando el artículo 68 de la Resolución 21 de 1993 quedando facultada para exigirles determinados requisitos especiales.

3. La doctora Cecilia del Pilar Cabrera Portilla, en su calidad de agente oficioso de la Superintendencia Bancaria solicitó que se confirme la legalidad de las disposiciones acusadas.

Invoca el artículo 2 del Decreto 2116 de 1992, según el cual la Superintendencia Bancaria ejercerá privativamente la función de control y vigilancia sobre las instituciones financieras autorizadas por el régimen cambiario para actuar como intermediarios del mercado cambiario y sobre las Casas de Cambio, para afirmar la competencia de la citada entidad para expedir los actos demandados y agrega que, si bien es cierto, que se previó una Dirección General de Intermediarios del Mercado Cambiario, la cual dependería del Superintendente Delegado para Establecimientos de Crédito y ejercería las citadas funciones de vigilancia y control, el Superintendente Bancario en ejercicio de sus competencias legales, mediante la Resolución 2167 de 1993 le asignó dichas funciones a la División Banco de la República y a la Dirección General de Bancos de la entidad, para lo cual lo autoriza expresamente el literal q) del artículo 327 del entonces Estatuto Financiero, hoy literal e) del artículo 329 según el cual se le faculta para reasignar y distribuir competencias entre las diferentes dependencias de la entidad, si ello es necesario para el mejor desempeño del servicio público.

Cita el artículo 89, parágrafo 1° de la Resolución Externa 21 de 1993 de la Junta Directiva del Banco de la República, que decía que para obtener el certificado de autorización se deberá presentar ante la Superintendencia Bancaria una solicitud formal y acreditar el cumplimiento de los requisitos previstos, **en la forma como lo instruya dicha entidad**. Y eso fue lo que hizo la Superintendencia Bancaria mediante las circulares externas demandadas, instruir a las casas de cambio, que si bien no son entidades financieras, ni aseguradoras, ni forman parte del sistema financiero, por virtud del Decreto 2116 de 1992, están sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, luego de la supresión de la Superintendencia de Cambios.

Por otra parte, considera que también son improcedentes las afirmaciones de la demanda en lo referente a la indebida aplicación del artículo 53 del

Estatuto Financiero, ya que dicha norma fue invocada en el artículo 88 de la Resolución 21 de la Junta Directiva del Banco de la República al disponer que las casas de cambio deberían tener autorización de la Superintendencia Bancaria y lo mismo dispuso la Resolución Externa 4ª de 1995 de la Junta Directiva del Banco de la República.

Se refiere luego a las alegadas violaciones del Código de Comercio en razón de las exigencias en materia de sistematización e indica que el fundamento de dichos requisitos está en las Resoluciones Externas 21 de 1993 y 4 de 1995 en las que para obtener el certificado de autorización se exige el contar con una infraestructura que permita un adecuado manejo y el debido control del conjunto de operaciones por parte de la Superintendencia Bancaria, todo lo cual facilita y hace eficaz el envío de la información requerida por la entidad que vigila, la cual dio instrucciones a través de los actos demandados en esta materia a las casas de cambio vigiladas, sin que lo exigido se pueda equiparar a libros de comercio, sino la exigencia de sistemas modernos y actualizados para manejar la información, con todo lo cual lo que se busca es que las casas de cambio se actualicen y cuenten con la infraestructura adecuada para la actividad que desarrollan.

En cuanto a la facultad para evaluar la idoneidad y responsabilidad de los socios, representantes legales o empleados de las Casas de Cambio, por parte de la Superintendencia Bancaria, no es más que el desarrollo de lo establecido en las citadas resoluciones de la Junta Directiva del Banco de la República , con el fin de que dichas personas satisfagan las adecuadas condiciones éticas, de responsabilidad, carácter e idoneidad profesional, para lo cual la entidad responsable de su vigilancia puede utilizar los métodos que considere convenientes.

Ya en relación con la Circular Externa 18 de 1994 y en cuanto a la exigencia de un revisor fiscal precisa también que su respaldo está en las disposiciones de la Junta Directiva del Banco de la República, ya citadas.

Y en cuanto a que la Superintendencia ha continuado requiriendo a las Casas de Cambio, con fundamento en las circulares demandadas, afirma que lo ha hecho en relación con aspectos diferentes de los que fueron objeto de anulación y en los demás de conformidad con la Resolución 4 de 1995 ya citada.

Manifiesta finalmente que su actuación como agente oficioso de la Superintendencia Bancaria, será ratificada por el Secretario General de la entidad, quien está facultado para ello.

La citada ratificación fue hecha expresamente en memorial que obra a folio 147 del expediente.

Alegatos de conclusión

1. La apoderada Judicial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en su alegato final insiste en la competencia de la Superintendencia Bancaria para expedir las circulares demandadas, luego de la supresión de la Superintendencia de Cambios, de conformidad con el artículo 2° del Decreto 2116 de 1992, el cual le asigna la vigilancia y control de los intermediarios cambiarios y de las Casas de Cambio.

A su juicio la creación de la Dirección General de Intermediarios del Mercado Cambiario no podía significar la pérdida de competencia para la Superintendencia Bancaria, toda vez que la Resolución Externa 21 de la Junta Directiva del Banco de la República, en sus artículos 88 y 89, se refiere a la autorización que para realizar la actividad propia de las Casas de Cambio debe otorgar la Superintendencia Bancaria y faculta a dicha entidad para otorgar la autorización correspondiente.

A su juicio las circulares demandadas no establecen requisitos adicionales a los previstos en la Resolución 21 de 1993 de la Junta Directiva del Banco de la República.

El artículo 88 de la Resolución 21 de 1993 dispuso que para obtener la autorización de funcionamiento, las Casas de Cambio debían presentar ante la Superintendencia Bancaria una solicitud y acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos por dicha resolución, en la forma como lo instruya la citada entidad, es decir, la Superintendencia Bancaria.

Las circulares demandadas instruyeron a las vigiladas, actuación que además encuentra respaldo en el artículo 326 del Estatuto Financiero, el cual establece que la Superintendencia Bancaria en ejercicio de sus funciones de control y vigilancia podrán instruir a las instituciones vigiladas de la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación.

Por otra parte, las circulares demandadas no exigen libros de comercio adicionales a los señalados en el Código de Comercio y sólo se establece el manejo de la información a través de un medio actualizado y eficaz, que permita un adecuado manejo y el debido control de una actividad regulada, como lo es la intermediación en divisas.

El artículo 53 del Estatuto Financiero es aplicable a las casas de cambio, por expreso mandato del artículo 88 de la Resolución Externa 21 de 1993 de la Junta Directiva del Banco de la República, razón por la cual no es válido el argumento de que dicha aplicación la hacen directamente las circulares de la

Superintendencia Bancaria demandadas, sino que es la resolución mencionada, la que remite expresamente a las disposiciones del artículo 53 del Estatuto Financiero.

Y en relación con la también demandada Resolución Externa 4ª de 1995 de la Junta Directiva del Banco de la República insiste en que dicho acto simplemente dio aplicación a lo decidido por el Consejo de Estado y los motivos que dicha Corporación tuvo para declarar la nulidad de algunos apartes de la Resolución 21 de 1993 de la Junta Directiva del Banco de la República no existieron al momento de la expedición de la que ahora se juzga.

Afirma que el Consejo de Estado precisó que la facultad de imponer condiciones y requisitos a las Casas de Cambio para su creación y funcionamiento, dentro del mercado, debía estar precedida de su calificación como intermediarios cambiarios por la Junta Directiva del Banco de la República, ya que sólo así, se entendía el ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 8° de la Ley 9ª de 1991.

2. La doctora Marta Cecilia Paz, nueva apoderada de la Superintendencia Bancaria, en su alegato de conclusión, solicita se confirme la legalidad de los actos demandados y, luego de referirse a los argumentos de la parte actora, precisa la competencia de la Superintendencia Bancaria para expedir "las resoluciones cuestionadas".

Cita para el efecto el Decreto 2116 de 1992, el cual ordenó la supresión de la Superintendencia de Cambios, la creación de la Dirección General de Intermediarios del Mercado Cambiario en la Superintendencia Bancaria y en su artículo 2° le asignó a la Superintendencia Bancaria la función de control y vigilancia sobre las instituciones financieras autorizadas para actuar como intermediarios financieros y sobre las casas de cambio.

Invoca luego el artículo 329 del Estatuto Financiero, sustituido por el Decreto 2359 de 1993, el cual le asigna al Superintendente Bancario la facultad de asignar y distribuir competencias entre las distintas dependencias cuando fuere necesario para el mejor desempeño del servicio público, facultad que el Superintendente Bancario ejerció mediante la Resolución 2167 de 1993, asignándole las funciones de control y vigilancia en materia cambiaria a la Dirección General de Bancos.

Reitera luego los argumentos propuestos al contestar la demanda, relacionados con las facultades del Superintendente Bancario para instruir a sus vigiladas, según el articulo 89 de la Resolución 21 de 1993 de la Junta Directiva del Banco de la República, en cuanto a la aplicación indebida del artículo 53 del Estatuto Financiero y de la exigencia de libros no previstos en el Código de Comercio.

3. La doctora Margarita Olaya de Obando, Procuradora Séptima Delegada en lo Contencioso solicita se nieguen las peticiones de la demanda.

Luego de referirse a los antecedentes legislativos en la materia y a la decisión del Consejo de Estado, respecto de la Resolución 21 de 1993 de la Junta Directiva del Banco de la República, afirma la competencia de la Superintendencia Bancaria y de la Junta Directiva del Banco de la República para expedir los actos demandados.

A su juicio no se da la alegada reproducción de un acto anulado, sino que por el contrario se dio aplicación a lo establecido por la decisión del Consejo de Estado sobre la materia.

En relación con las supuestas violaciones al Código de Comercio, considera que se trata de un requisito adicional necesario dada la calidad y tipo de actividad que desarrollan las Casas de Cambio y no de las exigencias que el Código de Comercio hace para quienes realizan la actividad comercial.

4. Ni el accionante, ni el representante del Banco de la República presentaron alegato de conclusión.

Consideraciones de la Sala

Para decidir la controversia propuesta la Sala considera pertinente analizar, en primer término, lo relativo a la Resolución Externa 4ª del 26 de enero de 1995, expedida por la Junta Directiva del Banco de la República, para luego referirse a los otros actos demandados, las Circulares Externas 065 del 13 de octubre de 1993 y 18 del 9 de marzo de 1994, expedidas por el Superintendente Bancario.

1. **Resolución Externa 4ª del 26 de enero de 1995, expedida por la Junta Directiva del Banco de la República.**

Son dos los argumentos propuestos en contra de la Resolución Externa número 4 del 26 de enero de 1995 de la Junta Directiva del Banco de la República, a saber, que fue expedida sin competencia y que reprodujo normas anuladas.

En relación con el tema de la competencia de la Junta Directiva del Banco de la República, en materia cambiaria es del caso mencionar las siguientes normas:

Constitución Nacional

"Artículo 372. La Junta Directiva del Banco de la República será la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, conforme a las funciones que le asigne la ley.

"..."

Ley 9ª de 1991

"Por la cual se dictan normas generales a las que deberá sujetarse el Gobierno Nacional para regular los cambios internacionales y se adoptan medidas complementarias."

"...

"Artículo 3°. **Funciones de regulación.** Las funciones consagradas en este título serán ejercidas por el Gobierno Nacional y por conducto de la Junta Monetaria en los casos contemplados en los artículos 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9°, 10, 11, 12, y 13 y del Consejo Nacional de Política Económica y Social las previstas en el artículo 13.

"...

"Artículo 8°. 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 considera 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."

Ley 31 de 1992

"Artículo 16. **Atribuciones**. Al Banco de la República le corresponde estudiar y adoptar las medidas monetarias, crediticias y cambiarias para regular la circulación monetaria y en general la liquidez del mercado financiero y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos de la economía, velando por la estabilidad del valor de la moneda. Para tal efecto, la Junta Directiva podrá:

"...

"h) Ejercer las funciones de regulación cambiaria previstas en el parágrafo 1° del artículo 3° y en los artículos 5° a 13, 16, 22, 27, 28 y 31 de la Ley 9ª de 1991.

"..."

De conformidad con las normas transcritas la conclusión, clara y precisa, es que la Junta Directiva del Banco de la República tiene carácter de autoridad en materia cambiaria y como función propia, la de determinar cuáles son los intermediarios del mercado cambiario y la de establecer los requisitos que dichos intermediarios deben cumplir para realizar actividades en materia cambiaria, lo cual indica que el cargo de incompetencia de la Junta Directiva del Banco de la República no resulta válido, toda vez que la resolución demandada constituye precisamente la concreción del ejercicio de la mencionada atribución.

En cuanto a la afirmación de que a través de la resolución demandada se reprodujeron normas que habían sido anuladas por el Consejo de Estado mediante Sentencia del 20 de mayo de 1994, Expediente 5185 con ponencia del doctor Guillermo Chahín Lizcano, se observa lo siguiente:

La parte resolutiva de dicha providencia dispuso:

"Son nulos los siguientes apartes de la Resolución Externa número 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 1° del artículo 89, cuyo texto es el siguiente: **'deberán encontrarse organizadas como sociedades anónimas'.**

"d) El numeral 2° 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 3 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.' ".**

La consideración fundamental que llevó a la Corporación a dicha decisión fue, en lo pertinente, la siguiente:

"...

"4. La Resolución Externa número 21 de 1993 de la Junta Directiva del Banco de la República y las regulaciones sobre Casas de Cambio.

"Ocurre que al analizar al 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 8° 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 8° 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 8° de la Ley 9ª de 1991, se las ha debido calificar como intermediarios de ese mercado (se subraya).

"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.

"..."

Así que la anulación de las normas demandadas de la Resolución 21 de 1993 de la Junta Directiva del Banco de la República se decretó por cuanto las Casas de Cambio no habían sido calificadas como intermediarios cambiarios y por lo tanto no podían ser sujetos pasivos de las disposiciones de la citada resolución, toda vez que, según los términos mismos de la Ley 9ª de 1991, dicha facultad se otorgó solamente para determinar los intermediarios del mercado cambiario y para que se les señalen a éstos, los requisitos y condiciones para que personas calificadas puedan participar en dicho mercado.

La resolución demandada en su artículo 1° dispuso que:

"Artículo 1°. El artículo 68 de la Resolución Externa número 21 de 1993 quedará así:

"Artículo 68. **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-, el Banco de Comercio Exterior de Colombia -Bancocoldex- y las Casas de Cambio (se subraya).

"..."

En el artículo transcrito se incluyen, expresamente, como intermediarios cambiarios las casas de cambio y, es pertinente precisar que, en la sentencia invocada del Consejo de Estado no hubo pronunciamiento alguno sobre el artículo 68 de la Resolución 21 de 1993, toda vez que en esa oportunidad la demanda recaía exclusivamente sobre los artículos 88 y 89 de la misma.

En este aspecto no hubo entonces reproducción de una norma anulada, toda vez que la decisión del Consejo de Estado no se refirió al citado artículo 68 y los términos que se agregaron "las Casas de Cambio", en el acto ahora demandado, no podían haber sido anulados, ya que no existían en la normatividad anterior.

El artículo 2° de la resolución demandada dispone que el artículo 88 de la Resolución 21 de 1993 "quedará así..." y luego de establecer diferentes categorías de Casas de Cambio y definirlas, en su punto 2 reglamenta lo relativo a la autorización y dispone textualmente:

"...

"2. **Autorización a Casas de Cambio.**

"Conforme lo previsto por el artículo 53, numeral 2° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás normas que lo modifiquen o adicionen, para adelantar operaciones propias de las Casas de Cambio, éstas deberán contar con la autorización previa de la Superintendencia Bancaria.

"La autorización se otorgará mediante resolución motivada expedida por el Superintendente Bancario, una vez se verifique el cumplimiento de los requisitos señalados en la presente resolución y se establezca que los socios, directores, administradores y representantes legales de la sociedad, satisfacen adecuadas condiciones éticas, de responsabilidad, carácter e idoneidad profesional, por cualesquiera medios que se juzgue convenientes, incluida, en todo caso, la evaluación de la conducta que dichas personas hayan tenido durante

la realización de actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público.

"Parágrafo. Las indagaciones de que trata este artículo deberán efectuarse igualmente cuando se trate de una cesión de derechos sociales, la cual deberá ser aprobada previamente por la Superintendencia Bancaria."

Como puede establecerse, de su simple lectura, en la norma demandada no se reprodujeron los apartes anulados por el Consejo de Estado relativos a que "dicha autorización se otorgará para períodos de tres (3) años, vencidos los cuales deberá renovarse", y a que se otorgará "...previo concepto del Consejo Asesor del Superintendente", razón por la cual en este artículo tampoco se da la alegada reproducción de normas anuladas.

El artículo 3° de la resolución demandada, que modifica el artículo 89 de la Resolución 21 de 1993, establece, entre otros requisitos, que las Casas de Cambio deberán organizarse bajo la forma de Sociedades Anónimas y tener un capital pagado no inferior a $300.000.000, cifra que se ajustará anualmente, desde 1996, de acuerdo con los parámetros sobre meta de inflación que establecerá el Banco de la República.

Sobre dichos requisitos se pronunció la Corporación en el fallo mencionado y anuló los requisitos de forma de Sociedades Anónimas y de capital pagado de $300.000.000, con la motivación a que ya se hizo referencia, es decir, por cuanto las Casas de Cambio no eran definidas como intermediarios cambiarios. Así las cosas habiendo quedado éstas con tal carácter, mediante la modificación del artículo 68 de la Resolución 21 de 1993, bien podía la Junta Directiva del Banco de la República hacerlas sujeto pasivo de dichos requisitos, luego de haberlas calificado como intermediarios cambiarios, en los términos de las normas pertinentes, sin que resulte válido el argumento de que se están reproduciendo normas anuladas, toda vez que desapareció el fundamento legal de la anulación. (Artículo 158, Primer Inciso, C.C.A.)

Y lo mismo puede afirmarse en relación con la exigencia de que las Casas de Cambio cuenten con un revisor fiscal, exigencia que fue incluida por el artículo 4° de la resolución demandada al adicionar el artículo 91 de la Resolución Externa 21 de 1993.

También se alega que la Resolución Externa 4ª de 1995 de la Junta Directiva del Banco de la República se expidió sin que dicha autoridad pueda definir las condiciones organizativas o empresariales de quienes se establecen como Casas de Cambio, pues constitucionalmente dicha competencia se reservó al legislador.

A este respecto es del caso insistir en lo precisado por la Corporación en el fallo del 20 de mayo de 1994, invocado por el mismo demandante, en el

cual se precisaron las competencias de la Junta Directiva del Banco de la República sobre la materia cambiaria en los siguientes términos:

> "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 4ª '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 1° del artículo 3° y en los artículos 5° a 13, 16, 22, 27, 28 y 31 de la Ley 9ª de 1991', las que anteriormente, competían al Gobierno Nacional, como ya se ha explicado."

De conformidad con lo anterior es claro para la Sala que la resolución demandada ni reprodujo normas ya anuladas, fue expedida con competencia de la Junta Directiva del Banco de la República, razón por la cual las peticiones de la demanda en este aspecto no pueden prosperar.

2. **Circulares Externas 065 y 018 expedidas por el Superintendente Bancario.**

El Decreto 2116 de 1992 ordenó la supresión de la Superintendencia de Cambios y en su artículo 2° dispuso que la Superintendencia Bancaria ejercería privativamente la función de control y vigilancia sobre las instituciones financieras autorizadas por el régimen cambiario para actuar como intermediarios del mercado cambiario y sobre las Casas de Cambio.

Para el ejercicio de dicha competencia, la Superintendencia Bancaria cuenta con diferentes instrumentos a través de los cuales logra la finalidad prevista por el legislador al asignarle la mencionada función y, entre ellos le corresponde otorgar las autorizaciones para que las entidades financieras y las Casas de Cambio, actúen en el mercado cambiario y puede instruir, así como lo hace con las demás entidades vigiladas, de conformidad con el artículo 326 del Estatuto Financiero, sobre la actividad que ellos realizan, precisando los criterios dentro de los cuales se ejercerá el respectivo control.

Es claro que dichas facultades de control y vigilancia deben ejercerse, de conformidad con las disposiciones que, en ejercicio de sus competencias como autoridad en materia cambiaria, establezca la Junta Directiva del Banco de la República.

Dicha Junta, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, ha reglamentado la materia cambiaria y concretamente en la Resolución Externa 21 de 1993, modificada por la 4ª de 1995, también demandada en el presente proceso, reguló lo relativo a las Casas de Cambio, estableció su clasificación y dispuso en su artículo 88 que, conforme lo previsto por el artículo 53, numeral 2° 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 y dicha autorización se otorgará, mediante resolución motivada, una vez que se verifique el cumplimiento de los requisitos señalados en la misma resolución.

Y en ejercicio de su facultad de dar instrucciones, la Superintendencia Bancaria expidió las circulares demandadas con el fin de precisar los parámetros dentro de los cuales se ejercería el control y vigilancia, precisando, los requisitos que las casas de cambio deben cumplir, con el fin de obtener la mencionada autorización para actuar en el mercado cambiario.

Lo anterior, indica que la Superintendencia Bancaria sí tenía competencia para expedir las circulares demandadas, razón por la cual el argumento general de incompetencia propuesto por la parte actora, no puede prosperar.

Ahora bien, es cierto como lo afirma el actor, que el Decreto 1271 de 1993 previó la creación de la Dirección General de Intermediarios Cambiarios, lo cual no implica que se le hubiera suprimido la función de control y vigilancia que, como ya se precisó, expresamente atribuyó a la Superintendencia Bancaria el Decreto 2116 de 1992, al suprimir la Superintendencia de Cambios, ya que además el Superintendente Bancario, de conformidad con el artículo 329, del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sustituido por el Decreto 2359 de 1993, tiene facultades para asignar y distribuir internamente competencias, entre las diferentes dependencias de la Superintendencia, razón por la cual, el hecho de que no se haya creado la Dirección en cuestión a que hizo referencia el Decreto 1271 de 1993, no implica que la Superintendencia Bancaria no sea competente para ejercer su función de vigilancia y control respecto de quienes actúan en el mercado cambiario.

Por otra parte, la afirmación de que las Casas de Cambio no forman parte del sistema financiero es válida, y es por ello que las normas se refieren en materia cambiaria a las entidades financieras que actúen como intermediarios cambiarios y **a las Casas de Cambio,** pero ello no implica el que no sean

objeto de control y vigilancia por parte de la Superintendencia Bancaria y deban cumplirlas instrucciones que dicha entidad establezca para tal efecto, ya que las normas que regulan el tema, expresa e independientemente de que formen parte del sistema financiero, establecen su control y vigilancia por parte de dicha Superintendencia.

Es claro entonces, que por una parte, la Superintendencia Bancaria es la entidad encargada de la función de vigilancia y control de los intermediarios cambiarios y de las Casas de Cambios, la cual debe ejercer de conformidad con los parámetros establecidos por la Constitución, la ley y las disposiciones establecidas por la Junta Directiva del Banco de la República como autoridad cambiaria que es de conformidad con la Constitución y la ley.

Se afirma en la demanda que se desconocen normas propias del Código de Comercio, al exigir, las circulares demandadas, que las Casas de Cambio tengan unos mecanismos de sistematización con determinados requisitos de carácter técnico, para el manejo de la información, por cuanto los comerciantes sólo están obligados a llevar los libros que por razón de su actividad mercantil les exige dicho código.

Al respecto se observa que no se da una violación de las normas pertinentes del Código de Comercio, toda vez que esta exigencia es un mecanismo para hacer efectivo el control que le corresponde a la Superintendencia Bancaria en razón de que la actividad mercantil está referida al manejo de divisas y no adicional por su calidad de comerciantes, sino que se trata de obtener una información permanente y actualizada que por estar técnicamente desarrollada, le permita al titular del control establecer la realidad del manejo de los asuntos cambiarios, a cargo de las Casas de Cambio.

Lo anterior está expresamente consagrado en la Resolución Externa 21 de la Junta Directiva del Banco de la República, en su artículo 89, literal c), según el cual uno de los requisitos para obtener el certificado de autorización para las Casas de Cambio es "...**contar con una infraestructura tal que permita un adecuado manejo y debido control del conjunto de sus operaciones por parte de la Superintendencia Bancaria**" y lo mismo sucede con la exigencia de que los órganos de administración estén separados de los de representación, con lo cual además se busca un manejo adecuado y ético de los recursos que van a manejar dichas casas de cambio.

La Superintendencia Bancaria, según lo dispuso el artículo 88 de la Resolución Externa 21 de 1993 de la Junta Directiva del Banco de la República, antes de conceder el certificado de autorización a las Casas de Cambio debe verificar que los directores, socios, administradores y representantes legales de las sociedades satisfagan adecuadas condiciones éticas, de responsabilidad

carácter e idoneidad profesional, por cualquier medio que juzgue conveniente, incluida la evaluación de la conducta que dichas personas hayan tenido durante la realización de actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público.

Con fundamento en dicha norma la Superintendencia Bancaria sí tiene competencia para establecer ciertas exigencias a través de las cuales pueda establecer la idoneidad de las personas que manejan las Casas de Cambio y no resulta válido el argumento expuesto por el accionante, en cuanto afirma que ello no es posible en cuanto las Casas de Cambio no pertenecen al sector financiero.

En relación con la exigencia de que las Casas de Cambio tengan revisoría fiscal, que la demanda también cuestiona, es válido el argumento anterior, es decir, que no son las circulares cuestionadas las que lo establecen, sino que son las mismas resoluciones de la autoridad cambiaria, la Junta Directiva del Banco de la República las que regulan la materia, y concretamente así los dispone el artículo 91 de la Resolución Externa 21 de 1993, modificado por la Resolución Externa 4ª de 1995.

Aunque el demandante afirma que las circulares demandadas desconocen los principios consagrados en el artículo 3° del Código Contencioso Administrativo, no desarrolla el alcance de su afirmación, lo cual hace que la Sala no pueda pronunciarse respecto de dicho argumento.

En síntesis, a juicio de la Sala no se ha desvirtuado la presunción de legalidad que ampara los actos demandados, los cuales, según lo dicho, se ajustan a la legalidad y por ello se denegarán las pretensiones de la demanda, toda vez que las autoridades administrativas actuaron de conformidad con las normas que regulan sus competencias y sin que se hubieren excedido en el ejercicio de las mismas.

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:

Se niegan las pretensiones de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese, archívese, cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizano, Presidente de la Sección. *Julio Enrique Correa Restrepo, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Florez Rojas, Secretario.

PRESCRIPCION DE SANCIONES - Término / SANCION POR GASTOS NO EXPLICADOS - Término

Si fuera cierto, que el término de dos años previsto por el artículo 638, segunda parte, del Estatuto Tributario, para la prescripción de la facultad sancionatoria, debiera contarse desde la conclusión del plazo de que dispone el contribuyente para contestar el requerimiento contemplado por el inciso 1º del artículo 663 ib. habría que admitir que la administración tenía facultad para manejar el término en cuestión a su arbitrio, sin norma legal expresa que le atribuyera semejante discrecionalidad, toda vez que dicho requerimiento se podría notificar "en cualquier tiempo" con el propósito de "alargar" el lapso de la mencionada prescripción, como, de hecho, ocurrió en el caso. Los términos relativos a las sanciones tributarias, se cuentan desde la incursión en la respectiva infracción; pero dado que, tratándose de impuestos de período, la situación contable y fiscal sólo se consolida a la conclusión de éste, disponiendo, además, el contribuyente o responsable, de un término para la presentación de su declaración tributaria, luego el término de prescripción de la acción sancionatoria había empezado a correr desde el vencimiento del plazo para declarar en el caso el 11 de octubre de 1989, y concluido el 11 de octubre de 1991, con lugar a la ostensible inoportunidad de la resolución sanción.

REQUERIMIENTO ESPECIAL - Término / LIQUIDACION PRIVADA - Firmeza

No existe ningún procedimiento administrativo que sustituya al de la revisión oficiosa con requerimiento previo, de suerte que si, como en el caso, el plazo para la presentación de la declaración de renta del período había vencido el 11 de octubre de 1989, necesariamente de conformidad con la norma en cita, tendría que haberse expedido el requerimiento especial, a más tardar, el 14 de octubre de 1991; como

no obra en el proceso prueba alguna de que se hubiera notificado tal requerimiento ni menos la liquidación de revisión, resulta perfectamente claro que en la anotada fecha, 11 de octubre de 1991, se produjo la firmeza de la liquidación privada, sin que ningún acto posterior, de suyo, extemporáneo, tuviera la virtud de modificar esta liquidación.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., diciembre primero (1°) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos.

Radicación número 7367.

Referencia: Apelación sentencia de 21 de julio de 1995 del Tribunal Administrativo de Caldas.

Actor: Carlos Abel Jaramillo Echeverry. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, por la parte demandada, mediante apoderado, en relación con la sentencia de primer grado, de 21 de julio de 1995, estimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, en el contencioso de restablecimiento fiscal referente al impuesto sobre la renta del período impositivo de 1998, promovido por *Carlos Abel Jaramillo Echeverry* contra las Resoluciones número 0068 de 28 de septiembre de 1992 y número 10022 del 23 de agosto de 1993, expedidas por la Unidad de Liquidación y la División Jurídica de la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales de Manizales.

ANTECEDENTES

Por la primera de las señaladas resoluciones, se aplicó multa de $2.398.000 al accionante, "por concepto de gastos no explicados, según lo estipula el artículo 663 del Estatuto Tributario" habiéndose establecido, previamente, por "cruce de información", haber realizado aquél, en el período, "consumos con tarjeta de crédito, Banco de Caldas, por valor de $3.658.000", sin que la contestación al correspondiente pliego de cargos fuera satisfactoria, principalmente por falta de prueba; la sanción fue confirmada por la resolución que decidió el recurso gubernativo de reconsideración.

LA DEMANDA

Indica quebrantado el artículo 638 del Estatuto Tributario, en consonancia con el 730-3 ib.

Explica, al efecto, haberse notificado la sanción por fuera del término de dos años fijado en la norma, que empezó a correr desde la culminación del ejercicio gravable de 1988, el discutido, es decir, a partir de las 12:00 de la noche de dicho año, y concluido a la misma hora del 31 de diciembre de 1990, mientras que la multa en cuestión, notificada el 28 de septiembre de 1992, excede en 21 meses el plazo legal.

A la vez, rechaza los planteamientos del funcionario que desató el recurso gubernativo, de que el discutido término, cuando la sanción se impone en resolución independiente, se cuenta desde la "comisión del hecho", pues estima que el espíritu de la norma señalada como violada (el artículo 638 del Estatuto Tributario) era, el que plasmó el legislador en el artículo 64 de la Ley 6ª de 1992, a saber, que "cuando las sanciones se impongan en resolución 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 durante el cual ocurrió la irregularidad sancionable o cesó la irregularidad, para el caso de las infracciones continuadas...", así no rigiera esta disposición cuando se presentó la declaración glosada.

LA SENTENCIA

En virtud del principio de irretroactividad de la ley, no considera aplicable, al caso, el aludido artículo 64 de la Ley 6ª de 1992, en lo que hay "perfecto acuerdo entre las partes".

Tampoco encuentra que al indicado artículo 638 del Estatuto Tributario señale el comienzo del término de prescripción, ni que las interpretaciones de las partes, en el punto, sean correctas; pero sí que, estando integrado el proceso impositivo por las actuaciones igualmente relevantes de aquéllas, la presentación de la declaración de renta daría comienzo al proceso de determinación del tributo, teniendo conocimiento la Administración desde entonces, de los ítems de la misma, debiendo ser, por tanto, tal fecha de presentación la que marcara el inicio del término en cuestión, como especie de "notificación personal" a la Administración para que ésta, a su vez, ejerciera sus propias competencias, interpretación que surge del mismo artículo 638 del Estatuto Tributario, donde dice, "cuando las sanciones se impongan en resolución independiente" (?), y también de la lectura de las normas que tratan de la notificación por correo, la corrección aritmética, el requerimiento especial y respuesta y la liquidación de revisión, actuaciones que tendrían siempre un punto de partida concreto.

Prosigue que el artículo 714 ib., sería aún más diciente, pues dispone que la liquidación privada adquiera firmeza, si dos años después de vencido el

plazo para declarar, o dos años después de presentada la declaración si ésta es extemporánea, no se ha notificado el requerimiento especial, y que dado que, en el caso, la fecha límite para la presentación de la declaración de renta, vencía el 11 de octubre de 1989, y que la declaración del actor se había radicado el día inmediatamente anterior, el plazo para notificar la sanción discutida, expiró el 11 de octubre de 1991, resultando extemporánea la notificación que se hizo del acto sancionatorio impugnado, el 28 de septiembre de 1992, como sería extemporánea igualmente, la resolución del recurso gubernativo, configurándose la causal de nulidad aducida en la demanda.

Salva su voto la señora Magistrada *María Ruby Montoya de Uribe*, pues, en su entender, el término de la Administración se empezaría a contar, desde el vencimiento del plazo que tiene el contribuyente para dar las explicaciones que se le exigen, y no desde la presentación de la declaración, como si la sanción se hubiera aplicado en la liquidación oficial, dado que el legislador señaló un término diferente.

EL RECURSO

Discrepa de los planteamientos de la sentencia, en cuanto en ésta no se estudió "la norma realmente aplicable al caso controvertido" invocada por la Administración, que lo es el artículo 663 del Estatuto Tributario, el cual señala, "el momento a partir del cual se debe contabilizar el término de 2 años, que precisándolo en la (sic) de la ocurrencia del hecho, y que el caso en consideración, es aquel en que no se logran justificar o explicar los gastos, sobre los cuales se requirió explicación, como lo ordena el inciso 2° de la norma..."

Adicionalmente la apelante manifiesta acogerse a lo expuesto por la Magistrada disidente.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La parte demandada insiste en que, de mantenerse el fallo recurrido, se quebranta el artículo 6° de la Carta Política, forzándose a la Administración a omitir el cumplimiento del citado artículo 663 del Estatuto Tributario, pues el término de que dispondría AQUÉLLA para pronunciarse de fondo, se cuenta "a partir del vencimiento del plazo señalado para (contestar el requerimiento), sin que se (le) dé cumplimiento", en lo que fue acertado el salvamento de voto, siendo completamente diferentes el proceso de revisión del proceso sancionatorio.

Añade, que las fechas que tienen pertinencia en el asunto, son las del requerimiento ordinario (julio 12/91), la del vencimiento de término para responder éste (agosto 12/91), la de notificación del pliego de cargos (julio 30/91) y la de notificación de la resolución sanción (septiembre 28/92), observándose que, en ningún caso, se superaría el controvertido término de dos años, siendo la expuesta, la única interpretación admisible del artículo 663 en mención.

A su turno, el **Ministerio Público**, por intermedio del señor Procurador Octavo Delegado en lo Contencioso (E.), observa, que "la situación sancionable es el hecho de que las compras, costos o gastos sean superiores a la suma de los ingresos declarados", irregularidad que ocurrió, "en la fecha en que el contribuyente presentó su declaración de renta, esto es, el 10 de octubre de 1989", por lo que, "la Administración podía ejercer la facultad sancionatoria hasta el 10 de octubre de 1991", de modo que al haberla ejercido el 28 de septiembre de 1992, cuando notificó la Resolución número 0068 de la misma fecha, se dio el fenómeno de la prescripción.

Concluye, que el fallo de primera instancia merece ser confirmado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Si fuera cierto, que el término de dos años, previsto por el artículo 638, segunda parte, del Estatuto Tributario , para la prescripción de la facultad sancionatoria, debiera contarse desde la conclusión del plazo de que dispone el contribuyente para contestar el requerimiento contemplado por el inciso 1° del artículo 663, ib., habría que admitir que la Administración tenía facultad para "manejar" el término en cuestión a su arbitrio, sin norma legal expresa que le atribuyera semejante discrecionalidad, toda vez que dicho requerimiento se podrá notificar "en cualquier tiempo", con el propósito de "alargar" el lapso de la mencionada prescripción, como, de hecho, ocurrió en el caso.

Pero, quizá, el argumento de mayor fuerza y pertinencia del Tribunal, es el que dice relación con la firmeza de la liquidación privada, en los términos del artículo 714 ib.

La Sala tiene dicho, que no existe ningún procedimiento administrativo que sustituya al de la revisión oficiosa con requerimiento previo, de suerte que si, como en el caso, el plazo para la presentación de la declaración de renta del período había vencido el 11 de octubre de 1989, necesariamente, de conformidad con la norma en cita, tendría que haberse expedido el requerimiento especial, a más tardar, el 14 de octubre de 1991; como no obra en el proceso prueba alguna de que se hubiera notificado tal requerimiento, ni menos la liquidación de revisión, resulta perfectamente claro que en la anotada fecha, 11 de octubre de 1991, se produjo la firmeza de la liquidación privada, sin que ningún acto posterior, de suyo, extemporáneo, tuviera la virtud de modificar esta liquidación.

Por lo demás, la Sala tiene, asimismo, sentado el criterio de que los términos relativos a las sanciones tributarias, se cuentan desde la incursión en la respectiva infracción; pero dado que, tratándose de impuestos de período, la situación contable y fiscal sólo se consolida a la conclusión de éste, disponiendo, además,

el contribuyente o responsable, de un término para la presentación de su declaración tributaria, la Sala comparte las apreciaciones del Tribunal y de la Procuraduría Delegada, en el sentido de que el término de prescripción de la acción sancionatoria, había empezado a correr desde el vencimiento del plazo para declarar, en el caso, el 11 de octubre de 1989, y concluido el 11 de octubre de 1991, con lugar a la ostensible inoportunidad de la resolución sanción número 0068 de 28 de noviembre de 1992, no estando así llamado a prosperar el recurso de la Administración.

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 *Antonio Granados Cardona* tiene personería para obrar en nombre de la parte demandada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección. *Julio Enrique Correa Restrepo*; *Delio Gómez Leyva; Consuelo Sarria Olcos;*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

ERROR ARITMETICO - Inexistencia / LIQUIDACION DE CORRECCION ARITMETICA - Error de trancripción / PRESUNCION DE VERACIDAD - Declaración tributaria

El artículo 697 del Estatuto Tributario, que es el mismo artículo 40 del Decreto 2503 de 1987, se fundamenta en las hipótesis de "resultados" equivocados, de operaciones exclusivamente aritméticas realizadas a partir de factores o elementos componentes "correctos" y que se reflejen en un menor impuesto o un mayor saldo a favor del declarante. Lo anterior significa que si determinado valor resultante es erróneo, pero no por defectos de cálculo, sino porque alguna o algunas de las cifras colocadas en relación matemática para efectuar la respectiva operación son incorrectas, no se presenta el error aritmético, sino yerros de transcripción de dichos elementos de cálculo. La actora demostró que el dato referente a "otros ingresos diferentes de los anteriores y siguientes" no era la suma consignada por la contribuyente, sino la suma registrada en el mismo renglón 171 Código PS, lo que resulta corroborado por que la suma declarada correspondiente a "costos" y no a ingresos como lo pretendía la Administración, aparece consignada en los renglones 200, 201 y 206. Así mismo no es acertado el supuesto de que, por la presunción de veracidad de la declaración, sus datos y factores son inmodificables por fuera de las correcciones autorizadas por la ley tributaria, ya que si esto fuera cierto, en desarrollo del principio de imparcialidad, se tendría que admitir que los "resultados" que el declarante dice correctos en su declaración inicial son inatacables.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., diciembre primero (1°) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: doctora Consuelo Sarria Olcos.

Radicación número 7371

Referencia: Apelación sentencia de agosto 2 de 1995 del Tribunal Administrativo del Atlántico, en juicio de nulidad y restablecimiento de carácter fiscal. Renta 1986.

Actor: Construcciones Vibur Ltda.

FALLO

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto mediante apoderada por la entidad demandada contra la setencia de agosto 2 de 1995, estimatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico en el Contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho contra la liquidación de corrección aritmética número 025 de marzo 30 de 1989 y la Resolución número 0168 de noviembre 30 del mismo año, expedidas por las Divisiones de Liquidación y de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Barranquilla.

ANTECEDENTES

La Sociedad Construcciones Vibur Ltda., la actora, presentó el 14 de mayo de 1987 la declaración de renta correspondiente al período gravable de 1986, en la que incluyó ingresos netos ($279.979.775), costos ($241.739.268), gastos financieros ($32.494.343), deducciones ($274.233.611), impuesto básico de renta ($1.723.849), total impuesto a cargo ($723.849) y saldo a pagar ($1.175.141).

En la liquidación impugnada la Administración expresó corregir los renglones 174 Código EK (ingresos netos) y 264 Código FU (total impuesto a cargo), siendo lo correcto las sumas de $519.028.540 y $1.723.849, respectivamente, y aplicó sanción por corrección aritmética por valor de $21.514.551.

Contra la anterior liquidación el representante legal de la contribuyente interpuso recurso de reconsideración y la Administración lo resolvió a través de la Resolución número 0168 de noviembre 30 de 1989, confirmando la liquidación de corrección aritmética número 025 de marzo 30 de 1989, quedando así agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA

El apoderado de la sociedad actora consideró vulnerados los artículos, 84 del Código Contencioso Administrativo; 40 y 41 del Decreto 2503 de 1987;

1° del Decreto 3803 de 1982; 1° y 16 del Decreto 398 de 1983; 18 de la Ley 52 de 1977 y, 9° de la Ley 145 de 1960.

Acusó los actos demandados de haber incurrido en falsa o errónea motivación, porque la Administración sin tener en cuenta que la suma de $241.739.268, imputable a costos (renglón 200), por error de transcripción se anotó como ingreso en el renglón 171, sumó a los costos los ingresos declarados y obtuvo la suma de $519.028.540, sin que se haya presentado error aritmético, que consiste en equivocaciones del contribuyente en las operaciones matemáticas de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del Decreto 2503 de 1987.

Afirmó, con fundamento en lo dispuesto en los artículos, 1° del Decreto 3803 de 1982, 1° del Decreto 398 de 1983 y 9° de la Ley 145 de 1960, que en los anexos de la declaración de renta, los cuales hacen parte de la misma y gozan de la presunción de veracidad, se encuentran los pagos que constituyeran costos y deducciones ($241.739.268) y las sumas constitutivas de ingresos ($279.979.775), y que acompañaba fotocopia de los libros de contabilidad certificada por contador público.

LA OPOSICION

El apoderado de la Administración se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda manifestando, luego de resumir la actuación administrativa y los planteamientos expuestos por la actora en la demanda, que la parte demandante podía paralizar el proceso de revisión iniciado por la Administración Tributaria y subsanar las irregularidades efectuando la correspondiente corrección contable, y que no aportó pruebas para desvirtuar las diferencias propuestas.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Atlántico mediante la sentencia apelada accedió a las súplicas de la demanda.

Indicó que de acuerdo con lo establecido en el artículo 40 del Decreto 2503 de 1987, para que exista error aritmético es indispensable que el contribuyente haya declarado "correctamente" los valores correspondientes a hechos imponibles y bases gravables, sin que los errores de transcripción configuren dicho error, como ocurrió en el sub lite.

No se presentó el alegado error aritmético, sino un error de transcripción al haberse omitido el número (1) en la cifra de $723.849 incluida *en el renglón* 264 (total impuesto a cargo), no obstante lo cual la contribuyente en el renglón 278 (saldo a pagar por el año 1986) indicó la suma de $1.175.141, que resulta del impuesto liquidado menos las retenciones y el anticipo pagado.

Afirmó que le asistió razón a la actora al estimar que en el renglón 174 Código EK no existió error aritmético, ya que en la declaración tributaria de la contribuyente, en el renglón 171 Código EH columna número 5 (otros ingresos diferentes a los anteriores y siguientes) señaló la suma de $241.739.268 y en el renglón 171 Código PS columna número 4 indicó la suma de $2.690.503, cifra que también debió incluir en el renglón 171 Código EH, pero la Administración, sin tener en cuenta que se había presentado un yerro de transcripción, señaló en el renglón 174 Código EK la suma de $519.028.540, desconociendo las pruebas contables obrantes en la actuación administrativa.

EL RECURSO DE APELACION

La apoderada de la Administración interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y la sustentó señalando que como en la declaración en el renglón EH "otros ingresos diferentes de los anteriores" la contribuyente anotó la suma de $241.739.268, en el renglón "total ingresos brutos" debió consignar la suma de $519.028.540, correspondiente a la sumatoria de los renglones "otros ingresos diferentes de los anteriores", "ventas brutas nacionales", "alquileres brutos" y "corrección monetaria y demás rendimientos financieros recibidos".

Al respecto indicó, que del cotejo del presupuesto fáctico con la norma contenida en el artículo 40 del Decreto 2503 de 1987, surge que al efectuarse la operación matemática resultó un valor equivocado que determinó un menor impuesto a cargo.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La apoderada de la Administración dentro de esta oportunidad procesal solicitó la revocatoria de la sentencia apelada.

Reiteró los planteamientos expuestos en la sustentación del recurso de apelación, y alegó que las declaraciones tributarias gozan de la presunción de veracidad y que la administración tiene amplias facultades de fiscalización y corrección, y por lo tanto, la contribuyente debió utilizar la facultad de corrección voluntaria prevista en el artículo 588 del Estatuto Tributario para enmendar su error.

El señor Procurador Octavo Delegado (E.) ante esta Corporación solicitó la confirmación de la sentencia recurrida, alegando, en síntesis, que los errores de transcripción en que incurrió la sociedad actora no constituyen error aritmético y por lo tanto, fue improcedente la liquidación de corrección aritmética practicada por la Administración.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En reiteradas oportunidades la Sala ha dicho que el artículo 697 del Estatuto Tributario, que es el mismo artículo 40 del Decreto 2503 de 1987, se fundamenta en las hipótesis de "resultados" equivocados, de operaciones exclusivamente aritméticas realizadas a partir de factores o elementos componentes "correctos" y que se reflejen en un menor impuesto o un mayor saldo a favor del declarante.

Lo anterior significa que si determinado valor resultante es erróneo, pero no por defectos de cálculo, sino porque alguna o algunas de las cifras colocadas en relación matemática para efectuar la respectiva operación son incorrectas, no se presenta el error aritmético, sino yerros de transcripción de dichos elementos de cálculo.

En el sub lite, la actora alegó la inexistencia de error aritmético en su declaración, afirmando que en el diligenciamiento del formulario incurrió en error de transcripción al consignar una cifra en un renglón diferente al que correspondía y omitir un número en la cifra correspondiente al total del impuesto a cargo, y para probar lo anterior aportó los anexos de la declaración, fotocopia autenticada de los libros de contabilidad certificada por contador público, y certificado de contador público.

Se observa que la Administración hizo caso omiso de las explicaciones anteriores y se abstuvo de verificar la veracidad de la información, sin tener en cuenta que del mismo formulario surgían los errores de transcripción en que incurrió la actora.

En efecto, así como lo indicó el Tribunal, la actora demostró que el dato referente a "otros ingresos diferentes de los anteriores y siguientes" (renglón 171 Código EH) no era $241.739.268, como por error lo consignó la contribuyente, sino la suma de $2.690.503, igual a la registrada en el mismo renglón 171 Código PS, lo que resulta corroborado porque la suma de $241.739.268, correspondiente a "costos" y no a ingresos como lo pretendía la Administración, aparece consignada en los renglones 200 ("otros costos diferentes de los anteriores"), 201 ("Total costo de los activos movibles") y 206 ("Total costos realizados imputables").

Por otra parte, también está comprobado que la cifra correspondiente a "Total impuesto a cargo según liquidación privada" no era $723.849, como equivocadamente lo consignó la contribuyente en el renglón 264, omitiendo el número uno (1), sino la cantidad de $1.723.849, toda vez que, de la cifra consignada en el renglón 278 ("saldo a pagar por el año 1985"), esto es, $1.175.141, surge claramente que la contribuyente tomó la suma de $1.723.849,

de la cual restó los valores correspondientes a retenciones y anticipo por el año 1991, y obtuvo el saldo a pagar por el año 1986.

Para la sala no es acertado el supuesto de que, por la presunción de veracidad de la declaración, sus datos y factores son inmodificables por fuera de las correcciones autorizadas por la ley tributaria, ya que si esto fuera cierto, en desarrollo del principio de imparcialidad, se tendría que admitir asimismo que los "resultados" que el declarante dice correctos en su declaración inicial son inatacables.

De conformidad con lo anterior, y ante la inexistencia del alegado error aritmético, no procedía la liquidación de corrección aritmética anulada por el a quo y por ello la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, no estando llamado a prosperar el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

Se reconoce a la doctora Invonne Edith Gallardo Gómez como apoderada de la entidad demandada, en los términos y para los efectos del memorial anexo.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección; Julio Enrique Correa Restrepo, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

INSPECCION TRIBUTARIA - Iniciación / SUSPENSION DE TERMINOS- Requerimiento especial / REQUERIMIENTO ESPECIAL - Suspensión de términos

En cuanto a los aspectos relacionados con que la inspección tributaria comenzó el mismo día en que fue notificada y que en el auto de inspección tributaria no se señaló el término de duración de la misma, con fundamento en lo establecido en los artículos 778 y 779 del E.T. se advierte, que tales normas, que regulan lo referente a las inspecciones tributarias, no establecen ninguna limitación para la iniciación de la inspección, ni prevén término para su duración, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 706 del Estatuto Tributario, el efecto práctico de la realización de la inspección tributaria se concreta en la suspensión del término para practicar el requerimiento especial mientras dure la inspección, cuando esta se practique a solicitud del contribuyente, y hasta por 3 meses cuando se practique de oficio.

SISTEMA DE JUEGOS DE INVENTARIOS - Limitación a la valuación / PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY TRIBUTARIA - Inexistencia de violación / INVENTARIO FINAL EN EL SISTEMA DE JUEGOS DE INVENTARIOS - Adición

En lo concerniente a la alegada vulneración del principio de irretroactividad de la ley tributaria por la aplicación retroactiva de las normas contenidas en los artículos 756 y 757 del Estatuto Tributario, referentes a las presunciones para determinar las obligaciones tributarias (presunción por diferencia en inventarios), se encuentra que como la actuación de la Administración, contenida en el requerimiento que resolvió el recurso de reconsideración, se fundamentó en el artículo 63 del Estatuto Tributario (cuya norma fuente es el artículo 21 inciso 2° del Decreto 2053 de 1974 reglamentado por el artículo 25 del Decreto 187 de 1975) que consagra la limitación a la valuación en el sistema de juegos de inventarios, y no en los artículos 756 y 757 del mismo Estatuto, no se vulneró el

de la cual restó los valores correspondientes a retenciones y anticipo por el año 1991, y obtuvo el saldo a pagar por el año 1986.

Para la sala no es acertado el supuesto de que, por la presunción de veracidad de la declaración, sus datos y factores son inmodificables por fuera de las correcciones autorizadas por la ley tributaria, ya que si esto fuera cierto, en desarrollo del principio de imparcialidad, se tendría que admitir asimismo que los "resultados" que el declarante dice correctos en su declaración inicial son inatacables.

De conformidad con lo anterior, y ante la inexistencia del alegado error aritmético, no procedía la liquidación de corrección aritmética anulada por el a quo y por ello la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, no estando llamado a prosperar el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

Se reconoce a la doctora Invonne Edith Gallardo Gómez como apoderada de la entidad demandada, en los términos y para los efectos del memorial anexo.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección; Julio Enrique Correa Restrepo, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

INSPECCION TRIBUTARIA - Iniciación / SUSPENSION DE TERMINOS- Requerimiento especial / REQUERIMIENTO ESPECIAL - Suspensión de términos

En cuanto a los aspectos relacionados con que la inspección tributaria comenzó el mismo día en que fue notificada y que en el auto de inspección tributaria no se señaló el término de duración de la misma, con fundamento en lo establecido en los artículos 778 y 779 del E.T. se advierte, que tales normas, que regulan lo referente a las inspecciones tributarias, no establecen ninguna limitación para la iniciación de la inspección, ni prevén término para su duración, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 706 del Estatuto Tributario, el efecto práctico de la realización de la inspección tributaria se concreta en la suspensión del término para practicar el requerimiento especial mientras dure la inspección, cuando esta se practique a solicitud del contribuyente, y hasta por 3 meses cuando se practique de oficio.

SISTEMA DE JUEGOS DE INVENTARIOS - Limitación a la valuación / PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY TRIBUTARIA - Inexistencia de violación / INVENTARIO FINAL EN EL SISTEMA DE JUEGOS DE INVENTARIOS - Adición

En lo concerniente a la alegada vulneración del principio de irretroactividad de la ley tributaria por la aplicación retroactiva de las normas contenidas en los artículos 756 y 757 del Estatuto Tributario, referentes a las presunciones para determinar las obligaciones tributarias (presunción por diferencia en inventarios), se encuentra que como la actuación de la Administración, contenida en el requerimiento que resolvió el recurso de reconsideración, se fundamentó en el artículo 63 del Estatuto Tributario (cuya norma fuente es el artículo 21 inciso 2° del Decreto 2053 de 1974 reglamentado por el artículo 25 del Decreto 187 de 1975) que consagra la limitación a la valuación en el sistema de juegos de inventarios, y no en los artículos 756 y 757 del mismo Estatuto, no se vulneró el

principio de la irretroactividad de la ley tributaria. Al respecto se observa que la Administración con fundamento en el seguimiento de inventarios practicado a los dos productos más significativos por volumen de ventas que arrojó un inventario final superior al de la contabilidad y la declaración privada, y originó la omisión de ingresos y la disminución del total de costos y deducciones, de que da cuenta el acta de visita, en la que se fundó el requerimiento especial, modificó la renta líquida y el impuesto a cargo, toda vez que de conformidad con lo establecido en el citado artículo 63 del Estatuto Tributario, "en el caso de juego de inventarios, las unidades del inventario final no pueden ser inferiores a la diferencia que resulte de restar, de la suma de las unidades del inventario inicial, más las compradas, las unidades vendidas durante el año o período gravable", la Administración estaba en la obligación de adicionar el inventario final ante las diferencias encontradas entre el número de unidades certificadas por la contribuyente y las determinadas por el funcionario comisionado a través del seguimiento de inventarios efectuado.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., diciembre primero (1°) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos.

Radicación número 7373.

Referencia: Apelación sentencia de agosto 10 de 1995 del Tribunal Administrativo de Córdoba, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Renta 1990.

Actor: Bernardo Toro B. y Cía. Ltda.

FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto mediante apoderado por la Sociedad *Bernardo Toro B. y Cía Ltda.,* la actora, contra la sentencia de agosto 10 de 1995, denegatoria de las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho contra la liquidación de revisión número 10014 de octubre 28 de 1993 y la Resolución número 006 de febrero 28 de 1994, expedidas por la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales de Montería.

ANTECEDENTES

La sociedad contribuyente presentó la declaración de renta correspondiente al período gravable de 1990, el día 9 de mayo de 1991.

El 19 de marzo de 1992 la División de Fiscalización expidió y notificó el auto de Inspección Tributaria número 022, en desarrollo del programa Fiscalización de Fondo Margen de Utilidad, solicitando a la contribuyente información que ésta aportó los días 27 y 30 de marzo de 1992.

Posteriormente, la Administración ordenó una nueva inspección y solicitó información a la contribuyente en relación con el tipo de inventario que lleva, método y forma de calcular el inventario periódico, libro de inventario y balance de los años 1989, 1990 y 1991, y el inventario inicial y final de los productos lámina de tríplex Pizano 122 x 244 4 mm y lámina de triplex Pizano trébol.

El 11 de marzo de 1993 la Administración solicitó certificación de Contador Público sobre las devoluciones en compras y ventas durante los años 1989, 1990 y 1991, relacionando los ajustes a inventarios.

El 30 de abril de 1993 la Administración expidió y notificó a la contribuyente el requerimiento especial número 013, en el que señaló que el seguimiento de inventarios practicado, con ocasión de la visita, a los dos productos más significativos por volumen de ventas, arrojó un inventario superior al de la contabilidad y la declaración, en cuantía de $6.274.182; con base en lo anterior anunció la modificación del impuesto a cargo ($2.424.000), del anticipo por 1991 ($1.470.000) y la imposición de sanción por inexactitud ($2.877.000).

El 28 de octubre de 1993, la Administración expidió la liquidación oficial de revisión número 10014, mediante la cual modificó la liquidación privada de la contribuyente acogiendo en su integridad los aspectos propuestos en el requerimiento especial.

Contra dicha liquidación oficial, el representante legal de la sociedad contribuyente interpuso recurso de reconsideración, en el que afirmó que los libros de contabilidad se llevaban en debida forma, que no fue notificado de la culminación de las inspecciones adelantadas por la Administración, que no se le dio copia del acta de visita y por lo tanto le fue vulnerado el derecho de contradicción, y que el pretendido incremento al inventario final carece de fundamento porque no se escrutaron la totalidad de las facturas de ventas y se omitió la relación de otras.

Mediante la Resolución número 006 de febrero 28 de 1994 la Administración resolvió el recurso de reconsideración confirmando la liquidación oficial número 10014 de 1993, quedando así agotada la vía gubernativa.

LA DEMANDA

El apoderado de la sociedad actora señaló como vulnerados los artículos 29, 34, 209 y 363 de la Constitución Nacional; 647, 654, 680, 683, 712, 743, 745, 746, 757, 759, 760, 761, 772, 774, 775, 776, 781, 782, 786 y 807 del Estatuto Tributario; 246 del Código de Procedimiento Civil y, 30 y 76 del Código Contencioso Administrativo.

El concepto de la violación se resume así:

El principio del debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución, y recogido en forma expresa en los artículos 683 y 742 del Estatuto Tributario, resulta quebrantado cuando se omiten las ritualidades propias de los procesos y los procedimientos, como ocurrió en este caso.

El principio establecido en el artículo 742 del Estatuto Tributario fue vulnerado, en forma ostensible, por la Administración, porque el proceso de revisión culminó con la determinación de tributos y sanciones que no guardan relación con los hechos probados.

El auto de inspección tributaria fue notificado personalmente al representante legal de la sociedad actora por los mismos funcionarios adscritos a la División de Fiscalización que integran la comisión visitadora, asumiendo una competencia exclusiva de la División Administrativa, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 85 y 86 del Decreto-ley 1643 de 1991.

La inspección tributaria comenzó el mismo día en que fue notificado el auto que la ordenó, por lo que se desconoció lo previsto en el artículo 120 del Código de Procedimiento Civil.

En el auto de inspección tributaria no se señaló el término de duración para la práctica de dicha prueba, sin tener en cuenta las previsiones del artículo 58 del Código Contencioso Administrativo.

El acta de inspección no fue puesta en conocimiento del representante legal de la actora, en contravención de lo establecido en el artículo 246 del Código de Procedimiento Civil,

Manifestó su inconformidad con la adición al inventario final en la suma de $6.274.182, argumentando que, el funcionario liquidador desconoció los principios generales de la presunción en materia tributaria, consagrados en los artículos 756 y 757 del Estatuto Tributario, en especial el principio constitucional de irretroactividad de la ley tributaria, se rechazaron ilegalmente parte de los costos y deducciones vulnerándose el artículo 781 del Estatuto Tributario, la sanción por inexactitud fue improcedente y, en forma ilegal se elevó el valor del anticipo para el año gravable de 1991.

En este sentido afirmó que los artículos 756 y 757 del Estatuto Tributario, que consagran respectivamente, las presunciones como fundamento para determinar obligaciones tributarias y la presunción de omisión de ventas gravadas cuando existe diferencia en inventarios, constituyen normas que en materia del impuesto a la renta sólo tienen aplicación a partir de la vigencia de la Ley 6ª de 1992, que hizo extensiva la aplicación de la presunción por diferencia en inventarios a todas las obligaciones tributarias y por lo tanto, como dicha presunción no era aplicable en la época en que la actora presentó el denunció rentístico por el año gravable de 1990 (mayo 9 de 1991), se configuró la causal de nulidad prevista en el artículo 140 numeral 4° del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 730 numeral 6° del Estatuto Tributario.

En el proceso de determinación del gravamen, la Administración no demostró que la contribuyente hubiera omitido ingresos, por lo que no desvirtuó la presunción de veracidad que ampara la declaración de renta, de conformidad con lo establecido en el artículo 746 del Estatuto Tributario.

Con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado, indicó que, resulta extraño que, la Administración al resolver el recurso de reconsideración hubiera señalado que existían irregularidades en la contabilidad, cuando en el requerimiento especial nada se dijo en relación con la imposición de sanción por libros, presentándose la vulneración del artículo 711 del Estatuto Tributario.

Consideró improcedente la sanción por inexactitud impuesta, en atención a que no se demostró la inclusión de costos y deducciones inexistentes, puesto que el funcionario comisionado omitió solicitar a la actora los documentos requeridos para la diligencia de inspección, documentos que fueron desestimados posteriormente por la División Jurídica.

Finalmente y en cuanto a la determinación del anticipo por el año 1991 en la liquidación de revisión acusada, afirmó, con apoyo en la sentencia del Consejo de Estado de febrero 5 de 1993, Exp. 4454, que se presentó la violación del artículo 712 del Estatuto Tributario.

LA OPOSICION

La apoderada de la Administración se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, señalando que la Administración observó el debido proceso en las actuaciones tendientes a la investigación, determinación y discusión del impuesto en cuestión, otorgando la contribuyente las oportunidades procesales para controvertir los actos expedidos en desarrollo de dichas actuaciones y obteniendo las pruebas en ejercicio de las facultades de investigación y fiscalización, de conformidad con lo establecido en el artículo 684 del Estatuto Tributario.

Afirmó que en el desarrollo del proceso tributario se tuvo en cuenta la correcta aplicación de las normas tributarias, con observancia del espíritu de justicia contenido en el artículo 683 del Estatuto Tributario.

Negó la alegada violación del artículo 742 del Estatuto Tributario manifestando que el medio de prueba utilizado, esto es, el juego de inventarios, establecido en el artículo 63 del Estatuto Tributario, arrojó, como resultado del seguimiento tomando como base dos de los productos más representativos (triplex 122 x 244 4 mm y trébol 122 x 244 4 mm), diferencias entre el número de unidades certificadas por el contribuyente y las determinadas por el funcionario comisionado, "lo que implica un comportamiento atípico y una posible subfacturación de compra, es decir, las compras realizadas de los productos de la muestra no eran declarados (sic) en su totalidad." (fl. 128), y por lo tanto, la determinación del tributo y las sanciones impuestas están acordes con los hechos detectados, los cuales aparecen demostrados en el expediente.

Con fundamento en la sentencia del Consejo de Estado de junio 8 de 1990, indicó que de la presunción de veracidad de la declaración tributaria (art. 746 del Estatuto Tributario) no surge para la Administración obligación de aceptar sin juicio valorativo las afirmaciones del contribuyente, toda vez que debe verificar la realidad o veracidad de los datos en ella consignados para poder determinar el tributo, con apoyo en la contabilidad, soportes internos y externos, inventarios, etc.

Respecto a los aspectos planteados por la actora en la demanda, relativos a la notificación de la inspección tributaria, el término de duración de la misma, la irretroactividad de la ley tributaria, la ilegalidad de la sanción por inexactitud y la vulneración de los artículos 712, 744, 746, 758, 759, 760, 772, 773, 774, 775, 776 y 777 del Estatuto Tributario, solicitó al Tribunal que no se pronunciara de fondo, por tratarse de hechos nuevos, y que examinara los hechos objeto de inconformidad expuestos en el recurso de reconsideración.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Córdoba mediante la sentencia apelada denegó las súplicas de la demanda.

En primer término precisó, con fundamento en lo establecido en los artículos 52 y 135 del Código Contencioso Administrativo, que los asuntos no planteados previamente en la vía gubernativa constituyen "hechos nuevos" no controvertidos, respecto de los cuales no procede su análisis en la actuación jurisdiccional; y por lo tanto, en orden a mantener el principio de la lealtad procesal con la Administración, no se analizarían los puntos nuevos planteados como argumentos de cargo en la demanda que no fueron propuestos en la vía gubernativa, sino, únicamente, los motivos de inconformidad expuestos en el recurso de reconsideración.

Afirma el a quo que, dentro del proceso de investigación y fiscalización, para asegurar el efectivo cumplimiento de las normas substanciales tributarias, la inspección tributaria constituye un instrumento idóneo para el examen de libros contables, comprobantes y documentos, tanto del contribuyente como de terceros.

En el *sub lite*, la inspección tributaria notificada y decretada, el 17 de marzo de 1992 no fue extemporánea, se realizó dentro del término de los dos años previstos en el artículo 714 del Estatuto Tributario, y suspendió por disposición del artículo 706 E. T. el período de dos (2) años para la firmeza de la liquidación privada, suspensión que se prolonga hasta la terminación de la inspección que concluye con el acta de la diligencia.

Indicó que no se presentó la alegada violación del artículo 782 del Estatuto Tributario por la ausencia de comunicación al contribuyente del acta de inspección, ya que si bien dicha norma establece que se debe extender un acta, no ordena expresamente su notificación o comunicación al contribuyente.

En este sentido afirmó, que de conformidad con lo previsto en el artículo 783 del Estatuto Tributario se debe efectuar el traslado del acta de inspección cuando no proceda requerimiento especial, y que como en este caso la contribuyente tuvo la oportunidad de conocerla al recibir el requerimiento especial que se funda en ella, no se presentó la alegada violación del artículo 783 ib., ni del derecho de defensa.

Manifestó que dentro del término de traslado del requerimiento especial se ejerce el derecho de defensa mediante la solicitud de pruebas y aporte de documentos contables, y que no obstante haberse aportado dichas pruebas por la contribuyente en el trámite de la inspección tributaria, admiten prueba en contrario para comprobar su efectividad y mediante la aplicación del sistema de juego de inventarios (artículo 63 del Estatuto Tributario), luego del seguimiento a productos representativos de la actora, se constató el desfase que originó el requerimiento especial en el que se propuso la modificación de la liquidación privada, explicándose las razones de hecho y de derecho fundamento de las modificaciones, que no fueron controvertidas idóneamente en la etapa de traslado del requerimiento especial.

EL RECURSO DE APELACION

El apoderado de la sociedad actora interpuso oportunamente recurso de apelación y lo sustentó afirmando, con fundamento en lo establecido en el artículo 740 del Estatuto Tributario y en la sentencia del Consejo de Estado de mayo 6 de 1994, que "no es indispensable alegato o discusión igual en la vía

gubernativa que en la jurisdiccional, pues una y otra vías son reguladas por estatutos, aunque diferentes no opuestos, pero con su total autonomía e independencia" (fl. 221), pudiendo la actora invocar y argumentar asuntos nuevos no controvertidos en la vía gubernativa.

Señaló que la sentencia apelada vulneró el debido proceso y el derecho de defensa de la actora, por haber desestimado sin fundamento jurídico las pruebas y argumentos nuevos aportados con ocasión de la demanda aduciendo como motivo la lealtad procesal con la Administración.

Con base en lo anterior, solicitó la estimación y valoración de los argumentos propuestos y las pruebas allegadas con ocasión de la demanda, sin perjuicio de lo alegado en la vía gubernativa.

ALEGATO DE CONCLUSION

El apoderado de la Administración se opuso a la prosperidad del recurso de apelación interpuesto alegando, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, que en el caso de autos se invocaron ante la jurisdicción Contencioso Administrativa "hechos nuevos y diferentes" a los planteados en la vía gubernativa, que la Administración no tuvo la oportunidad de conocer, ni controvertir, vulnerándose el derecho de defensa de la Administración y el principio de lealtad procesal.

Con apoyo en lo anterior solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia, alegando que la Administración, en desarrollo del programa de margen de utilidad, determinó una diferencia en el inventario final (por su facturación) que originó la disminución del total de costos y deducciones, aumentó la renta líquida y el total de saldo a pagar de $143.327 a $6.288.000, glosas contenidas en el requerimiento especial que luego de haber sido notificado en debida forma no fue objetado por la contribuyente y dio lugar a la expedición de la liquidación de revisión número 10014 de 1993, confirmada por la Resolución número 006 de 1994.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Tribunal Administrativo de Córdoba en la Sentencia de Primera Instancia no analizó los que consideró "hechos nuevos" planteados por la sociedad actora en la demanda y que no fueron propuestos en la vía gubernativa, limitándose a estudiar los aspectos expuestos por la contribuyente en el recurso de reconsideración.

La parte apelante concretó su inconformidad con la Sentencia de Primera Instancia argumentando con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado,

que mediante dicha providencia se vulneró el debido proceso y el derecho de defensa de la actora por haberse desestimado los argumentos nuevos y las pruebas aportados con ocasión de la demanda.

La Sala no comparte la calificación de "hechos nuevos" atribuida por el Tribunal a los "argumentos nuevos " planteados por la actora en la demanda, mediante los cuales amplió sus motivos de inconformidad con la actuación de la Administración.

En efecto, la sociedad actora en el recurso de reconsideración interpuesto contra la Liquidación Oficial número 10014 de octubre 28 de 1993, afirmó, que los libros de contabilidad se llevaban en debida forma, que no fue notificada de las inspecciones adelantadas por la Administración, que no se le dio copia del acta de visita, presentándose la vulneración del derecho de contradicción y, que el pretendido incremento al inventario final carecía de fundamento por no haber sido escrutadas la totalidad de las facturas y haberse omitido la relación de otras.

Y en la demanda reiteró y, amplió los argumentos expuestos con ocasión del recurso de reconsideración, indicando dentro del concepto de violación que con la actuación de la Administración se vulneró el debido proceso y el principio consistente en que las decisiones de la Administración deben fundarse en los hechos probados, se presentó indebida notificación del auto de inspección tributaria, porque la inspección tributaria comenzó el mismo día en que fue notificado el auto que la ordenó, en el auto de inspección no se señaló el término de duración para la práctica de dicha prueba, el acta de inspección no fue puesta en conocimiento del representante legal de la actora, se vulneró el principio de irretroactividad de la ley tributaria por la aplicación retroactiva de las normas contenidas en los artículos 756 y 757 del Estatuto Tributario, no se desvirtuó la presunción de veracidad de la declaración de renta, se presentó la vulneración del artículo 711 del Estatuto Tributario porque la Administración al resolver el recurso de reconsideración señaló que existían irregularidades en la contabilidad, y en el requerimiento especial nada dijo en relación con la imposición de sanción por libros, fue improcedente la sanción por inexactitud y la modificación del anticipo por el año 1991.

De conformidad con lo anterior, la Sala encuentra que la actora y apelante tiene razón en cuanto el Tribunal ha debido analizar y pronunciarse respecto de todos los argumentos de la demanda, ya que no se trataba de hechos nuevos, sino de nuevos planteamientos para fundamentar los hechos discutidos con la administración, y, por lo tanto, ha debido también analizar las pruebas aportadas ante la jurisdicción, a lo cual procede la Sala.

1. Con respecto a la indebida notificación del auto de inspección tributaria, por no haber sido notificado por la División de Documentación (art. 86 del Decreto 1643 de 1991) sino por los funcionarios comisionados para practicar la inspección tributaria, se observa que dicha irregularidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 730 del Estatuto Tributario, no constituye causal de nulidad, toda vez que la inspección fue efectivamente practicada por funcionarios competentes de la División de Fiscalización, y por lo tanto, el Auto número 022 de marzo 19 de 1992, que la ordenó, cumplió su finalidad.

2. En cuanto a los aspectos relacionados con que la inspección tributaria comenzó el mismo día en que fue notificada, y que en el auto de inspección tributaria no se señaló el término de duración de la misma, con fundamento en lo establecido en los artículos 778 y 779 del Estatuto Tributario se advierte, que tales normas, que regulan lo referente a las inspecciones tributarias, no establecen ninguna limitación para la iniciación de la inspección, ni prevén término para su duración, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 706 del Estatuto Tributario, el efecto práctico de la realización de la inspección tributaria se concreta en la suspensión del término para practicar el requerimiento especial mientras dure la inspección, cuando esta se practique a solicitud del contribuyente, y hasta por 3 meses cuando se practique de oficio.

3. En relación con la inconformidad planteada por la parte actora en la vía gubernativa y ante la jurisdicción, en el sentido de no haberse puesto en conocimiento del representante legal el acta de inspección, se observa que, así como lo indicó el Tribunal, de conformidad con lo previsto en el artículo 783 del Estatuto Tributario, debe efectuarse el traslado del acta de inspección sólo cuando no proceda el requerimiento especial o el traslado de cargos, situación que no se presentó en el sub lite, ya que la División de Fiscalización, el 30 de abril de 1993 expidió y notificó a la contribuyente el requerimiento especial número 013, y de esta manera tuvo la oportunidad de conocer la inspección tributaria en la que se fundó dicho requerimiento y ejercer su derecho de defensa a través de la respuesta al mismo.

4. En lo concerniente a la alegada vulneración del principio de irretroactividad de la ley tributaria por la aplicación retroactiva de las normas contenidas en los artículos 756 y 757 del Estatuto Tributario, referentes a las presunciones para determinar las obligaciones tributarias (presunción por diferencia en inventarios), la Sala encuentra que como la actuación de la Administración, contenida en el requerimiento especial, la liquidación de revisión y la resolución que resolvió el recurso de reconsideración, se fundamentó en el artículo 63 del Estatuto Tributario (cuya norma fuente es el artículo 21 inciso 2° del Decreto 2053 de 1974, reglamentado por el artículo

25 del Decreto 187 de 1975) que consagra la limitación a la valuación en el sistema de juegos de inventarios, y no en los artículos 756 y 757 del mismo Estatuto, no se vulneró el principio de la irretroactividad de la ley tributaria.

Al respecto se observa que la Administración, con fundamento en el seguimiento de inventarios practicado a los dos productos más significativos por volumen de ventas (triplex pizano 122 x 244 4 mm y tríplex pizano trébol 122 x 244 4 mm) que arrojó un inventario final superior al de la contabilidad y la declaración privada, y originó la omisión de ingresos y la disminución del total de costos y deducciones, de que da cuenta el acta de visita número 113 de abril 30 de 1993, en la que se fundó el requerimiento especial, modificó la renta líquida y el impuesto a cargo, toda vez que de conformidad con lo establecido en el citado artículo 63 del Estatuto Tributario, "en el caso de juego de inventarios, las unidades del inventario final no pueden ser inferiores a la diferencia que resulte de restar, de la suma de las unidades del inventario inicial, más las compradas, las unidades vendidas durante el año o período gravable", la Administración estaba en la obligación de adicionar el inventario final ante las diferencias encontradas entre el número de unidades certificadas por la contribuyente y las determinadas por el funcionario comisionado a través del seguimiento de inventarios efectuado.

5. Con apoyo en lo anterior, a diferencia de lo afirmado por la actora, la Administración desvirtuó la presunción de veracidad de la declaración privada, porque con base en el seguimiento de inventarios pudo determinar que el inventario final era superior al que figuraba en la contabilidad y en la declaración de renta, aspecto no discutido por la contribuyente al responder el requerimiento especial, en el que se limitó a solicitar que se pusiera en conocimiento al acta de inspección tributaria, sin objetar la exhibición y examen de los libros y documentos efectuado por los funcionarios, solicitar pruebas, ni una nueva inspección tributaria, por lo que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 707 y 781 del Estatuto Tributario, no resultaba procedente la valoración de las facturas aportadas con el recurso de reconsideración, por no haber sido aportadas cuando fueron solicitadas en la inspección ni con la respuesta al requerimiento especial.

6. En cuanto a la alegada violación del artículo 711 del Estatuto Tributario, porque la Administración al resolver el recurso de reconsideración señaló que existían irregularidades en la contabilidad, y en el requerimiento especial nada se dijo en relación con la imposición de sanción de libros, se advierte que la vulneración de dicha norma, que establece la correspondencia entre la declaración, el requerimiento y la liquidación de revisión no se presentó porque desde el requerimiento especial, que se fundó en el acta de inspección, la

Administración estableció que la contabilidad no se llevaba en debida forma y como ya se dijo, de acuerdo con el seguimiento de inventarios practicado se determinó que el inventario final era superior y se estaban omitiendo ingresos, por lo que la Administración modificó la declaración privada mediante la liquidación de revisión número 10014 de octubre 28 de 1993, confirmada por la Resolución número 006 de febrero 28 de 1994, que resolvió el recurso de reconsideración.

7. Con fundamento en lo anterior, y de conformidad con lo establecido en el artículo 647 del Estatuto Tributario, ante la omisión de ingresos en que incurrió la contribuyente fue procedente la sanción por inexactitud aplicada por la Administración.

8. La Administración no podía válidamente modificar el anticipo de 1991, que forma parte de la liquidación privada de la contribuyente, toda vez que, de conformidad con lo establecido en el artículo 712 del Estatuto Tributario, y según lo tiene dicho la Sala, la determinación del anticipo no hace parte de la liquidación de revisión, que sólo puede comprender el período gravable correspondiente, esto es, 1990, ya que la independencia de las anualidades fiscales no permite que el acto administrativo comprenda vigencias distintas.

Por lo tanto, resulta procedente acceder a las pretensiones de la demanda en este punto, conforme a la siguiente nueva liquidación:

BERNANDO TORO B. Y CIA LTDA.

NIT 890.911.141

AÑO GRAVABLE 1990

	Impuesto Renta	**Concepto**
	Total impuesto a cargo, según liquidación oficial y sentencia apelada.	$2.424.000
Menos:	Total retenciones, según liquidación oficial y sentencia apelada.	$348.000
Menos:	Anticipo por 1990, según liquidación oficial y sentencia apelada.	$135.000
Más:	Anticipo por 1991, según liquidación privada y esta sentencia.	$84.969
Más:	Sanción por inexactitud, según liquidación oficial y sentencia apelada. $2.877.000	
	Total saldo a pagar...	$4.902.969

La Sala concluye que, así como lo precisó el Tribunal, con su actuación la Administración no vulneró el debido proceso, el derecho de defensa, ni el

principio consistente en que las decisiones de la Administración, deben fundarse en los hechos probados, toda vez que con fundamento en los hechos probados y no desvirtuados por la contribuyente, esto es, la omisión de ingresos en que incurrió, la Administración modificó el impuesto a cargo y aplicó la correspondiente sanción por inexactitud, ajustándose a derecho su actuación, salvo lo relacionado con la modificación del anticipo de 1991, como se precisó anteriormente.

Con fundamento en los anteriores razonamientos, la Sala mantendrá la Sentencia de Primera Instancia, pero con las adiciones efectuadas en esta providencia, referentes al estudio y análisis de los "argumentos nuevos" planteados por la parte actora en la demanda que no fueron tenidos en cuenta por el Tribunal en la providencia apelada, y la modificará en cuanto al anticipo por 1991, de acuerdo con las precisiones antes efectuadas.

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:

MODIFÍCASE la Sentencia Apelada, pero sólo respecto de la "nueva liquidación" realizada en la parte motiva de esta providencia, en la que se modificó la liquidación oficial que, por concepto del impuesto sobre la renta, sanción por inexactitud, y anticipo por 1990, se practicó a la Sociedad Bernardo Toro B. y Cía Ltda., NIT 890.911.141, por el año gravable de 1990.

Como consecuencia, fíjase en la suma de cuatro millones novecientos dos mil novecientos sesenta y nueve pesos ($4.902.969) el valor total que debe pagar la citada sociedad por los conceptos y períodos reseñados.

Se reconoce al doctor Juan Roberto Mejía Mancilla como apoderado de la entidad demandada, en los términos y para los efectos del memorial anexo.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sesión; Julio Enrique Correa Restrepo, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

ORDEN ADMINISTRATIVA - Naturaleza / CIRCULAR DE SERVICIO - Control jurisdiccional / SUSPENSION PROVISIONAL - Orden administrativa

La orden demandada es una instrucción que señala pautas generales para el otorgamiento de facilidades para el pago y liquidación de intereses e imputación para amortizar la deuda, y que según se establece de los documentos aportados por la Subdirección Jurídica "para sus efectos" fue divulgada en la forma que dan cuenta los oficios 00122 de septiembre de 1992 y 930 de septiembre del mismo año, pór lo que se trata de una manifestación de voluntad que en la actualidad está produciendo efectos jurídicos, como quiera que su observancia es obligatoria para los funcionarios a quienes fue dirigida, tal como lo prevé el numeral 3° de la citada orden. De esta forma se observa que el acto acusado denominado "Orden Administrativa", contiene reglas generales de carácter interno expedidas por la Subdirección de Cobranzas y destinadas a sus inferiores jerárquicos, acerca de unos procedimientos y la manera de interpretar las leyes que les corresponde aplicar en el ejercicio de sus funciones y que como se anotó está produciendo sus efectos, encaja en las denominadas "circulares de servicio" cuya nulidad puede ser impetrada ante la jurisdicción en los términos del inciso 3° del artículo 84 del C.C.A.

DECISION: Admítase la demanda de nulidad del inciso 1° numeral 15 de la Orden Administrativa 0003 de 1992 entablada con base en el artículo 84 del C.C.A. Decrétase la suspensión provisional de la expresión contenida en el inciso 1° del numeral 15 de la Orden Administrativa 03 de 1992.

ACUERDO DE PAGO - Intereses moratorios / TASA DE INTERES MORATORIO - Modificación

De la simple confrontación directa entre el inciso 3° del artículo 814 del E.T. y el inciso 1° del numeral 15 de la Orden Administrativa

demandada, surge una contradicción evidente, habida cuenta que la Orden Administrativa demandada, introdujo exigencias y requisitos adicionales no contemplados en la norma superior citada como infringido. Es claro que el artículo 814 del E. T. referido a las "Facilidades para el pago" facultó al Subdirector de Cobranzas y a los Administradores de Impuestos Nacionales, para que mediante resolución otorgaran facilidades de pago en relación con los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos Nacionales, en los términos allí previstos. Dispuso también que en relación con la deuda objeto del plazo y durante el plazo, se causarían intereses moratorios a la tasa vigente al momento de otorgar la facilidad. Así mismo, facultó a los contribuyentes para solicitar el reajuste, vale decir, la reducción de la tasa de interés, en el evento de que durante la vigencia de la facilidad legalmente ésta sea modificada. Como se observa la norma infringida no estableció condicionamiento alguno diferente a la modificación legal de las tasas de interés moratorio, durante la vigencia de la facilidad para acceder al beneficio de la reducción, mientras que la orden infractora condicionó el "ajuste" a que el beneficiario del acuerdo hubiese cumplido con lo pactado.

DECISION: Admítase la demanda de nulidad del inciso 1° numeral 15 de la Orden Administrativa 003 de 1992. Decrétase la suspensión provisional de la expresión contenida en el inciso 1° del numeral 15 de la Orden Administrativa 03 de 1992. NORMA DEMANDADA: Orden Administrativa 03 de 1992 numeral 15 inciso 1°.

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

Santafé de Bogotá, D. C., diciembre trece (13) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Radicación: número 7214.

Referencia: Orden Administrativa DIN –auto–.

Actor: Alvaro Camacho Montoya.

El ciudadano Alvaro Camacho Montoya, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demanda la nulidad del inciso 1°. del numeral 15 de la Orden Administrativa 0003 expedida el 25 de septiembre de 1992, por la Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos Nacionales, que dispone:

"Si la tasa de interés moratorio se reduce durante la vigencia de la facilidad de pago, el contribuyente podrá solicitar el ajuste de la tasa, siempre y

cuando haya cumplido con lo pactado, cancelando las cuotas en las fechas fijadas en la facilidad para el pago y las obligaciones causadas posteriormente, en sus respectivos vencimientos".

Como quiera que la demanda impetrada reúne los requisitos de ley, la Sala procederá a admitirla.

En relación con el acto acusado se observa que se trata de la orden administrativa número 03 del 25 de septiembre de 1992, expedida por la Subdirección de Cobranzas de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, dirigida a los Administradores Regionales, Especiales Locales y Delegados de Impuestos Nacionales y Divisiones de Cobranzas, Jurídicas, de Devoluciones, de Recaudación y de Informática, mediante la cual se determina el procedimiento a seguir en el otorgamiento de las facilidades para el pago y liquidación de intereses.

Así mismo, se observa que la referida orden es una instrucción que señala pautas generales para el otorgamiento de facilidades para el pago y liquidación de intereses e imputación para amortizar la deuda, y que según se establece de los documentos aportados por la Subdirección Jurídica, que obran a folios 35, 36 y 37 del expediente, "para sus efectos" fue divulgada en la forma que dan cuentas los oficios 00122 de septiembre 29 de 1992 y 930 del 30 de septiembre del mismo año, por lo que se trata de una manifestación de voluntad que en la actualidad está produciendo efectos jurídicos, como quiera que su observancia es obligatoria para los funcionarios a quienes fue dirigida, tal como lo prevé el numeral 3° de la citada orden.

De esta forma se observa que el acto acusado denominado "Orden Administrativa". contiene reglas generales de carácter interno expedidas por la Subdirección de Cobranzas y destinadas a sus inferiores jerárquicos, acerca de unos procedimientos y la manera de interpretar las leyes que les corresponde aplicar en el ejercicio de sus funciones y que como se anotó, está produciendo sus efectos, encaja en las denominadas "circulares de servicio", cuya nulidad puede ser impetrada ante la jurisdicción en los términos del inciso 3° del artículo 84 del C.C.A.

Cumplidos los requisitos para la admisión de la demanda, la Sala procede a pronunciarse en relación con la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.

El accionante sustenta la solicitud de suspensión provisional, con el argumento de que el inciso 1° del numeral 15 de la Orden Administrativa 0003 de 1992, desconoce manifiestamente el último inciso del artículo 814 del Estatuto

Tributario, en cuanto previó que "En el evento en que legalmente la tasa de interés moratorio se modifique durante la vigencia de la facilidad otorgada ésta podrá reajustarse a solicitud del contribuyente", puesto que la norma legal no exigió, para efectos de la disminución de los intereses moratorios pactados, que el contribuyente se encontrara a paz y salvo por obligaciones tributarias posteriores, de donde concluyó, que tal requisito es una condición adicional que de manera ilegal introdujo el acto acusado.

Así mismo afirmó, que la expedición del acto acusado, en la práctica, implica que algunas administraciones de impuestos, rechacen las solicitudes de reducción de las tasas de interés pactadas, por encontrarse algunos contribuyentes en mora de cancelar obligaciones de impuestos, posteriores a las señaladas en las facilidades o acuerdos de pago.

A juicio de la Sala, la suspensión provisional del acto acusado, está llamada a prosperar.

En efecto, se observa que el inciso final del artículo 814 del Estatuto Tributario, faculta al contribuyente para solicitar la reducción de la tasa de intereses moratorios y el inciso 1° del numeral 15 de la Orden Administrativa número 003 de 1992 prevé que tal ajuste es procedente siempre y cuando el contribuyente haya cumplido con lo pactado, cancelando las cuotas en las fechas fijadas y las obligaciones causadas posteriormente en sus respectivos vencimientos, así:

Inciso 3° artículo 814 del Estatuto Tributario	**Inciso 1° numeral 15 de la Orden Administrativa No. 0003**
"En el evento de que legalmente la tasa de interés moratorio se modifique durante la vigencia de la facilidad otorgada ésta podrá reajustarse a solicitud del contribuyente."	"Si la tasa de interés moratorio se reduce durante la vigencia de la facilidad de pago el contribuyente podrá solicitar el ajuste de la tasa, siempre y cuando haya cumplido con lo pactado, cancelando las cuotas en las fechas fijadas en la facilidad para el pago y las obligaciones causadas posteriormente, en sus respectivos vencimientos."

De la simple confrontación directa entre las normas transcritas, surge una contradicción evidente, habida cuenta que la Orden Administrativa demandada, introdujo exigencias y requisitos adicionales no contemplados en la norma superior citada como infringida.

Es claro que el artículo 814 del E. T. referido a las "Facilidades para el pago", facultó al Subdirector de Cobranzas y a los Administradores de Impuestos

Nacionales para que mediante resolución otorgaran facilidades de pago en relación con los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos Nacionales, en los términos allí previstos. Dispuso también que en relación con la deuda objeto del plazo y durante el plazo, se causarían intereses moratorios a la tasa vigente al momento de otorgar la facilidad.

Así mismo, facultó a los contribuyentes para solicitar el reajuste, vale decir, la reducción de la tasa de interés, en el evento de que durante la vigencia de la facilidad legalmente ésta sea modificada.

Como se observa, la norma infringida no estableció condicionamiento alguno diferente a la modificación legal de las tasas de interés moratorio, durante la vigencia de la facilidad para acceder al beneficio de la reducción, mientras que la orden infractora condicionó el "ajuste" a que el beneficiario del acuerdo hubiese cumplido con lo pactado, cancelando las cuotas en las fechas fijadas en la facilidad para el pago y las obligaciones causadas posteriormente, en sus respectivos vencimientos, exigencias que como se anotó, no fueron consignadas en la norma superior y que en manera alguna podían ser introducidas en el procedimiento contenido en el acto que por ese motivo se suspenderá parcialmente, en atención a que la Sala encuentra cumplidos los requisitos del artículo 152 del C.C.A., para la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos.

En mérito a lo expuesto, el Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta.

RESUELVE:

1° Admítase la demanda de nulidad del inciso 1° numeral 15 de la Orden Administrativa 0003 de 1992, entablada con base en el artículo 84 del C.C.A., por el ciudadano Alvaro Camacho Montoya a quien se tendrá como parte demandante.

En consecuencia, se dispone:

a) Notifíquese personalmente al Procurador Delegado ante esta Corporación;

b) Notifíquese personalmente al Director de Impuestos y Aduanas Nacionales o a su delegado para estos efectos;

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.

2°. Decrétase la suspensión provisional de la expresión contenida en el inciso 1° del numeral 15 de la Orden administrativa 03 de 1992 que dispone:

"... siempre y cuando haya cumplido con lo pactado, cancelando las cuotas en las fechas fijadas en la facilidad para el pago y las obligaciones causadas posteriormente, en sus respectivos vencimientos".

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, (salvó voto), Presidente; *Julio E. Correa Restrepo, Delio Gómez Leyva,* (salvó voto), *Consuelo Sarria Olcos. Alfredo Lewin Figueroa,* Conjuez; *Carlos Alberto Flórez Rojas,* Secretario; Actor: *Alvaro Camacho Montoya.*

ACTO ADMINISTRATIVO - Publicación / SENTENCIA INHIBITORIA- Inexistencia de acto administrativo (Salvamento de Voto)

Mi voto negativo se funda en el hecho de que considero que la demanda contra la orden administrativa 0003 de 1992, expedida por el U.A.E. Dirección de Impuestos Nacionales, no ha debido ser admitida o, sucedido ello y tramitado el negocio hasta el estado de dictarse la sentencia, ésta ha debido ser inhibitoria, por la falta de existencia de un acto administrativo sobre el cual pudieran recaer los actos judiciales respectivos. En efecto, en el expediente claramente se puede observar que la referida orden administrativa nunca fue publicada en ninguno de los medios oficiales destinados por la ley para tal ritualidad esencial, razón por la cual de conformidad con lo que dispone la Ley 57 de 1985, el supuesto acto administrativo en ella contenido es inejecutable y además, por no haber nacido a la vida jurídica, tampoco puede ser objeto de juzgamiento judicial. Cuestión diferente es la de que la administración con arbitrariedad manifiesta, pretenda su aplicación a los administrados, violando las previsiones de la citada ley e incurriendo los funcionarios responsables en la conducta sancionada por el numeral 7° del artículo 76 del C.C.A.

Consejero Ponente: *Doctor Julio Enrique Correa Restrepo.*

Santa Fe de Bogotá, enero 11 de 1996.

Radicación número 7214.

SALVAMENTO DE VOTO

Del doctor Guillermo Chahín Lizcano.

Con el respeto acostumbrado por la opinión jurídica de mis distinguidos colegas, procedo a consignar las razones que me llevaron a disentir de la posición mayoritaria:

Mi voto negativo se funda en el hecho de que considero que la demanda contra la orden administrativa 0003 de 25 de septiembre de 1992, expedida por la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, no ha debido ser admitida o, sucedido ello y tramitado el negocio hasta el estado de dictarse la sentencia, ésta ha debido ser inhibitoria, por la falta de existencia de un acto administrativo sobre el cual pudieran recaer los actos judiciales respectivos. En efecto, en el expediente claramente se puede observar que la referida orden administrativa nunca fue publicada en ninguno de los medios oficiales destinados por la ley para tal ritualidad esencial, razón por la cual, de conformidad con lo que dispone la Ley 57 de 1985, el supuesto acto administrativo en ella contenido es inejecutable y además, por no haber nacido a la vida jurídica, tampoco puede ser objeto de juzgamiento judicial.

Cuestión diferente es la de que la Administración, con arbitrariedad manifiesta, pretenda su aplicación a los administrados, violando las previsiones de la citada ley e incurriendo los funcionarios responsables en la conducta sancionada por el numeral 7° del artículo 76 del C. C. A.

En mi opinión, ha debido el Consejo de Estado, advertida la anómala situación, inhibirse del pronunciamiento de mérito para no incurrir en la impropiedad de declarar nulo un acto que según la ley no ha nacido a la vida jurídica, y para no dejar a los administrados sin defensa alguna ante la arbitrariedad ha debido darle traslado a la Procuraduría General de la Nación para lo de su competencia.

Atentamente,

Guillermo Chahín Lizcano.

SALVAMENTO DE VOTO

Santa Fe de Bogotá, D. C., dieciséis (16) de enero de mil novecientos noventa y seis (1996).

Referencia: Expediente número 7214.

Actor: Alvaro Camacho Montoya.

Por compartir los términos del Salvamento de Voto del honorable Consejero doctor Guillermo Chahín Lizcano, adhiero al mismo.

Delio Gómez Leyva.

NOTA DE RELATORIA: En igual sentido puede verse el Salvamento de Voto del doctor Delio Gómez Leyva quien se adhirió al Salvamento del doctor Chahín.

SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia / IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO / IMPUESTO DE DELINEACION URBANA

Aun cuando la suspensión se solicitó debidamente en acápite separado de la demanda, allí en verdad no se precisaron, o se citaron erradamente las disposiciones y las expresiones concretas sobre las cuales recaía la solicitud de la medida suspensoria y si bien, la actora, efectúa un breve análisis de normas de superior jerarquía del acuerdo, del mismo no se deducen extremos normativos a confrontar, porque sencillamente no se mencionan y menos se transcriben, de donde se haría necesario acudir a la demanda, lo que en manera alguna puede hacerse en esta oportunidad, pues de tener que acudirse a sus planteamientos, normas acusadas y disposiciones quebrantadas, no tendría objeto la previsión contenida en el artículo 152 del C.C.A. También se observa que el mencionado escrito, de una manera esquemática y conclusiva, de lo expuesto en la demanda, sostiene violación de normas superiores; pero sin efectuar análisis ni comparación alguna que evidenciaron las alegadas infracciones. En el numeral 1° del escrito se explican las disposiciones contenidas en el artículo 27 de la Ley 141 de 1994, en el artículo 16 del Decreto 1056 de 1953 y los artículos 39, 34 y 35 de la Ley 14 de 1983, pero se incumplió con la carga procesal, a cargo de la actora, de escoger o señalar las normas o expresiones que a su juicio, reunían los requisitos que ameritan la medida cautelar, las que no pueden deducirse de la afirmación en el sentido de que "es inaceptable que el Acuerdo grave la venta de petróleo crudo que se hace por el productor o exportador...". Sobre el impuesto de delineación y construcción, cuya violación normativa se desarrolló en el numeral 4° con petición de suspensión de los artículos 327 y 330 parágrafo 3° se advierte que del análisis allí efectuado no surge la manifiesta violación, por lo que no había motivo para decretar la suspensión provisional, de la que

también se observa que equivocadamente el Tribunal, suspendió en lugar del parágrafo 3º, el 2º del artículo 330 del Acuerdo 16 de 1994.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., diciembre trece (13) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor Julio Enrique Correa Restrepo.

Radicación número 7502.

Referencia: Contra municipio de Tauramena.

Apelación interlocutorios - suspensión provisional de varios artículos del Acuerdo 16 de 1994, expedito por el Concejo Municipal de Tauramena, Casanare - Auto-.

Actora: Lucy Cruz de Quiñones.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado especial del municipio de Tauramena, contra el auto del 20 de septiembre de 1995, proferido por el Tribunal Administrativo de Casanare, mediante el cual decretó la suspensión provisional de las siguientes expresiones y disposiciones contenidas en el Acuerdo 016 de 1994, expedido por el Concejo Municipal de Tauramena: a) Las expresiones "Venta de petróleo crudo.... 10.0 (por mil)" y "Venta de derechos en contrato de asociación relacionada con la actividad petrolera... 10.0 (por mil)" del artículo 133; b) La expresión "y rural del artículo 28 que aparece al final del mismo; c) La expresión "suburbana y rural" que aparece al final del artículo 327; d) La integridad del parágrafo 2º (sic) del artículo 330; e) El literal c) en su integridad del artículo 131".

ANTECEDENTES

La ciudadana Lucy Cruz de Quiñones, en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó la nulidad de los artículos 131, 133, 21, 209, 210, 211, 213, 28, 327, 330 parágrafo 3º y 336 del Acuerdo 16 del 10 de agosto de 1994, emanado del Concejo Municipal de Tauramena, "por el cual se expide el Código de Rentas de Tauramena".

Las disposiciones materia de demanda, regulan diversos aspectos del impuesto de industria y comercio (concepto de ingresos brutos –artículo 131– y tarifas comerciales –artículo 133–); igualmente contienen normas sobre licencia de funcionamiento (artículos 21 y 209 a 213); y disposiciones en materia del impuesto de delineamiento y construcción (artículos 327 y 330); e impuesto

por el uso del subsuelo en las vías públicas y por excavaciones en las mismas (artículos 336, 339 y 340).

En el mismo escrito de la demanda, en capítulo separado, la actora solicita el decreto de la medida de suspensión provisional, por violación manifiesta y ostensible de la ley. Al efecto, en cinco numerales sustentó la petición, así:

En el numeral primero, sin cita de normas locales transgresoras, se refirió al régimen especial impositivo que impide que las entidades territoriales puedan establecer impuestos sobre la explotación de recursos naturales, consagrado en el artículo 27 de la Ley 141 de 1994, así como a la exención para la explotación petrolera, que ampara el petróleo que se obtenga, de toda clase de tributos directos o indirectos, prevista en el artículo 16 del Decreto 1056 de 1953. Y a la prohibición de gravar con el impuesto de industria y comercio, "la explotación de canteras y minas" cuando las regalías o participaciones para el municipio sean iguales o superiores a lo que correspondería pagar por industria y comercio, contenida en el artículo 39 de la Ley 14 de 1983.

Dentro del mismo numeral primero, con apoyo en los artículos 34 y 35 de la Ley 14 de 1983, indicó que la venta de petróleo crudo, producto de la extracción de un pozo petrolero, vendría a ser actividad industrial, "cuyo régimen especial señalado en las leyes citadas debió respetar el acuerdo".

En el numeral segundo, adujo que el artículo 33 de la Ley 14 de 1983, que prevé el impuesto de industria y comercio, debe liquidarse con exclusión de los ingresos provenientes de la venta de activos fijos, y que el artículo 1333 del Acuerdo 019 de 1994, al gravar la venta de derechos en contratos de asociación relacionados con la actividad petrolera, los que constituyen activos fijos, quebrantó la norma legal citada.

Bajo el numeral tercero, con cita del inciso 2° del artículo 338 de la Constitución, sostuvo que los artículos 209 y siguientes del Acuerdo 16 de 1994, al fijar la tarifa por la expedición de licencia de funcionamiento, al tomar como base el valor del impuesto de industria y comercio, viola la norma constitucional antes señalada.

En el numeral cuarto, señaló que el artículo 327 del Acuerdo 19 de 1994 al extender la materia imponible del impuesto de delineación a las áreas suburbanas y rurales y el artículo 330 parágrafo 3° al extenderla a la ocupación del terreno adicional al área construida excede el artículo 1° literal g) de la Ley 97 de 1913 y el 233 literal b) del Decreto 1333 de 1986, las que viola en forma ostensible.

Finalmente, en el numeral quinto, se refirió al impuesto por el uso de subsuelo en las vías públicas y precisó que el artículo 336 del Acuerdo 16 de

1994, extiende la materia imponible y transgrede el artículo 1°, literal j) de la Ley 97 de 1913 (artículo 233, literal c) del Decreto 1333 de 1986).

Mediante el auto del 20 de septiembre de 1995, el Tribunal Administrativo de Casanare, admitió la demanda y decretó la suspensión provisional de los efectos de las siguientes disposiciones antes citadas.

Estimó, que la confrontación de los artículos 27 de la Ley 141 de 1994 y 16 del Código de Petróleos, con el ordinal c) del artículo 131 del Acuerdo, en cuanto incluye la expresión "venta de petróleo crudo y sus derivados, expresados en moneda nacional o extranjera", permite observar que la norma municipal está en contradicción con las nacionales por cuanto el legislador fue explícito al sostener que la explotación de los recursos naturales no renovables no puede ser objeto de gravámenes por parte de las entidades territoriales y el municipio pretende incluir dentro de la base gravable para la liquidación del impuesto de industria y comercio la venta de petróleo crudo que allí se explota.

Por la misma razón de oposición normativa, decretó la suspensión provisional de la actividad comercial señalada en el artículo 133 del Acuerdo, "venta de petróleo crudo" tarifa del 10 por mil.

En relación con la actividad comercial de "venta de derechos en contrato de asociación relacionada con la actividad petrolera", consagrada en el mismo artículo 133, consideró que esos derechos constituyen activos fijos de cualquier empresa y en consecuencia lo dispuesto en el Acuerdo es violatorio del artículo 33 de la Ley 14 de 1983, que excluye los ingresos provenientes de la venta de activos fijos.

En relación con el artículo 28, sobre impuesto de delineación y construcción, consideró que el legislador no excluyó al sector rural, pero que es obvio colegir que la delimitación que efectúa el municipio, es factible exigirla en el área urbana, porque antes de iniciar la construcción en ese sector, el propietario debe solicitar permiso para que la autoridad fije el parámetro. Pero de ahí a exigir que los habitantes de las áreas rurales construyan conforme a la delimitación que haga el municipio "es excesivo porque se grava indebidamente a quien pretende construir en ese sector".

Respecto del artículo 327, decretó la suspensión porque la norma que define el hecho generador del impuesto de delineación al incluir las construcciones de las áreas suburbana y rural del municipio, desbordó la facultad reglamentaria. Con igual consideración fundamentó la suspensión del artículo 330 que señala las bases gravables para liquidar el impuesto en las zonas suburbanas y rurales del municipio de Tauramena.

Finalmente, negó la suspensión provisional del artículo 336 del Acuerdo, sobre impuesto por el uso del subsuelo y excavación en las vías públicas, así como de los artículos 21, 209, 210, 211, 212 y 213 sobre licencia de funcionamiento de los establecimientos públicos que se establezcan en la jurisdicción municipal.

APELACION

Mediante escrito presentado el 27 de octubre de 1995, el apoderado del municipio de Tauramea interpuso recurso de apelación contra la decisión del Tribunal, únicamente en cuanto decretó la suspensión provisional de los efectos de las normas atrás señaladas. En síntesis, sustentó su inconformidad, en las siguientes razones:

Expresó que el artículo 152 del C. C. A., exige que la suspensión provisional se sustente de modo expreso, por lo que si se solicita en el mismo libelo demandatorio, de todos modos habrá de dedicársele capítulo separado, en el que se señalen específicamente los textos de mayor rango normativo que se consideran transgredidos, los actos acusados transgresores y el concepto de la violación, requisitos que considera no fueron satisfechos en el sub lite, por cuanto no se menciona en el aparte correspondiente si son todos los actos acusados los que deben suspenderse, o todo el acuerdo, o si la solicitud recae concretamente sobre algunos de ellos.

Sobre el escrito de suspensión, expresó que en el numeral 1°, no se mencionaron las normas acusadas con las que debieron confrontarse las que se citaron como superiores transgredidas.

Sobre el numeral 2° de la petición, adujo que la actora señaló el artículo 1333 del Acuerdo 19 de 1994, que ni siquiera está demandado y que nada tiene que ver con el Acuerdo 16 de 1994, que es el acusado.

En referencia al numeral 3°, indicó que la actora sostuvo que "los artículos 209 y siguientes" del Acuerdo 16 de 1994, violaron el artículo 338, inciso 2° de la Constitución, para luego interrogar acerca de ¿cuáles fueron los artículos que violan la norma, desde el 210 hasta el último del acuerdo? ¿Sobre este punto se negó la suspensión provisional.

Respecto del numeral 4° del escrito, sostuvo que la demanda se refirió al Acuerdo 16 de 1994, no obstante, la actora estableció que la norma violatoria de la Ley 97 de 1913 y del Decreto 1333 de 1986, es el artículo 327 del "Acuerdo 19" de 1994.

Finalmente, se refirió a la sustentación efectuada por la actora en el numeral 5°, relativo a normas que no fueron suspendidas.

Subrayó, que las normas cuya suspensión se solicita no pueden ser otras diferentes de las que se acusan, por lo que el juzgador no puede suspender provisionalmente disposiciones que no han sido demandadas y que el libelo se dirigió textualmente a la declaratorio de nulidad "de los artículos y apartes resaltados del Acuerdo 16 del 10 de agosto de 1994", y al efecto, transcribió los textos que según la solicitud, por hallarse "resaltados" resultaron demandados, y los que por no estarlo (en negrillas), no fueron materia de demanda, para concluir que en el acápite de suspensión provisional no se observa que la medida se refiera a normas cuya nulidad se impetra.

En conclusión, estimó que no reunieron los requisitos para la procedencia de la medida cautelar.

LA SALA CONSIDERA

Una vez más precisa la Sala, que la suspe*nsión provisional de los efectos* de los actos administrativos es una medida de carácter excepcional, y como tal, para su viabilidad se requiere el cumplimiento estricto y riguroso de todos los requisitos expresamente previstos en la ley. En efecto, el artículo 152 del C. C. A., exige que la medida se solicite y sustente de modo expreso, con la demanda o en escrito separado, presentado antes de la admisión de la misma. Igualmente, que exista la manifiesta violación de una norma superior, que se observe a través de una sencilla comparación entre las normas superiores y el acto acusado, violación que debe surgir, prima facie, sin que sea necesario un análisis de fondo.

En el asunto que se atiende, advierte la Sección que aun cuando la suspensión se solicitó debidamente en acápite separado de la demanda, allí, como lo sostenía la apelante, en verdad no se precisaron, o se citaron erradamente las disposiciones y las expresiones concretas sobre las cuales recaía la solicitud, de la medida suspensoria y si bien, la actora, efectúa un breve análisis de normas de superior jerarquía del acuerdo, del mismo no se deducen extremos normativos a confrontar, porque sencillamente no se mencionan y menos se transcriben, de donde se haría necesario acudir a la demanda, lo que en manera alguna puede hacerse en esta oportunidad, pues de tener que acudirse a sus planteamientos, normas acusadas y disposiciones quebrantadas, no tendría objeto la previsión contenida en el artículo 152 del C. C. A.

También se observa que el mencionado escrito, de una manera esquemática y conclusiva, de lo expuesto en la demanda, sostiene violación de normas superiores; pero sin efectuar análisis ni comparación alguna que evidenciaron las alegadas infracciones.

En el numeral 1° del escrito se explican las disposiciones contenidas en el artículo 27 de la Ley 141 de 1994, en el artículo 16 del Decreto 1056 de 1953 y artículos 39, 34 y 35 de la Ley 14 de 1983, pero se incumplió con la carga procesal, a cargo de la actora, de escoger o señalar las normas o expresiones que a su juicio, reunían los requisitos que ameritan la medida cautelar , las que no pueden deducirse de la afirmación en el sentido de que "es inaceptable que el Acuerdo grave la venta de petróleo crudo que se hace por el productor o exportador...".

En relación con el numeral 2°, se expone: "que el artículo 1333 del Acuerdo 19 de 1994", es violatorio del artículo 33 de la Ley 14 de 1983. Se observa que posiblemente existieron errores mecanográficos en la cita de la norma que se pide sea suspendida, los que no pueden superarse para deducir correctamente la disposición que pretendió citarse, en atención a que no aparece mencionada en otra parte del escrito.

Sobre el impuesto de delineación y construcción, cuya violación normativa se desarrolló en el numeral 4°, con petición de suspensión de los artículos 327 y 330 parágrafo 3°, se advierte que del análisis allí efectuado no surge la manifiesta violación, por lo que no había motivo para decretar la suspensión provisional, de la que también se observa que equivocadamente el Tribunal, suspendió en lugar del parágrafo 3°, el 2° del artículo 330 del Acuerdo 16 de 1994.

De lo anterior se concluye que la medida no se sustentó en la forma exigida por la ley, y en este sentido, no comparte la Sala la decisión del Tribunal al decretar la suspensión provisional con base en una sustentación tan deficiente, a todas luces resultaba improcedente la medida materia de apelación.

Igualmente, de las consideraciones expuestas por el a quo se evidencia, que al estudiar la medida cautelar acudió al texto mismo de la demanda, y de ella estableció principalmente las disposiciones y expresiones materia de suspensión y que la actora omitió citar en el escrito petitorio de la medida, procedimiento que como antes se anotó, resulta desacertado.

En efecto, el falla*dor no pue*de "inferir" que las disposiciones materia de confrontación y los argumentos que fundan la solicitud de suspensión son idénticos a los que sustentan las pretensiones de la demanda; de manera que no puede tomarse semejante decisión con base en "suposiciones", normativas y conceptuales, ya que para su prosperidad, es indispensable que el juez se cerciore que se cumplen a cabalidad las exigencias de fondo y forma para la viabilidad de la medida.

Adicionalmente, se anota que la parte resolutiva del auto recurrido no se refirió a las normas cuya suspensión provisional el tribunal desestimó en la parte considerativa.

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

RESUELVE:

1. REVÓCASE el auto apelado, del 20 de septiembre de 1995, en cuanto decretó la suspensión provisional de las siguientes normas y expresiones contenidas en el Acuerdo 16 de 1994, expedido por el Concejo Municipal de Tauramena, Casanare:

"a) Las expresiones 'Venta de petróleo crudo... 10.0 (por mil)' y 'Venta de derechos en contrato de asociación relacionada con la actividad petrolera...10.0 (por mil)' del artículo 133.

b) La expresión 'y rural' del artículo 28 que aparece al final del mismo.

c) La expresión 'suburbana y rural' que aparece al final del artículo 327.

d) La integridad del parágrafo 2° (sic) del artículo 330.

e) El literal c) en su integridad del artículo 131".

2°. Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Julio E. Correa Restrepo, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

DOCUMENTO INTERNO - Comprobante de contabilidad / DOCUMENTO EXTERNO - Comprobante de contabilidad / COMPROBANTE DE EGRESO - Naturaleza / SOPORTE EXTERNO - Requisitos / DEDUCCIONES - Requisitos

Conforme al artículo 1° del Decreto 1495 de 1978 "los documentos que justifican los comprobantes de contabilidad y respaldan las partidas asentadas en los libros, son de orden interno y externo" y define estos últimos así: "Son de orden externo los documentos que se producen para registrar operaciones con terceros, como las facturas de ventas, 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 pertinente...". Atendiendo a esta definición de "soporte externo" puede afirmarse, que las "órdenes de pago" o "comprobantes de egreso" constituyen una clase de soporte externo, en la medida en que cumplan los requisitos exigidos por la ley, y demuestren la vinculación con el tercero o beneficiario del pago, es decir, que contengan el recibo, con la identificación y firma del beneficario del pago o de la persona autorizada para recibirlo, ello de conformidad con el artículo 11 del Decreto 80 de 1984 modificatorio de los incisos 5° y 6° del precitado Decreto 1495.

EXPENSA NECESARIA - Requisitos para su deducibilidad / DEDUCCION POR TIQUETE AEREO INTERNACIONAL - Improcedencia / DEDUCCIONES - Requisitos

Es claro y determinante el texto del artículo 107 del Estatuto Tributario, al establecer que para que las expensas sean deducibles se requiere que el gasto sea "necesario", o sea, el normal para producir o facilitar la generación de la renta por parte de la actividad generadora de la misma, y lo acostumbrado en la correspondiente actividad empresarial, vale decir, proporcional de acuerdo a la

actividad, y que exista una "relación de causalidad" la cual está referida al vínculo que debe existir entre la actividad productora de renta y el motivo de las expensas. Así pues, la circunstancia de que los gastos por concepto de "tiquetes aéreos internacionales" de las personas que detalla el acta de inspección contable y el dictamen pericial se encontraban oportuna y debidamente contabilizados, demuestran la realidad del gasto, no cuestionada por la administración; pero, en manera alguna, la relación de causalidad que originó el rechazo de tales erogaciones, y que constituye requisito esencial para su admisibilidad como deducción. Por ello se encuentra válida la objeción que ha formulado la Nación, pues la simple afirmación del demandante, en el sentido de que tales gastos "obedecen a gastos en beneficio de la sociedad" no demuestra la relación de causalidad entre el gasto y la actividad generadora de la renta, por el contrario, demuestra que se trata de un gasto posiblemente "conveniente" pero no necesario, razón por la cual y atendiendo al hecho de que no se demostró en forma clara e inequívoca la relación de causalidad de tales gatos, fue correcto el proceder de la administración al glosarlos.

PAGO NO SALARIAL - Requisitos / BONIFICACION - Naturaleza / DEDUCCION POR SALARIOS - Aportes parafiscales

El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, exige el cumplimiento de dos condiciones simultáneas que excluyen los pagos recibidos por el trabajador, de la estimación como salario, esto es, a) que sean ocasionales y b) que se paguen por mera liberalidad. Ello significa que, para que un pago, como es el caso de una "bonificación" no constituya salario, no es suficiente el ánimo liberal con que se otorgue, sino que también se requiere la condición de "ocasional" (no habitual). El término "habitual" es conforme al diccionario de la lengua y al sentido natural y obvio del vocablo lo "que hace, padece o posee con continuación y por hábito", esto es, "por la repetición de actos de la misma especie". Entonces, desde que el pago de una de esas prestaciones se haga regularmente y en forma habitual, ya constituye retribución del servicio, y por ende, factor de salario. Puesto que en el caso debatido, se encuentra demostrado que las bonificaciones glosadas corresponden a pagos efectuados por la actora en forma regular y habitual, no cabe duda, que ellas constituyen retribución

del servicio y por lo tanto, factor de salario, pues no basta la mera liberalidad o gratuidad del patrono, sino que es indispensable que tales prestaciones, *tengan* el carácter de "ocasional" o no habitual, circunstancia que no se cumple, motivo por el cual, son factor salarial, y por ende, la actora sobre ellas estaba obligada a efectuar los aportes parafiscales.

MEDIOS PROBATORIOS - Presunción tributaria / ADMINISTRACION TRIBUTARIA - Deberes / SOCIEDAD SUBORDINADA - Prueba de calidad / SOCIEDAD CON DOMICILIO EN EL EXTERIOR

El artículo 742 del Estatuto Tributario se refiere a los medios de pruebas señalados en el Estatuto Tributario, en el Código de Procedimiento Civil y en el artículo 743 se refiere a la idoneidad de los mismos. Si bien es cierto que entre los medios de prueba la ley tributaria establece las presunciones, éstas no son otras que las reguladas por los artículos 755-1, 755-2, 755-3, 756, 757, 758, 759, 760, 762 y 763 del Estatuto Tributario, y entre ellos no existe absolutamente ninguna que permita presumir la calidad de subordinada o subsidiaria de una sociedad colombiana con personas jurídicas domiciliadas en el exterior para efectos de dar aplicación al artículo 124 del Estatuto Tributario, este hecho no puede presumirlo la administración, sino que en aplicación de tal artículo debe estar probado plenamente en el expediente. Se observa que afirma la administración que "queda establecido que las deudas de Thomas de la Rue de Colombia con sus matrices o principales en el exterior" sin existir prueba que permita establecer cuál de las acreedoras es matriz de las sociedades extranjeras accionistas de la actora o de otras acreedoras domiciliadas en el exterior, como sus filiales o subsidiarias o aportantes de capital en las sociedades extranjeras accionistas de la sociedad colombiana, ni en qué proporción. Además, los artículos 746 y 745 del Estatuto Tributario conceden certeza a los hechos consignados en las declaraciones, las correcciones y respuestas a los requerimientos, a condición de que sobre los mismos no se haya exigido comprobación especial.

PAGOS A CASA MATRIZ - Pagos por asistencia técnica / RECONOCIMIENTO TRIBUTARIO - Excepción de pagos

El artículo 124 del Estatuto Tributario que correspondía al artículo 51 de la Ley 9ª de 1983 fue reglamentada por el artículo 25 del Decreto

2579 del mismo año, que introdujo además, la no deducibilidad de los pagos por concepto de asistencia técnica, considerando con base en lo dispuesto entonces por el artículo 21 de la Decisión 24 del Acuerdo de Cartagena que cuando la contribución tecnológica fuera suministrada a una empresa extranjera por su casa matriz y por otra filial de la misma casa matriz no se autorizaba pago de regalías, ni deducción alguna para efectos tributarios. La norma reglamentaria fue demandada y el Consejo de Estado en sentencia del 3 de agosto de 1990, exp. 2319 actor Jaime González Bendksen, estimó que el reglamento no podía incluir una restricción no prevista en el artículo 51 de la Ley 9ª de 1983, norma superior invocada por el demandante como violada, y declaró la nulidad de la expresión "asistencia técnica". Este hecho permite concluir que los únicos pagos que no tienen reconocimiento tributario son los expresamente enumerados en el artículo 51 de la Ley 9ª de 1983 y los costos y gastos financieros, así como la diferencia en cambio por deudas entre el mismo tipo de imbrincadas extranjeras, a partir de 1990 (artículo 15 de la Ley 49 de 1990), salvo las excepciones expresamente señaladas en el artículo 124-1 del Estatuto Tributario.

ERROR CONTABLE - Corrección / DECLARACION DE RENTA - Presentación

De conformidad con el numeral 3° del artículo 57 del Código de Comercio "cualquier error u omisión se salvará con un nuevo asiento en la fecha en que se advirtiere, y si la corrección se efectuó el 24 de marzo de 1988, antes de la presentación de la declaración de renta, es obvio que al salvarse el error, la corrección produce efectos en relación con el ejercicio fiscal de 1987.

RETENCION EN LA FUENTE - Comprobación / CERTIFICADO DE RETENCION - Soporte contable

Es procedente aceptar el cargo señalado en la actuación administrativa, asumiendo que no obstante encontrarse sin "certificados" están respaldados por los respectivos comprobantes internos y externos que los justifican, tal y como lo informan los peritos; no así, con relación a las demás sumas descritas en los literales b), c) y d) habida cuenta, que las inconsistencias que motivaron la glosa, no aparecen desvirtuadas en tal prueba, pues sobre ello, nada

se dijo, por tal razón y al no haberse desvirtuado la actuación administrativa, sino de manera parcial, la sentencia del tribunal en lo que este a punto se refiere, debe ser modificada en forma parcial.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor Delio Gómez Leyva.

Radicación número 7158.

Referencia: Impuestos-renta.

Actor: Thomas de la Rue de Colombia.

Impuestos - Renta.

Fallo.

FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de las partes, demandante: la sociedad Thomas de la Rue de Colombia S.A., demandada: la Nacion-Unidad Administrativa Especial-Direccion de Impuestos Nacionales y de Aduanas, contra la sentencia del 10 de marzo de 1995, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acogió parcialmente las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por la precitada sociedad contra la operación administrativa a través de la cual la Administración de Impuestos Nacionales –Grandes Contribuyentes de Santa Fe de Bogotá–, le determinó el impuesto de renta y complementarios correspondiente al año gravable de 1987.

ANTECEDENTES

La sociedad Thomas de la Rue de Colombia S.A., presentó su declaración de renta y complementarios por el período gravable de 1987, el día 27 de junio de 1988, en el Banco Sudameris de Colombia, en la ciudad de Bogotá, en cuya liquidación privada determinó el impuesto a su cargo en la suma de $309.322.000.

La Administración de Impuestos Nacionales –Grandes Contribuyentes– de Bogotá, con apoyo en acta de inspección contable y requerimiento especial, modificó la anterior liquidación privada, mediante la liquidación oficial de revisión distinguida con el número 0034 del 11 de junio de 1991, al rechazar: costos y deducciones por concepto de salarios (bonificación especial, bonificación de retiro, otras bonificaciones) en cuantía de $43.829.811; intereses

y rendimientos financieros por valor de $65.745.993, comisiones en la suma de $13.386.000, otros costos y gastos por valor de $27.682.829; descuentos tributarios en cuantía de $3.124.000, y retenciones en la fuente por valor de $17.299.729. También impuso sanciones por inexactitud y libros de contabilidad y efectuó reajuste del anticipo para el año gravable de 1988.

Como consecuencia, determinó un mayor valor por concepto de impuestos, sanciones y anticipo, en la suma de $226.170.000.

La actuación anterior, fue confirmada en la Resolución número U.A.E.-47 049 del 10 de julio de 1992, que resolvió el recurso de reconsideración interpuesto y agotó la vía gubernativa.

LA DEMANDA

El actor consideró violados por la actuación administrativa acusada, las siguientes normas: los artículos 26 de la Constitución Nacional de 1886, y 29 de la Constitución Nacional de 1991; artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo; artículos 104, 105, 107, 108, 374, 381, 654, 655, 703, 711, 712 literal f), 730 numeral 6°, 777, 807, 859 del Estatuto Tributario; artículo 51 de la Ley 9ª de 1983; artículo 25 del Decreto 2579 de 1983; artículos 260, 261, 265 del Código de Comercio, artículos 57, numeral 3°, 51 y 53 de este mismo Código; artículo 87 de la Ley 75 de 1986; artículo 24 de la Ley 52 de 1977; artículo 154 del Decreto 2503 de 1987; artículo 13 de la Ley 84 de 1988; artículo 22 del Decreto 825 de 1978; artículos 59 y 84 del Código Contencioso Administrativo y artículo 34 del Decreto 2821 de 1974.

Expresó, en relación con el rechazo de la deducción por salarios por concepto de bonificaciones (especial, de retiro y otras), que esta deducción debe ser reconocida en razón a que por su naturaleza de ocasionales y discrecionalidad por parte de la empresa para su pago, no constituyen salario a términos de los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, y por consiguiente, no necesita de aportes para su reconocimiento fiscal. Desde el punto de vista probatorio, señaló que la actuación administrativa violó el artículo 777 del Estatuto Tributario, por cuanto el certificado del revisor fiscal aportado al proceso demuestra la ocasionalidad en el pago de tales erogaciones; asimismo, tachó de falsamente motivada la resolución que decidió el recurso, al señalar que "el certificado expedido por el Revisor Fiscal carece de autenticidad, (...) según los artículos 252 y 272 del Código de Procedimiento Civil, y que el certificado expedido por la Junta Central de Contadores (...) (fue) aportado en fotocopia simple", por cuanto en el acta de visita se encuentra demostrada la veracidad de los pagos, la que además no había sido cuestionada, sino la falta de aportes con las entidades parafiscales.

Respecto a la deducción por concepto de intereses y diferencia en cambio, manifestó que esta erogación era deducible, porque, Thomas de la Rue de Colombia S. A., no era filial, agencia, sucursal o subsidiaria de ninguna sociedad extranjera, y que, si en vía de discusión lo fuere, la prohibición sólo operaba a partir de 1990, y no para 1987, por cuanto tal prohibición establecido en la Ley 49 de 1990, por lo que no podía aplicarse esta disposición retroactivamente al año de 1987.

En cuanto al rechazo de comisiones pagadas a la firma Kordit S. A. de Panamá, "en razón a que la causación la efectuaron en el año de 1988", observó que la sociedad demostró que incurrió en un error en su contabilización, el cual fue subsanado en el momento en que se detectó con la correspondiente reversión, por lo que, la erogación se causó y solicitó como deducción en el año gravable de 1987, tal y como lo había acreditado con los correspondientes comprobantes de contabilidad enviados con la respuesta al requerimiento especial, los cuales solicitó tener en cuenta al momento de decidir sobre la legalidad de este punto.

Acerca del rechazo de costos y gastos "sin soporte", originados en contratos de arrendamiento, indicó, que tales deducciones corresponden a pagos efectuados a Socomar, París Asociados, y, Arturo Londoño y Compañía, los cuales según la propia acta de visita, se encuentran respaldados con "órdenes de pago" documentos que cumplen con todos los requisitos para considerarlos como "documentos de orden externo", por lo que estimó, que no existía razón de orden legal para desestimarlos puesto que los mismos sí estaban debidamente respaldados con los documentos de orden externo. Además, señaló que atendiendo a lo dispuesto en el artículo 1973 del Código Civil, el contrato de arrendamiento no requería solemnidad alguna, por lo que la exigencia de la administración al respecto carecía de fundamento legal.

En cuanto, al rechazo de los gastos que según la administración "no tienen relación de causalidad" porque las personas que utilizaron los pasajes no tienen ningún vínculo laboral con la empresa y por ende no constituyen expensa necesaria para el desarrollo social de la empresa, observó que este proceder es igualmente improcedente, pues el artículo 107 del Estatuto Tributario, no condiciona las deducciones al hecho de efectuarse los pagos a través de personas vinculadas laboralmente con la empresa, sino al hecho de tener relación de causalidad con las actividades productoras de renta, y al hecho de que las mismas sean necesarias y proporcionadas, aspecto que debía determinarse con criterio comercial, requisitos que se cumplían respecto de los pagos cuestionados correspondientes a pagos efectuados a empresas aéreas por concepto de transporte de personas u objeto para beneficio de la empresa.

Con relación al rechazo de costos y gastos de "otras vigencias" reiteró que no tenía ninguna observación diferente a la expresada con la respuesta al requerimiento especial, en el sentido de que no estaba de acuerdo con la sanción por inexactitud.

Respecto al rechazo de pasivos con entidades del exterior, señaló que se violó el artículo 287 del Estatuto Tributario, por cuanto la sociedad Thomas de la Rue no es filial de ninguna sociedad extranjera y que tal situación debía demostrarla la administración.

Expresó, que el descuento tributario solicitado por su representada por haber renunciado al término para adicionar la declaración consagrado en el artículo 24 de la Ley 52 de 1977, no fue derogado por el Decreto 2503 de 1987, como erróneamente lo afirma la administración, puesto que el mismo sólo fue derogado en forma expresa en el artículo 13 de la Ley 84 de 1988, aplicable para el año gravable de 1988 y siguientes, es decir, que tal descuento tributario regía para el año gravable de 1987.

En lo referente al rechazo de retenciones en la fuente, señaló que la administración violó los artículos 859, 374 y 38 del Estatuto Tributario, por cuanto en la contabilidad se encontraban los correspondientes asientos contables y todos los documentos que acreditaban la totalidad de las retenciones en la fuente, y que en caso de duda, la administración debió investigar a los retenedores o aplicar las sanciones respectivas en caso de fraude en las retenciones.

Con relación a la sanción por inexactitud, observó que se violó el artículo 647 del Estatuto Tributario por cuanto su representada no presentó en su declaración de renta datos equivocados, incompletos o desfigurados, ni incurrió en maniobras fraudulentas. En su concepto, la sociedad al declarar hechos ciertos y completos incurrió en diferencias de criterio con la administración en torno al derecho aplicable, circunstancia que no es constitutiva de inexactitud.

Respecto a la sanción por libros de contabilidad acusó el hecho de que la administración no especificó la causal o irregularidad que generó esta sanción, actuación con la cual se violó el debido proceso.

Expresó, por último, que al reajustar el anticipo del año gravable de 1988, se violó el artículo 807 del Estatuto Tributario, por cuanto éste debe liquidarse teniendo en cuenta el valor de la liquidación privada.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca acogió parcialmente las súplicas de la demanda.

Encontró probados los cargos referentes al rechazo de comisiones, costos y gastos sin soporte, gastos sin relación de causalidad, descuento tributario, sanción por libros de contabilidad y reajuste del anticipo para el año gravable de 1988, en los siguientes términos:

En cuanto al primero, concerniente a las comisiones, estimó el Tribunal que se encontraba plenamente probado que se causaron, contabilizaron y dedujeron en el año gravable de 1987, y que aunque lo normal era la existencia de coetanidad entre la fecha de su causación y su contabilización, según el numeral 3° del artículo 57 del Código de Comercio, los errores contables pueden subsanarse mediante un nuevo asiento en la fecha en que se detecte el error.

Respecto al segundo y tercer cargo, sobre costos y gastos sin soporte, y sin relación de causalidad, porque el dictamen pericial estableció que las respectivas "órdenes de pago" cumplían con el requisito de identificar a los beneficiarios de los pagos, razón por la cual es*timó q*ue se encontraban debidamente contabilizados y respaldados. Asimismo, que el artículo 107 del Estatuto Tributario, sólo exigía como condición de las expensas, que fueran necesarias o proporcionales de acuerdo a la actividad, requisito que cumplían los pagos efectuados a las empresas aéreas.

Sobre el cuarto, *que corr*esponde al descuento tributario por renunciar al término para adicionar, por cuanto el artículo 24 de la Ley 52 de 1977, que estableció tal descuento tributario, sólo fue derogado expresamente por el artículo 13 de la Ley 84 de 1988, por lo que para el año gravable de 1987, se encontraba vigente.

En relación con el quinto y sexto cargo, atañadero a la sanción por libros de contabilidad y reajuste del anticipo, porque la sociedad no se encontraba incursa en ninguna de las causales señaladas en el artículo 654 del Estatuto Tributario, como constitutivas de "hechos irregulares en la contabilidad". Y, en cuanto al reajuste del anticipo, por cuanto éste no puede ser objeto de modificación en la liquidación de revisión.

Desestimó totalmente los restantes cargos de violación, correspondientes a rechazos de deducciones por concepto de bonificaciones, intereses y diferencia en cambio; pasivos al exterior, retenciones en la fuente, sanción por inexactitud, así:

En cuanto al primero, esto es, las bonificaciones, aclaró que la Administración no objetó la realidad del pago, sino la falta de aportes, por constituir "salario", y que, de conformidad con los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, tenían tal carácter, puesto que en la medida en que el pago se efectuara regularmente en forma habitual o que, aunque se

efectuara por una sola vez, existiera obligación de pagarlo, constituía retribución del servicio y por lo tanto era salario.

Respecto al segundo y tercer cargo, correspondiente a los intereses y diferencia en cambio (pagos al exterior) y pasivos (al exterior), porque según el acta de inspección contable se evidenció que la actora tenía la calidad de filial, agencia o sucursal de compañía extranjera, y según el artículo 51 de la Ley 9ª de 1983 (artículo 124 del Estatuto Tributario) las filiales, subsidiarias, sucursales o agencias en Colombia de sociedades extranjeras, no tienen derecho a deducir de sus ingresos cantidad alguna pagada directa o indirectamente a sus casas matrices o principales del exterior por concepto de "gastos" concepto que comprendía los intereses y gastos financieros. Asimismo, indicó que los pasivos de conformidad con el artículo 87 de la Ley 75 de 1986, eran inadmisibles fiscalmente, por considerarse patrimonio propio de las agencias, filiales o sucursales con negocios en Colombia.

En lo referente al cuarto cargo, correspondiente a las retenciones en la fuente, por cuanto los peritos confirmaron que la sociedad actora había efectuado retención en la fuente sobre la suma de $68.986.361 determinando que sobre la suma de $17.299.729 no se había efectuado, lo que había confirmado el proceder administrativo.

Y, sobre el cargo relacionado con la sanción por inexactitud, estimó el a quo que debía mantenerse respecto de los cargos no aceptados, en razón a que los rechazos efectuados por la administración no provenían de "diferencias de criterio".

EL RECURSO DE APELACION

De la parte demandada:

El representante judicial de la Nación objetó la sentencia del Tribunal, en lo referente a los cargos de violación que le fueron desfavorables a su representada, esto es: rechazo de comisiones, costos y gastos sin soporte, gastos sin relación de causalidad, descuento tributario, sanción por libros de contabilidad y reajuste del anticipo.

1. Comisiones por valor de $13.386.442.

La sociedad Thomas de la Rue al reversar comisiones de ventas de la sociedad Kordit de Panamá S.A. el día 31 de diciembre de 1987, y contabilizarlas en 1988, lo que hizo fue causar la deducción para el período siguiente, de tal manera que contablemente el valor de las comisiones por el año de 1987, era de cero, y si éstos son los valores que sirven de base para la elaboración de la declaración mal podría incluirlos cuando en sus asientos contables no se encuentran contabilizados.

2. Rechazo de costos y gastos sin soportes por valor de $2.839.240.

Según el inciso 2° del artículo 53 del Código de Comercio "a cada comprobante se anexarán los documentos que lo justifiquen" los que para la operación glosada estaban constituidos por el contrato de arrendamiento o la cuenta de cobro de la entidad beneficiaria, documentos que no se presentaron.

3. Rechazo de gastos sin relación de causalidad por valor de $6.069.135.

El dictamen pericial como lo indicó el Tribunal demostró que los pagos fueron contabilizados, pero no se ha demostrado la relación de causalidad de los mismos con la renta declarada, requisito indispensable para su procedencia, toda vez que la sociedad se limitó a afirmar que "obedecen a gastos en beneficio de la sociedad".

4. Rechazo del descuento tributario, por valor de $3.124.000.

Conforme al artículo 71 del Código Civil se da la derogatoria tácita de una disposición, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con la norma anterior, situación que se da al confrontar el artículo 24 de la Ley 52 de 1977 con el artículo 37 del Decreto 2503 de 1987, ya que el descuento del 1% por renunciar al término de adición operaba cuando ésta "implicara una disminución de las bases gravables o del tributo" mientras que el artículo 37 del Decreto 2503 de 1987, señaló que las declaraciones tributarias podían ser corregidas siempre y cuando se obtuviera un mayor valor a pagar o un menor saldo a favor y que "en consecuencia no tendría efecto las correcciones que implicaran un menor recaudo para la Administración de Impuestos" con lo que tácitamente estaba derogando el artículo 24 de la Ley 52 de 1977, porque la eliminación de la posibilidad de corregir declaraciones que implicaran un menor impuesto, implicaba la eliminación de la posibilidad de efectuarlas y por ende del respectivo descuento tributario.

5. Sanción por libros de contabilidad por valor de $32.400.000.

El contribuyente al aceptar el rechazo de los gastos correspondientes a otras vigencias, implícitamente está aceptando que los libros de contabilidad de la sociedad Thomas de la Rue no reflejan la realidad económica de la misma y por ende no permiten verificar y determinar los factores necesarios para establecer las bases de los impuestos, causal consagrada en el literal e) del artículo 654 del Estatuto Tributario, razón por la cual dicha sanción debe confirmarse.

6. Ajuste del anticipo, por valor de $197.468.000.

Como quiera que el anticipo forma parte de la declaración tributaria es procedente su reliquidación, tal y como lo ha reconocido el Consejo de Estado

en sentencia del 4 de diciembre de 1992, expediente número 4298, Consejera Ponente doctora Consuelo Sarria Olcos, "...cuando el artículo 41 de la Ley 52 de 1977 (artículo 702 del Estatuto Tributario) autoriza la modificación de "toda" la liquidación privada y no de una fracción de la misma, pues, el texto de la norma no hace semejante distingo, aspecto en el que igualmente se debe sostener la decisión del *a quo*".

De la parte demandante:

El apoderado judicial de la sociedad actora objetó la sentencia del Tribunal en los siguientes puntos: Rechazo de deducciones por concepto de bonificaciones, intereses y diferencias en cambio, retenciones en la fuente, rechazo de pasivos y sanción por inexactitud, así:

1. Rechazo de la deducción por concepto de bonificaciones, por valor de $43.829.811.

Se trata de bonificaciones por retiro, bonificaciones a título de mera liberalidad y bonificaciones especiales que se pagaban por mera liberalidad de la empresa, sin que existiera obligación legal, estatutaria o reglamentaria que así lo ordenara, las cuales no constituyen salario, y por ende no constituyen base para los aportes parafiscales. De conformidad con la convención colectiva de trabajo suscrita entre la empresa y los trabajadores, al tiempo del retiro la empresa cancela la bonificación establecida en el artículo 31 de dicha convención, y adicionalmente, en forma ocasional y discrecional la empresa otorga otra bonificación por retiro que es la que es objeto de discusión, aspecto que se establece del anexo 9 del dictamen pericial.

2. Rechazo de intereses y diferencia en cambio, por valor de $65.745.993.00.

El artículo 25 del Decreto 2579 de 1983, prohíbe deducir de sus ingresos, a título de costo o deducción, "comisiones y honorarios y demás gastos de administración o dirección, regalías, asistencia técnica y explotación ò adquisición de cualquier clase de intangibles" a las filiales, subsidiarias, sucursales o agencias en Colombia de sociedades extranjeras a sus casas matrices u oficinas del exterior. Fue la Ley 49 de 1990 que entró en vigencia el 28 de diciembre de 1990, la que prohibió deducir los "intereses y la diferencia en cambio", por concepto de deudas que por cualquier concepto tengan las agencias, sucursales, filiales que funcionen en Colombia para con sus casas matrices extranjeras o agencias, sucursales o filiales de la mismas con domicilio en el exterior, prohición que no puede ser aplicada irretroactivamente como lo hizo la Administración y lo acogió el Tribunal.

Así mismo, que Thomas de la Rue, no es ni filial, agencia o sucursal de sociedad extranjera, y que la Administración no ha demostrado lo contrario, por la presunción de veracidad que ampara la declaración tributaria.

Por la vigencia fiscal de 1987, la sociedad Thomas de la Rue de Colombia S.A., pagó a Thomas de la Rue y Cía. Ltda. la cantidad de $10.933.173 por concepto de diferencia *en cambio* y $10.882.229 por concepto de intereses, sociedad que según la prueba número 12 enviada a la Administración sí era accionista de la primera a 31 de diciembre de 1987, y la misma sociedad pagó por concepto de ajuste por pérdida en cambio la suma de $51.187.033 a las sociedades De la Rue Sistemas y Thomas de la Rue and Co. sociedades que según la misma prueba "no eran accionistas extranjeros" a 31 de diciembre de 1987 de la accionante. Asimismo, el oficio número 320 del 16 de noviembre de 1993, por el cual la Superintendencia de Sociedades dio respuesta a la petición formulada por el apoderado de la Nación, demuestra que Thomas de la Rue de Colombia S.A., no es una sucursal de la sociedad extranjera.

3. Rechazo de pasivos con entidades del exterior, por valor de $514.025.908.00

Reafirmó lo expuesto al respecto en la demanda, en el sentido de que la Administración no ha demostrado que Thomas de la Rue de Colombia S.A. es agencia, sucursal o filial de las sociedades que menciona en la liquidación de revisión, en razón a que son los mismos argumentos de hecho y derecho que sirvieron de base para desestimar las deducciones por intereses y diferencias en cambio.

4. Rechazo de retenciones en la fuente, por valor de $17.299.729.00

El Tribunal olvidó que el parágrafo 1° del artículo 381 del Estatuto Tributario, establece que las personas o entidades sometidas a retención en la fuente, "podrán sustituir los certificados a que se refiere el artículo cuando éstos no hubieren sido expedidos (...) por el original copia o fotocopia de la factura o documento equivalente, donde conste el pago..." facturas que la sociedad mostró a la Administración con oportunidad de la visita, y que a su vez, verificaron los peritos, y anexaron al dictamen, no habiendo sido valorados en la sentencia (anexos 153 a 177).

5. Sanción por inexactitud, en cuantía de $78.758.00.

Si la sociedad Thomas de la Rue de Colombia, no hizo aportes a las entidades parafiscales por bonificaciones ocasionales pagadas a sus trabajadores, por una sola vez, las cuales se encuentran demostradas, no existe diferencia de criterio entre esta y la Administración? o cuando la sociedad solicita deducciones por intereses pagados o diferencia en cambio a entidades

extranjeras, que no son matrices, y donde además se ha cuestionado la irretroactividad de la Ley 49 de 1990, no existe igualmente diferencia de criterio? o donde se discute si la retención en la fuente se puede demostrar o no mediante las facturas correspondientes? Por tanto, se remitió a lo expresado en la demanda, acerca de la existencia de diferencia de criterios entre la Administración y el contribuyente.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado judicial de la sociedad actora al alegar de conclusión reafirmó en síntesis los argumentos expuestos en la sustentación al recurso de apelación.

El representante judicial de la Nación, por su parte, se opuso a las pretensiones del apelante, y con relación a los puntos objetados por éste los refutó con los siguientes argumentos:

1. Rechazo de bonificaciones en cuantía de $43.829.811.

No es procedente probar la naturaleza de estos pagos con base en el concepto rendido por los peritos, puesto que ellos únicamente pueden dar fe de lo que aparece en la contabilidad, por tanto, no pueden calificar la naturaleza del pago, esto es, sí es bonificación ocasional, por mera liberalidad etc., puesto que para ello existen pruebas directas, tales como el acuerdo de la bonificación por retiro, el acto donde se acordó la política de la empresa de dar bonificaciones ocasionales por uno u otro aspecto.

2. Rechazo de intereses y diferencias en cambio, por valor de $95.745.993 y de pasivos con entidades del exterior por valor de $514.025.908.

No hubo aplicación irretroactiva del artículo 15 de la Ley 49 de 1990, por cuanto el artículo 51 de la Ley 9ª de 1983, consagra que "las sucursales, subsidiarias y filiales" en Colombia no tienen derecho a restar de sus ingresos, cantidad alguna por concepto de costo o deducción, pagada o reconocida directa o indirectamente a sus casas matrices en el exterior, por concepto de gastos, comisiones... etc. (codificada en el artículo 124 del Estatuto Tributario), luego el artículo 15 de la Ley 49 de 1990, al adicionar el artículo 124 del Estatuto Tributario, ratificó la prohibición sobre la no deducibilidad de los pagos por concepto de intereses y demás costos y gastos financieros incluida la diferencia en cambio, creando dos excepciones a la regla general.

Además, el artículo 87 de la Ley 75 de 1986, (artículo 287 del Estatuto Tributario) al prohibir las deudas entre matriz y subordinadas, implícitamente, prohibió la deducción por intereses y diferencia en cambio originados en los mismos créditos.

En cuanto a la calidad de filial o agencia de sociedad extranjera de la sociedad actora, aclaró, que al haberse establecido tal claridad en la inspección contable, quedó desvirtuada la presunción de veracidad de la declaración tributaria, razón por la cual la carga de la prueba le correspondía al contribuyente, para demostrar lo contrario.

3. Rechazo de retenciones en la fuente, por valor de $17.290.729.

Existe suficiente razón para el rechazo de tales retenciones, por cuanto la comisión visitadora consignó en el acta respectiva que la sociedad no acreditó el valor total declarado, al encontrar inconsistencias en algunos certificados y facturas, en el beneficiario del pago, en la base de retención, valor retenido y en cuanto a la vigencia. Por tanto, consideró procedente el rechazo puesto que las pruebas supletorias también adolecía de inconsistencias que impedían tenerlas como válidas.

4. Sanción por inexactitud, por valor de $78.758.000

La diferencia de criterios o el error de apreciación que exonera al contribuyente de la sanción por inexactitud no se da respecto de los rechazos discutidos, porque es presupuesto esencial que exista una norma que tenga vacíos, resulte contradictoria con otra o admita varias interpretaciones, no cuando el texto de la norma es claro y además taxativo.

EL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Séptima Delegada a quien le correspondió el presente proceso en la segunda instancia, no intervino.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. **Comisiones por valor de $13.386.442:**

La Administración desestimó las deducciones solicitadas por la sociedad actora por concepto de comisiones pagadas a la Compañía Kordit S.A. de Panamá, apoyada en el hecho de que mediante el comprobante de diario número 13-09-04 de fecha 31 de diciembre de 1987, "reversan comisiones de ventas al exterior (...) con cargo a cuentas por pagar, esto con el fin de no solicitarlas como costo y/o deducción (...) (pero) finalmente no es tenido en cuenta por la sociedad, toda vez que esta partida hizo parte de los anexos consolidados de costos y gastos que conformaron el renglón número 21 de la declaración de renta del año gravable de 1987 donde se observa que no figura en la columna según libros, pero sí en la conciliación fiscal otras deducciones sin justificación alguna" (fl. 0717 sello azul c.a.).

Desde la vía gubernativa, la sociedad alegó que había incurrido en error al efectuar tal "reversión" y que con fecha 24 de marzo de 1988, antes de la presentación de la declaración de renta del año gravable (junio 27 de 1988) efectuó la correspondiente corrección contable mediante el comprobante de diario número 03-90-11, por lo que la deducción se había contabilizado y declarado en el año gravable de 1987.

Lo anterior explicado y reiterado en la jurisdicción fue verificado por los peritos contables designados por el Tribunal, para la inspección contable solicitada por la actora, quienes al respecto expresaron:

"Efectivamente, durante el año gravable de 1987 se causaron COMISIONES POR PAGAR A LA COMPAÑIA KORDIT S.A. DE PANAMA S.A. por valor de $13.386.443.82;

"En nuestra opinión, por error de la empresa las comisiones por pagar sobre Ventas al exterior a la compañía Kordit S.A. de Panamá por valor de $13.386.443.82 fueron reversadas con fecha 31 de diciembre de 1987 según comprobante de Diario número 13-09-04.

"El erróneo registro anterior fue corregido con el asiento de diario número 03-90-11 de fecha 24 de marzo de 1988, mediante el cual se reclasifican las comisiones por pagar sobre ventas al exterior a la compañía Kordit S.A. de Panamá, por igual valor al ya citado".

A juicio de la Sala, el dictamen anterior desvirtúa el proceder administrativo, pues de conformidad con el numeral 3° del artículo 57 del Código de Comercio "cualquier error u omisión se salvará con un nuevo asiento en la fecha en que advirtiere, y si la corrección se efectuó el 24 de marzo de 1988, antes de la presentación de la declaración de renta, es obvio que al salvarse el error, la corrección produce efectos en relación con el ejercicio fiscal de 1987.

Por las razones anteriores, la Sala no acepta la objeción formulada por la apoderada de la Nación.

2. **Costos y gastos "sin soportes" en cuantía de $2.839.240**

El rechazo en cuestión, corresponde a gastos por concepto de "arrendamientos" efectuados a las sociedades Socomar, Arturo Londoño y Cía., París y Asociados, entre otros, y se fundamentó en el hecho de que los comprobantes de contabilidad respectivos carecían de "soporte externo" que los justificara, toda vez que sólo existían "órdenes de pago" (fl. 0718 sello azul c.a.).

Conforme al artículo 1° del Decreto 1495 de 1978, "los documentos que justifican los comprobantes de contabilidad y respaldan las partidas asentadas

en los libros, son de orden interno y externo" y define estos últimos así: "Son de orden externo los documentos q*ue se pro*ducen para registrar operaciones con terceros, como las facturas de ventas, 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 pertinente".

Atendiendo a esta definición de "soporte externo", puede afirmarse, que las "órdenes de pago" o "comprobantes de egreso" constituyen una clase de soporte externo, en la medida en que cumplan los requisitos exigidos por la ley, y demuestren la vinculación con el tercero o beneficiario del pago, es decir, que contengan el recibo, con la identificación y firma del beneficiario del pago o de la persona autorizada para recibirlo, ello de conformidad con el artículo 11 del Decreto 80 de 1984, modificatorio de los incisos 5° y 6° del precitado Decreto 1495.

Ahora, bien, examinada la prueba pericial y más exactamente los anexos del mismo en donde aparecen fotocopias de las respectivas "órdenes de pago" (fl. 103 al 128 libro anexos) y el resumen de los pagos soportados con tales documentos, se observa que si bien cumplen con los requisitos establecidos para considerarlos como válidos, ellos no acreditan la totalidad de la suma rechazada, pues sólo totalizan la suma de $1.697.240, mientras que el rechazo fue de la suma de $2.839.240, por tanto para la Sala, el reconocimiento sólo debe ser parcial, y en consecuencia la decisión del a quo debe ser modificada parcialmente.

3. **Gastos sin relación de causalidad, por valor de $6.060.235**

Dentro del sub lite, la Administración desestimó la deducción en la suma de $6.*060.235,* solicitada por la sociedad actora, argumentando que no constituyen expensas necesarias *para el d*esarrollo del objeto social de la sociedad, toda vez que no tienen relación de causalidad con la actividad productora de renta.

El artículo 107 del Estatuto Tributario, señala que:

"Artículo 107. *Las expensas necesarias son deducibles.* Son deducibles las expensas realizadas durante el año o período gravable en el desarrollo de cualquier actividad productora de renta, siempre que tenga relación de causalidad con las actividades productoras de renta y que sean necesarias y proporcionadas de acuerdo con cada actividad.

"La necesidad y proporcionalidad de las expensas debe determinarse con criterio comercial, teniendo en cuenta las normalmente acostumbradas

en cada actividad y las limitaciones establecidas en los artículos siguientes".

Es claro y determinante el texto del transcrito artículo 107 del Estatuto Tributario, al establecer que para que las expensas sean deducibles se requiere que el gasto sea "necesario", o sea, el normal para producir o facilitar la generación de la renta por parte de la actividad generadora de la misma, y lo acostumbrado en la correspondiente actividad empresarial, vale decir, proporcional de acuerdo a la actividad, y que exista una "relación de causalidad" la cual está referida al vínculo que debe existir entre la actividad productora de renta y el motivo de las expensas.

Este ha sido el sentido de los pronunciamientos de la Sala en las sentencias de marzo 13 de 1992, exp. 3238 Consejera Ponente, doctora Consuelo Sarria Olcos; abril 3 de 1992, exp. 3845, Consejero Ponente, doctor Guillermo Chahín Lizcano; noviembre 6 de 1992, exp. 3886, Consejero Ponente, doctor Jaime Abella Zárate; febrero 17 de 1994, exp. 5214, Consejero Ponente, doctor Guillermo Chahín Lizcano y 3 de marzo de 1995, exp. 6023, Consejera Ponente, doctora Consuelo Sarria Olcos.

Así, pues, la circunstancia señalada por el Tribunal, en el sentido de que los gastos por concepto de "tiquetes aéreos internacionales" de las personas que detalla el acta de inspección contable (fl. 0719 sello azul c.a.) y el dictamen pericial (fl. 22) se encontraban oportuna y debidamente contabilizados, demuestran la realidad del gasto, no cuestionada por la Administración; pero, en manera alguna, la relación de causalidad que originó el rechazo de tales erogaciones, y que constituye requisito esencial para su admisibilidad como deducción.

Por ello, la Sala encuentra válida la objeción que ha formulado la apoderada de la Nación, pues la simple afirmación del demandante, en el sentido de que tales gastos "obedecen a gastos en beneficio de la sociedad", no demuestra la relación de causalidad entre el gasto y la actividad generadora de la renta, por el contrario, demuestra que se trata de un gasto posiblemente "conveniente" pero no necesario, razón por la cual y atendiendo al hecho de que no se demostró en forma clara e inequívoca la relación de causalidad de tales gastos, a juicio de la Sala, fue correcto el proceder de la Administración al glosarlos.

4. **Descuento tributario por valor de $43.124.000**

La Sala, al respecto ha precisado en varias sentencias, como en la del 31 de octubre de 1994, expediente número 5802, actor: Hocol S.A. y del 7 de

septiembre de 1995, expediente número 5958, actor: Thomas de la Rue Transportadora de Valores S.A., que el artículo 37 del Decreto 2503 de 1987, era una norma procesal que regulaba exclusivamente lo concerniente a la corrección de las declaraciones tributarias, y que el artículo 24 de la Ley 52 de 1977, era una disposición de carácter sustantivo por la que se otorgaba el derecho al descuento tributario por renunciar al término de adicionar, razón por la cual no podía darse la hipótesis de las disposiciones "inconciliables" de que trata el inciso 3° del artículo 71 del Código Civil, ni por ende la derogatoria tácita alegada por la Administración. Asimismo, que el artículo 37 del Decreto 2503 de 1987, no reguló "totalmente" la materia de las correcciones, como sí lo hizo la Ley 84 de 1988 (artículo 8°), por lo que hasta la promulgación de esta ley, rigió ininterrumpidamente el artículo 24 de la Ley 52 de 1977, el cual fue expresamente derogado en el artículo 13 de la Ley 88 de 1988. Por consiguiente en este punto la sentencia del Tribunal debe ser confirmada.

5. **Bonificaciones por retiros especiales y otras, por valor de $43.829.811**

Por lo que a este ítem se refiere, se discute la naturaleza de los pagos efectuados por la sociedad actora por concepto de bonificaciones por retiro y otras, con el fin de determinar si estos a la luz de los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, son o no salarios, y por ende dilucidar si respecto de ellos era indispensable efectuar los aportes parafiscales cuya omisión motivó el rechazo por parte de las oficinas de impuestos.

En efecto, de conformidad con el acta de inspección contable, que sirvió de base a la actuación administrativa acusada, la comisión visitadora constató que "Thomas de la Rue S.A. hace los pagos durante el ciclo anual, para el caso, año gravable de 1987, concepto que también fueron pagados en períodos anteriores y posteriores lo que confirma que los pagos no son ocasionales, éstos se repiten algunos frecuentemente en el año y otros son constantes cada año..."

Según el dictamen pericial, las bonificaciones por retiro por valor de $36.443.438, se otorgan por una sola vez a funcionarios que se retiran voluntariamente de la empresa; la bonificación especial por valor de $4.244.699, también por una sola vez con el objeto de estimular el trabajo y el incremento de su productividad y, otras bonificaciones a título de mera liberalidad en la suma de $3.141.074, por un reconocimiento a la observancia del reglamento interno del trabajo.

El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, exige el cumplimiento de dos condiciones simultáneas que excluyen los pagos recibidos por el

trabajador, de la estimación como salario, esto es, a) que sean ocasionales y, b) que se paguen de mera liberalidad. Ello significa que, para que un pago, como es el caso de una "bonificación" no constituya salario, no es suficiente al ánimo liberal con que se otorgue, sino que también se requiere la condición de "ocasional" (no habitual).

El término "habitual" es conforme al diccionario de la lengua y al sentido natural y obvio del vocablo lo "que se hace, padece o posee con continuación y por hábito", esto es, "por la repetición de actos de la misma especie". Entonces, desde que el pago de una de esas prestaciones se haga regularmente y en forma habitual, ya constituye retribución del servicio, y por ende, factor de salario.

Puesto que en el caso debatido, se encuentra demostrado que las bonificaciones glosadas, corresponden a pagos efectuados por la sociedad actora en forma regular y habitual, para la Sala no cabe duda, que ellas constituyen retribución del servicio y por lo tanto, factor de salario, pues como se dijo en acápite anterior, no basta la mera liberalidad o gratuidad del patrono, sino que es indispensable que tales prestaciones, tengan el carácter de "ocasional" o no habitual, circunstancia que no se cumple, motivo por el cual, son factor salarial, y por ende, la actora sobre ellas estaba obligada a efectuar los aportes parafiscales.

Adicionalmente, la Sala observa que la afirmación del apelante en el sentido de que las bonificaciones por retiro, corresponden a una bonificación "adicional" distinta de la contemplada en el artículo 31 de la convención colectiva, no tiene respaldo probatorio, pues el dictamen pericial, al respecto, no hace t*al distin*ción, sino que se limita a precisar que: "las bonificaciones por retiro por valor de $36.443.438, se otorgaron por una sola vez y precisamente a funcionarios que se retiraban de la empresa...".

Así las cosas, la objeción del apelante-apoderado de la sociedad actora a la decisión del Tribunal en este punto, no tiene vocación de prosperidad, por lo que la sentencia al respecto debe ser confirmada.

6. **Rechazo de interés y diferencia en cambio por valor de $65.745.993.00 y pasivos al exterior, por valor de $514.025.908.**

La Administración de Impuestos desestimó costos y gastos por concepto de "intereses de financiación" y "ajuste-pérdida en cambio" efectuados a sociedades extranjeras con apoyo en el artículo 51 de la Ley 9ª de 1983 (hoy artículo 124 del Estatuto Tributario) que prohíbe deducir los pagos efectuados a la casa matriz, al señalar: "Las filiales, subsidiarias, sucursales o agencias en Colombia de sociedades extranjeras no tendrán derecho a deducir de sus

ingresos, a título de costo o deducción, cantidad alguna pagada o reconocida, directa o indirectamente, a sus casas matrices u oficinas del exterior por concepto de gastos..." y la verificada en la inspección contable (fl. 0716 c.a.).

El pasivo, por su parte, fue desestimado con fundamento en lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 75 de 1986 (artículo 287 del Estatuto Tributario) según el cual las deudas que tengan las filiales, agencias o sucursales de sociedades con sus casas matrices o agencias, sucursales de las mismas con domicilio en el exterior, constituyen patrimonio propio de las primeras.

Para la Sala, conforme a las normas sustanciales invocadas por la Administración, esto es, el artículo 51 de la Ley 9ª de 1983 y el artículo 86 de la Ley 75 de 1986, aplicables al año gravable de 1987, es claro que tanto los pasivos como las erogaciones derivados de ellos, de filiales, agencias o sucursales de sociedades con sus casas matrices o agencias sucursales o filiales de las mismas con domicilio en el exterior, son inadmisibles fiscalmente, pues al constituir los primeros "patrimonio propio" y de contera, si el crédito es patrimonio propio, consecuencialmente, éste no puede generar intereses y tampoco diferencia en cambio.

Sin embargo, el artículo 742 del Estatuto Tributario, ordena:

> **"Las decisiones de la Administración deben fundarse en los hechos probados.** 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 aquéllos".

Se refiere así la disposición a los medios de pruebas señalados en el Estatuto Tributario, en el Código de Procedimiento Civil y en el artículo 743 se refiere a la idoneidad de los mismos.

Si bien es cierto que entre los medios de prueba la ley tributaria establece las presunciones, éstas no son otras que las reguladas por los artículos 755-1, 755-2, 755-3, 756, 757, 758, 759, 760, 762 y 763 del Estatuto Tributario, y entre ellos no existe absolutamente ninguna que permita presumir la calidad de subordinada o subsidiaria de una sociedad colombiana con personas jurídicas domiciliadas en el exterior para efectos de dar aplicación al artículo 124 del Estatuto Tributario, este hecho no puede presumirlo la Administración, sino que en aplicación de la norma transcrita debe estar probado plenamente en el expediente.

Por su parte, el artículo 744, señala:

"Oportunidad para allegar pruebas al expediente. Para estimar el mérito de las pruebas, éstas deben obrar en el expediente, por alguna de las siguientes circunstancias:

"1. Formar parte de la declaración:

"2. *Haber sido allegadas en desarrollo de la facultad de fiscalización e investigación,* o en cumplimiento del deber de información conforme a las normas legales:

"3. *Haberse acompañado o solicitado en la respuesta al requerimiento especial o su ampliación* (subraya la Sala).

"...".

En el sub lite la prueba de vinculación económica entre sociedades, que permita afirmar que existe entre la actora y sociedades domiciliadas en el exterior beneficiarias de créditos no fue solicitada por la Administración, pues en el req*uerimiento especial* se indica:

"D. Intereses y demás gastos financieros no procedentes.

Diferencia en cambio préstamos externos afiliados	$14.266.676
Intereses sobre préstamos externos afiliados	$13.711.537

"No se acepta la anterior partida, en razón a que según lo contemplado en el artículo 124 del Estatuto Tributario (Decreto 624 de 1989), no tienen derecho a deducir de sus ingresos a títulos de costo o deducción cantidad alguna pagada o reconocida directa o indirectamente a sus casas matrices u oficinas del exterior, las filiales, subsidiarias, sucursales o agencias en Colombia de sociedades extranjeras".

"La Sociedad THOMAS DE LA RUE DE COLOMBIA S.A., contabilizó y causó en las cuentas 634002 'intereses sobre préstamos EXT afiliados' y 634005 'diferencia en cambio EXT afiliados' gastos que son originados por deudas en moneda extranjera con sus compañías afiliadas del exterior y que no son procedentes según lo establecido en el artículo 124 ya mencionado".

Y al analizar el pasivo con la casa matriz, expresa:

"El artículo 287 del Estatuto Tributario, ha dispuesto que las deudas que por cualquier concepto tengan las agencias, sucursales, filiales o compañías que funcionen en el país para con sus casas matrices extranjeras o agencias o sucursales de las mismas con domicilio en el exterior, se consideran para efectos tributarios como patrimonio propio de las agencias, sucursales, filiales o compañías con negocio en Colombia.

"En consecuencia para efectos tributarios queda establecido que las deudas entre la Sociedad THOMAS DE LA RUE DE COLOMBIA con sus matrices o principales en el exterior son patrimonio propio de la sociedad, esta deuda en consecuencia no puede generar intereses, comisiones o diferencia en cambio deducible para la sociedad establecida en Colombia".

Observa la Sala que se afirma que "queda establecido que las deudas de Thomas de la Rue de Colombia con sus matrices o principales en el exterior" sin existir prueba que permita establecer cuál de las acreedoras es matriz de las sociedades extranjeras accionistas de la actora o de otras acreedoras domiciliadas en el exterior, como sus filiales o subsidiarias o aportantes de capital en las sociedades extranjeras accionistas de la sociedad colombiana, ni en qué proporción.

Además, los artículos 746 y 745 del Estatuto Tributario conceden certeza a los hechos consignados en las declaraciones, las correcciones y respuestas a los requerimientos, a condición de que sobre los mismos no se haya exigido comprobación especial como en el caso sub lite; –advirtiendo, de igual manera, que las deudas originadas en vacíos probatorios existentes al momento de practicar las liquidaciones o fallar los recursos se resolverán a favor del contribuyente– vacío probatorio existente en el sub lite, cuando éste no esté obligado a probar determinados hechos, como los previstos en los artículos 786-791, entre los cuales no se incluye el destinado a establecer la vinculación económica que permita afirmar que existe relación entre sociedades ubicadas en la posición de matriz, filiales o subsidiarias.

Según costa en el certificado expedido por el revisor fiscal –fls. 92 c.p.–, a 31 de diciembre de 1987, las sociedades extranjeras accionistas de la actora lo eran: Thomas de la Rue & Co. Vebass Ltd. Thomas de la Rue International Ltd. y Thomas de la Rue Co. P.L.C., todas domiciliadas en Inglaterra. Por su parte, en el acta de inspección tributaria –fl. 466 c.a.–, al relacionar el pasivo con compañías afiliadas se expresa:

"Cta. cte. Thomas Londres	172.942.936
D.L.R. Systems (LB)	187.166.277
T.D.L.R. Londres (LB)	114.976.807
T.D.L.R. Londres (US)	182.065.266
Préstamo Intercompany	83.367.223
Ints S/n Préstamo Cías. vinculadas	40.427.912

Para la Sala no existe identidad entre la denominación de las sociedades accionistas indicadas en el certificado del revisor fiscal con las señaladas en

el acta de inspección tributaria como acreedoras de la sociedad Thomas de la Rue de Colombia S.A., como tampoco existe prueba documentaria que permita establecer que las acreedoras son accionistas de las inversionistas extranjeras en la sociedad colombiana, para poder afirmar que aquéllas controlan económicamente a éstas, y en consecuencia se da la relación de matriz a filial o subsidiarias, y de subordinada de estas de la sociedad receptora de la inversión extranjera, vale decir, de la sociedad actora.

Disponibilidad diferencia en cambio. Dispone el artículo 124 del Estatuto Tributario:

> "*Los pagos a la casa matriz no son deducibles*. Las filiales, subsidiarias, sucursales o agencias en Colombia son sociedades extranjeras, no tendrán derecho a deducir de sus ingresos, a título de costo o deducción, cantidad alguna pagada o reconocida, 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".

Esta normaque correspondía al artículo 51 de la Ley 09 de 1983 fue reglamentada por el artículo 25 del Decreto 2579 del mismo año, que introdujo además, la no deducibilidad de los pagos por concepto de asistencia técnica, considerando con base en lo dispuesto entonces por el artículo 21 de la Decisión 24 del Acuerdo de Cartagena que cuando la contribución tecnológica fuera suministrada a una empresa extranjera por su casa matriz o por otra filial de la misma casa matriz no se autorizaba pago de regalías, ni deducción alguna para efectos tributarios.

La norma reglamentaria fue demandada y el Consejo de Estado en sentencia del 3 de agosto de 1990, expediente 2319, actor Jaime González Bendiksen, estimó que el reglamento no podía incluir una restricción no prevista en el artículo 51 de la Ley 09 de 1983, norma superior invocada por el demandante como violada, y declaró la nulidad de la expresión "asistencia técnica".

Este hecho permite concluir que los únicos pagos que no tienen reconocimiento tributario son los expresamente enumerados en el artículo 51 de la Ley 09 de 1983 y los costos y gastos financieros, así como la diferencia en cambio por deudas entre el mismo tipo de imbricadas extranjeras, a partir de 1990 (artículo 15 de la Ley 49 de 1990), salvo las excepciones expresamente señaladas en el artículo 124-1 del Estatuto Tributario.

Por consiguiente, en este punto la decisión del Tribunal debe ser revocada.

7. **Retenciones en la fuente, por valor de $17.299.729**

La comisión visitadora de la Administración de Impuestos glosó por concepto de retenciones en la fuente, la suma de $17.299.729, así:

a) No presentación de certificados en cuantía de $9.178.587

b) Certificados expedidos a nombre de La Rue TRANSPORTADORA DE VALORES, en cuantía de $247.472

c) Con respecto al agente retenedor número 73 de la relación "Corporación de Ahorro y Vivienda Concasa" en el total de retenciones se trasladó la base más no el valor retenido así.

TOTAL BASE	$7.935.675
TOTAL RETENCION	$96.876
DIFERENCIA A DESCONOCER	$7.838.799

d) Certificado expedido por el Agente Retenedor número 156 de la relación, se incluyó uno que corresponde al período gravable de 1988 por $34.871.

En materia de retenciones en la fuente, la "prueba especial" como lo tiene dicho la jurisprudencia de la Corporación, no tiene implicaciones de prueba única, por cuanto se refiere al medio demostrativo idóneo, como los "certificados" o subsidiariamente "el original, copia o fotocopia auténtica de la factura donde conste el pago, siempre y cuando en él aparezcan identificados los conceptos señalados en el artículo 381 del Estatuto Tributario. También, se ha aceptado que la contabilidad es medio probatorio hábil al efecto, estando en forma, esto es que entre otros requisitos cumpla el de los soportes internos y externos, en la forma que los define el artículo 1° del Decreto 1495 de 1978.

En el sub lite, para desvirtuar el proceder administrativo la demandante, ahora apelante, se ha remitido a la prueba supletoria que consagra el parágrafo 1° del artículo 381 del Estatuto Tributario, y al dictamen pericial, el cual en su concepto fue valorado en forma "parcial" por el Tribunal, y además no tuvo en cuenta los anexos del mismo (anexos 153 a 177).

Al respecto, los peritos aclaran, que la sociedad registra el monto de las "retenciones en la fuente" cuando recibe efectivamente el pago de las facturas, y verificaron, que las retenciones en la fuente contabilizadas durante el año gravable de 1987, ascendieron a la suma de $86.285.827, de las cuales $68.986.361.00 estaban debidamente comprobadas según archivo de la sociedad y relación de la Administración de Impuestos; y que las "retenciones en la fuente que efectivamente se le practicaron a Thomas de la Rue de Colombia S.A. por el año gravable de 1987, debidamente contabilizadas y respaldadas por los comprobantes internos y externos de contabilidad seleccionado por muestreo estadístico (...) ascendieron a $86.285.827.00 y, finalmente conceptuaron que:

"...aunque no estén debidamente comprobadas las retenciones en LA FUENTE PRACTICADAS a la sociedad actora, mediante los certificados,

el valor registrado en los libros de contabilidad respaldado por los comprobantes internos y externos, reflejan de manera real y fidedigna el valor efectivamente retenido a THOMAS DE LA RUE DE COLOMBIA S.A., por el año gravable de 1987".

Teniendo en cuenta lo anterior, así como los anexos que lo respaldan (seleccionados por muestreo estadístico), la Sala considera que es procedente aceptar parcialmente el cargo, esto es, respecto de la suma señalada en el literal a) de la actuación administrativa, asumiendo que no obstante encontrarse sin "certificados" están respaldados por los respectivos comprobantes internos y externos que los justifican, tal y como lo informan los peritos; no así, con relación a las demás sumas descritas en los literales b), c) y d), habida cuenta, que las inconsistencia que motivaron la glosa, no aparecen desvirtuadas en tal prueba, pues sobre ello, nada se dijo, por tal razón y al no haberse desvirtuado la actuación administrativa, sino de manera parcial, la sentencia del Tribunal en lo que a este punto se refiere, debe ser modificada en forma parcial.

8. **Sanción por libros de contabilidad**

Según los actos acusados, la sanción por libros de contabilidad, obedeció a dos aspectos, la falta de soportes externos, respecto de los gastos por concepto: de arrendamientos (artículo 655 del Estatuto Tributario), y no llevar los libros de contabilidad en forma que permitan verificar o determinar los factores necesarios para establecer las bases de liquidación de los impuestos (literal e) del artículo 654 del Estatuto Tributario, antes numeral 3° del artículo 34 del Decreto 2821 de 1974), respecto de las glosas relacionadas con "gastos de otras vigencias" y "comisiones" y "retenciones en la fuente".

Si bien, como ha quedado establecido, en cuanto a la deducción por concepto de arrendamientos, el supuesto de hecho que la originó fue desvirtuado en el dictamen pericial, quedando sin piso la causal sobre la "falta de soportes"; no ocurre lo mismo, con relación a los gastos de otras vigencias la cual fue aceptada por el demandante por lo que la sanción por libros debe mantenerse, pues no es exacto lo afirmado por el Tribunal, en el sentido de que la sociedad no se encontraba incursa en ninguna de las causales consagradas en el artículo 654 del Estatuto Tributario. Por tanto en este aspecto, la decisión apelada también debe ser modificada.

9. **Sanción por inexactitud por valor de $78.758.000**

Respecto a esta sanción, la Sala observa que debe mantenerse en lo referente a los siguientes puntos: bonificaciones, y parcialmente en las retenciones en la fuente, puntos respecto de los cuales se configuran las conductas consagradas en el artículo 647 del Estatuto Tributario como constitutivas de inexactitud, puesto que se trata de deducciones improcedentes, no así, con relación a los gastos sin relación de causalidad, los cuales a juicio

de la Sala, se ha configurado la diferencia de criterios, que alega el demandante y que de conformidad con el inciso 6° de la precitada norma, es exonerativa de la sanción por inexactitud.

10. **Reajuste del anticipo para el año gravable de 1988**

La Sala comparte la decisión del a quo al respecto, por lo que se mantendrá en la forma en que fue liquidado por aquél, y que corresponde al valor liquidado por la sociedad actora en su liquidación privada, porque la determinación del anticipo no hace parte de la liquidación de revisión, como lo ha señalado la Sala en reiterada jurisprudencia, como lo expresó en sentencia de 5 de febrero de 1993, en la cual se dijo:

"No queda duda entonces que el 'anticipo' forma parte de la liquidación privada del contribuyente, tanto que la mora en su pago genera intereses en igual forma que la causa el no pago oportuno del impuesto. Asimismo, la equivocación que en su liquidación incurra el contribuyente, puede ser corregida por la Administración.

"Pero indudablemente, la determinación del anticipo debe hacerse sobre la liquidación privada del impuesto, pero no en la liquidación de revisión sobre el impuesto definitivo por las siguientes razones:

"1. Porque evidentemente una vez transcurrido el término que tiene el contribuyente para presentar la declaración de renta por una vigencia gravable, sumado el plazo de que goza la Administración de Impuestos para practicar la liquidación de revisión la situación económica del contribuyente para la vigencia gravable siguiente a la declarada ha dejado ser hipotética o incierta, pues ya ha fenecido el ejercicio *impositivo*, ya se ha presentado o ha debido presentarse la declaración de este otro ejercicio y cuantificado, por lo menos previamente el impuesto, caso en el cual la presunción establecida por la ley, de 'ingreso futuro', ha desaparecido para dar paso a una cuantificación real de los hechos económicos del sujeto pasivo de la obligación tributaria.

"2. Porque la determinación del anticipo no puede hacer parte de la liquidación de revisión, ya que ésta sólo puede comprender de acuerdo con el proveído del artículo 49 de la Ley 52 de 1977 vigente entonces, (hoy artículo 712 del Estatuto Tributario), el período gravable correspondiente, y no hay duda que el período fiscal por el cual se practicó la liquidación acusada es el año 1985, distinto del año 1986 y en manera alguna, dada la independencia de las anualidades fiscales el acto administrativo puede abarcar vigencias distintas.

"3. Porque precisamente el acto administrativo de determinación de impuestos que constituye la liquidación oficial del impuesto se efectúa

con base en los hechos probados que aparezcan en el expediente, mientras que el anticipo es un cálculo hipotético sobre hechos futuros.

"No hay duda entonces que cuando la Administración de Impuestos en el acto administrativo de liquidación oficial del tributo de 1985, (liquidación número... de fecha...) determina un anticipo fiscal para el año de 1986, incluyéndolo como factor de liquidación de revisión, excede la voluntad de la ley y por tanto, debe anularse en lo pertinente" (expediente 4454, actor: Seguros Comerciales Bolívar S.A. Consejero Ponente, doctor Guillermo Chahín Lizcano).

En consecuencia procede la siguiente liquidación de impuestos:

THOMAS DE LA RUE DE COLOMBIA S.A.

NIT: 860.005.080

AÑO GRAVABLE 1987

Concepto	Base imponible impuesto	
Renta:		
Líquida gravable según sentencia apelada	1.097.896.000	
Menos: reconocimiento deducción, intereses y diferencia-cambio	65.745.993	
Más: reconocimientos revocados gastos sin relación y retención (parcial)	14.190.277	
Renta líquida gravable ahora determinada	1.046.340.284	
Impuesto sobre la renta gravable (32%)		$334.829.000
Menos: descuentos tributarios		$6.313.000
Impuesto neto de renta		$328.516.000
Más: sanción por inexactitud		$26.599.000
Más: sanción por libros de contabilidad		$32.400.000
Total a cargo		$387.515.000
Menos: Retenciones en la fuente (incluido valor aceptado)		$78.165.000
Menos: anticipo por el año gravable de 1987		$239.508.000

Más anticipo por el año gravable de 1988	$145.706.000
Total saldo a pagar	$215.548.000
Patrimonio:	
El líquido a 31 de diciembre de 1988	
según liquidación oficial	$4.367.663.000
Menos: pasivo al exterior aceptado	$ 514.025.908
Patrimonio líquido ahora determinado	$3.853.637.000

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

FALLA:

1°. CONFÍRMASE, el numeral 1° de la sentencia apelada, y

2°. REVÓCASE, el numeral 2° de la misma el cual quedará así:

FIJASE, en la suma de TRESCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS QUINCE MIL PESOS ($387.515.000) MONEDA CORRIENTE. El Valor Total del impuesto de renta complementarios y sanciones a cargo de la Sociedad Thomas de la Rue de Colombia S.A., NIT: 860.005.080, por el año gravable de 1987. De esta suma se restarán los valores correspondientes a la retención en la fuente reconocida en esta providencia, así como el valor del anticipo del año gravable de 1987; a la diferencia se sumará el valor del anticipo determinado para el año gravable de 1988, conforme a la liquidación practicada en la parte motiva de la misma.

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

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

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Rafael Arenas Angel, Conjuez –ausente–; Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

PRUEBA TESTIMONIAL Y PRUEBA DOCUMENTAL - Eficacia / PATRIMONIO BRUTO - Conformación

No se violó el artículo 752 del Estatuto Tributario, conforme al cual la prueba testimonial no es admisible para demostrar hechos que de acuerdo con normas generales o especiales no sean susceptibles de probarse por dicho medio, ni para establecer situaciones que por su naturaleza suponen la existencia de documentos o registros escritos; por cuanto el testimonio no fue la única prueba tenida en cuenta por la Administración, sino que existen otras pruebas documentales, como cheques y certificaciones de las Corporaciones y del propio contribuyente que demuestran de manera clara e inequívoca, que el certificado de ahorro a plazo fijo fue constituido por el contribuyente a nombre de la testigo, corresponde a un bien poseído por el contribuyente a 31 de diciembre de 1988, a pesar de las maniobras que efectuó al final del período gravable para excluirlo de su patrimonio bruto.

DOCUMENTO PUBLICO - Valor probatorio / ESCRITURA PUBLICA - Valor probatorio / FACULTAD DE FISCALIZACION - Administración tributaria / VALOR PATRIMONIAL DE INMUEBLE - Valor a declarar

Es evidente que el Tribunal no tuvo en cuenta las evidencias según las cuales ha quedado desvirtuado el precio de adquisición del inmueble de que trata la escritura pública respectiva. Lo anterior, no significa que se desconozca el valor de documento público que contiene la escritura pública del 28 de diciembre de 1988, pues lo que aconteció fue que la Administración con base en sus facultades de fiscalización, a través de las cuales le corresponde entre otras funciones "adelantar las investigaciones que estime convenientes para establecer la ocurrencia de hechos generadores de obligaciones tributarias, no

declaradas" determinó el precio real de la compraventa de que da cuenta tal escritura pública, a través de los medios de prueba señalados en la legislación tributaria, entre los que se encuentra la prueba testimonial y documental, los cuales, precisamente, utilizó la Administración en el presente caso. Así las cosas, determinando el precio real de la compraventa del inmueble mencionado, este era el valor patrimonial que, en el presente caso, correspondía declarar al contribuyente, de conformidad con los artículos 277 del Estatuto Tributario armónico con el artículo 69 ibídem, puesto que se trata de activos fijos, y que tal valor era superior del avalúo catastral, por lo que fue correcto el proceder de adicionar la diferencia establecida.

ADMINISTRACION TRIBUTARIA - Deberes / FACULTAD DE FISCALIZACION - Administración tributaria / LEY TRIBUTARIA - Interpretación

Es función intrínseca de la Administración Tributaria, vigilar por la recta aplicación de las normas reguladoras de los impuestos administrados por ella y en uso de tal deber le corresponde estar atenta a que los sujetos pasivos de la obligación, no la infrinjan directamente ni a través de operaciones que aunque virtual o aparentemente legales tengan como objeto menguar los intereses del fisco que la doctrina conoce como elusión tributaria. La interpretación de la ley tributaria no puede atenerse a la verdad formal, debe buscar siempre la verdad real en la determinación de la carga impositiva que corresponde pagar a sus administrados, pues de no ser así su acción resultaría nugatoria. El art. 31 de la Ley 52 de 1977 que cita el apoderado como violado por la actuación administrativa, ciertamente enseña a los funcionarios de impuestos, el principio de actuar con un "relevante espíritu de justicia" y tiene como fundamento la premisa de que "el Estado no aspira a que el contribuyente se le exija más de aquello con lo que la misma ley ha querido que coadyuve a las cargas públicas de la Nación". NOTA DE RELATORIA: Reiteración Jurisprudencial del 2 de marzo de 1990, Expediente 1957, Ponente doctor Jaime Abella.

VALORIZACION DE INMUEBLE - Inexistencia / VALOR PATRIMONIAL DE INMUEBLE - Valor declarado / INCREMENTO PATRIMONIAL DE INMUEBLE - No declarado

Si bien la Sala no está de acuerdo con el Tribunal, se comparte la decisión, toda vez que quien violó el precitado artículo 277 del Estatuto Tributario, fue el contribuyente, puesto que al examinar el anexo "relación de activos fijos" de la declaración de renta del año gravable de 1988, se observa que el valor patrimonial declarado fue la suma de $ 2.679.348 luego mal puede el contribuyente alegar la valorización por efecto del avalúo catastral, cuando tal valorización no fue declarada, pues debía declarar como valor patrimonial del inmueble la suma de $ 3.288.630, pero la realidad es que tal incremento no se declaró, razón por la cual tal circunstancia no es válida como factor de justificación patrimonial.

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

Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Delio Gómez Leyva.*

Referencia : Expediente número 7159.

Actor: Jorge Eliécer Barón Ortiz.

Impuesto-Renta.

FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de las partes, demandante; Jorge Eliécer Barón Ortiz, demandada; La Nación-Unidad Administrativa Especial-Dirección de Impuestos Nacionales y de Aduanas, contra la sentencia del 9 de marzo de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por la cual acogió parcialmente las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el citado contribuyente para impugnar la operación administrativa a través de la cual la Administración de Impuestos Nacionales-Personas Jurídicas- de Santa Fe de Bogotá, le determinó el impuesto de renta y complementarios correspondiente al año gravable de 1988.

ANTECEDENTES

El contribuyente Jorge Eliécer Barón Ortiz presentó su declaración de renta y complementarios por el año gravable de 1988, el día 11 de octubre de 1989, en el Banco de Bogotá, Oficina Unicentro, de la ciudad de Bogotá, radicada bajo el número 0104704001272-0 en cuya liquidación privada determinó el impuesto de renta a su cargo en la suma de $ 7.346.000.

La Administración de Impuestos Nacionales-Personas Naturales- de Santa Fe de Bogotá, con apoyo en acta de inspección contable, requerimiento ordinario, requerimiento especial y respuesta dada por el contribuyente a estos requerimientos, modificó la liquidación privada anterior, al adicionar al patrimonio declarado la suma de $ 278.165.108,20 correspondiente a los siguientes activos omitidos: a) Inversiones; b) Divisas; c) Activos fijos; d) Construcciones no declaradas; e) Bienes inmuebles no declarados. Como consecuencia de estas adiciones, determinó la renta líquida gravable por el sistema especial de comparación de patrimonios consagrado en el artículo 236 del Estatuto Tributario; así mismo, aplicó sanción por inexactitud respecto al mayor valor del impuesto de patrimonio generado, y por último, efectuó reajuste del anticipo para el año gravable de 1989.

Dentro de la oportunidad legal, el contribuyente interpuso recurso de reconsideración a través del cual objetó todas las adiciones efectuadas al patrimonio, aclarando que lo relacionado con los "bienes inmuebles no declarados" habían sido incluidos en la corrección a la declaración de renta del 29 de octubre de 1991, en la que además se había incluido la respectiva sanción por omisión de activos. También advirtió el hecho de que no se le había tenido en cuenta la conciliación patrimonial presentada con la respuesta al requerimiento especial, así como las valorizaciones efectuadas en sus inmuebles. Igualmente objetó el mayor valor determinado por concepto de anticipo para el año gravable siguiente y la sanción por inexactitud.

A través de la Resolución número 603169 del 25 de mayo de 1993, la División de Recursos Tributarios de la misma Administración, resolvió el recurso incoado, aceptando la inconformidad del recurrente en lo relacionado con la adición de divisas, motivo por el cual modificó la liquidación de revisión recurrida, para lo cual practicó nueva liquidación de impuestos.

LA DEMANDA

Ante la jurisdicción el apoderado judicial del contribuyente menciona como violadas las siguientes disposiciones:

1°. Artículos 752, 261, 263, 268 y 745 del Estatuto Tributario (Adición-certificado depósito a plazo fijo).

Adujo el accionante que se presenta transgresión al adicionarse el patrimonio con la suma de $ 67.000.000, desvirtuando la presunción legal del artículo 263 del Estatuto Tributario de quien aparezca como propietario o usufructuario de un bien, lo aprovecha económicamente para su propio beneficio.

También que de acuerdo con el artículo 752 del Estatuto Tributario la prueba testimonial es improcedente en cuanto existe un documento que constituye

plena prueba respecto de quien radica la titularidad de los $ 67.000.000. Igualmente, que la Administración en su afán de fiscalización ha fraccionado la investigación y las pruebas ignorando todo lo que favorece al contribuyente y acomodando los hechos y pruebas a sus propios intereses, violando el espíritu de justicia.

2°. Artículos 277 y 752 del Estatuto Tributario; 6°, 251 y 252 del Código de Procedimiento Civil. (Adición- activos fijos).

Que se adicionó el precio de la casa situada en la calle 118 número 14A-15 de Bogotá de $ 8.000.000 a $ 51.500.000 tomando como base dos declaraciones juramentadas, pero que éstas no suplen las de otras dos personas, vendedores, ya que se exige que la diligencia testimonial sea rendida personalmente y que además la División de Liquidación calló todo lo relacionado a la categoría de documento público que la misma ley le ha dado a la escritura pública porque ni siquiera supletivamente se puede acudir a otra clase de pruebas. Además porque es imperioso tener en cuenta lo prescrito en el artículo 6° del Código de Procedimiento Civil en cuanto las normas procesales son de orden público y de obligatorio cumplimiento.

En lo referente a la adición al patrimonio por mejoras efectuadas en inmuebles rurales, también señala que la Administración violó el artículo 277 del Estatuto Tributario por aplicación indebida, pues está consolidando a Jorge Barón Ortiz y Jorge Barón Televisión Ltda. como una sola persona.

3°. Artículos 236, 649, 709-1 y 789 del Estatuto Tributario.

Señaló que con Fundamento en los artículos citados y el artículo 49 de la Ley 49 de 1990, su patrocinado con oportunidad de la respuesta al requerimiento especial, corrigió las declaraciones de renta de 1987 y 1988, y así desvirtuó la diferencia patrimonial por lo que se viola el ordenamiento aludido ya que el inciso final (sic) del artículo 236 establece la salvedad para no aplicar el sistema de comparación patrimonial cuando el contribuyente demuestre que el aumento obedece a causas justificativas y que el artículo 701-1 (Ley 49/90), acepta como causa justificativa la invocación de la existencia del patrimonio con anterioridad al año base para establecer la mencionada comparación y cuando con motivo de la respuesta al requerimiento especial se acredite el pago del 5% del valor en que se haya disminuido el patrimonio por cada año en que se compruebe inexactitud (artículo 649).

También insiste en la violación del artículo 277 del Estatuto Tributario por cuanto la Administración desconoció y dejó de aplicar la norma, aunque esta vez respecto del inmueble de la carrera 15 bis No. 109-81 de Bogotá.

4°. Artículos 777, 786 y 789 del Estatuto Tributario.

Argumentó el accionante que la Administración violó las normas citadas en la medida en que no acepta las valorizaciones de activos en las sociedades en las cuales es socio su representado, valorizaciones que se reflejan en el aumento patrimonial de las participaciones en el período de 1987 al período de 1988, ni tampoco los ingresos que no constituyen renta ni ganancia ocasional correspondiente a las participaciones, ni la renta líquida gravable susceptible de ser capitalizada, montos que aparecen relacionados en las páginas 19 y 20 del recurso y 22 de la contestación al requerimiento especial.

5°. Artículos 634, 635, 730, 803, 812 y 828 del Estatuto Tributario.

Por cuanto la Administración en su liquidación oficial, erróneamente estableció un mayor anticipo a pagar de $ 40.322.625, que posteriormente, con motivo del recurso de reconsideración, al corregir su error, reconoció que el pago del anticipo no era procedente; por lo tanto, desaparecida la obligación principal o capital, por la misma autoridad que la estableció, es apenas lógico y elemental que debe desaparecer la accesoria, esto es, la del pago de intereses.

Concluye que con esta actuación la administración ha violado los artículos 634, 635, 803 y 812 del Estatuto Tributario, al exigirle a su representado el pago de intereses que no son exigibles, aplicando indebidamente el artículo 828, y al proferir un fallo contradictorio en el que la parte resolutiva no se ajusta a lo expuesto en la parte motiva, se ha violado la norma e incurrió en nulidad del numeral 6° del artículo 730 del Estatuto Tributario.

6°. Artículos 647 del Estatuto Tributario.

Indicó que es evidente la violación de dicha disposición cuando la Administración sostiene que su representado desfiguró las bases gravables consignadas en las declaraciones de 1987 y 1988, porque lo que hizo fue presentar declaración de corrección por segunda vez, acogiéndose a lo preceptuado en los artículos 709 y 709-1 del Estatuto Tributario, siendo última norma especial aplicable a los casos en los que se invoque una causal justificativa que demuestre la existencia de patrimonio omitido con anterioridad al año base para establecer la comparación patrimonial, que la norma, reitera, es especial y expresa, no condicionada a lo preceptuado en el artículo 588, por el contrario, es complementaria del 709, aplicable, únicamente, a los casos en que el requerimiento especial se proponga determinar la renta por el sistema especial de comparación patrimonial, exigiendo el cumplimiento de requisitos especiales, y a ese artículo se acogió su representado como lo demostró con la respuesta al requerimiento especial.

7°. Artículo 683 del Estatuto Tributario.

Sostuvo, por último, el apoderado del actor, que la Administración violó la norma en la medida que rechaza las argumentaciones de su representado, omite referirse a ellas y le impone el pago por varios conceptos tributarios, sin que exista una causa o fundamento legal para ello.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca encontró probados los cargos referentes a las adiciones al patrimonio de inversiones-CAPF- ($ 67.000.000); activos fijos ($ 43.500.000); anticipo (intereses) y sanción por inexactitud (parcial), así:

El primero, porque los actos acusados transgreden el artículo 752 del Estatuto Tributario que inadmite la prueba testimonial para demostrar hechos que por su naturaleza suponen la existencia de documentos o registros escritos, circunstancia que aunada al Oficio No. B-25-0055 de enero 16 de 1991, del Banco de Colombia, y del extracto de la cuenta de ahorros de Granahorrar del contribuyente, hacen ineficaz el testimonio rendido por la señora Aminta Ortiz Figueroa, titular del CAPF a 31 de diciembre del año gravable de 1988.

El segundo, porque la actuación administrativa violó los artículos 277 y 67 del Estatuto Tributario, en la medida en que se desestimó el costo de adquisición del inmueble ubicado en la calle 118 No. 14A-15 de Bogotá, determinado en la escritura pública número 3.074 del 28 de diciembre de 1988, en la suma de $ 8.000.000.

Respecto al tercero, el Tribunal aceptó el cargo, en razón a que desaparecida la obligación principal, esto es, el reajuste del anticipo, desaparece la obligación accesoria relacionado con el pago de intereses, agregando, que de conformidad con el artículo 634 del Estatuto Tributario al no encontrarse en firme la liquidación oficial a la época de la imposición de los intereses, su cobro, es improcedente.

El cuarto, atinente a la sanción por inexactitud, estimó que esta debía ser modificada, reduciéndose, teniendo en cuenta la prosperidad de algunos cargos.

Los restantes cargos, correspondientes a: adición de mejoras (construcciones no declaradas), determinación de la renta por comparación patrimonial (corrección-declaración), valorizaciones, e ingresos no constitutivos de renta ni de ganancia ocasional, el Tribunal los desestimó, así:

El primero, porque no se demostró, conforme al artículo 790 del Estatuto Tributario, el hecho alegado, y porque como lo advirtió el Procurador Tercero

Delegado, el contrato de ejecución de la obra demuestra que el contratante de las obras ejecutadas es el contribuyente y no la sociedad Jorge Barón Televisión Ltda.

El segundo, porque el contribuyente no podía corregir la declaración de renta del año gravable de 1987, con ocasión del requerimiento especial del año gravable de 1988, por encontrarse fuera de la oportunidad legal.

El tercero, por cuanto los bienes no aparecen discriminados en el denuncio rentístico, y porque los recibos del impuesto predial figuran a nombre de una persona diferente del contribuyente.

El último, referente a los ingresos no constitutivos de renta ni de ganancia ocasional, por cuanto están comprendidos dentro de la renta capitalizada, no obstante, aceptó el valor correspondiente a las participaciones.

EL RECURSO DE APELACION

Los apoderados judiciales de las partes apelaron la sentencia, en los siguientes términos:

Parte demandada:

1. INVERSIONES (DAPF)

La conclusión del Tribunal de que se violó el artículo 752 del Estatuto Tributario por cuanto se admitió la prueba testimonial en detrimento del oficio del Banco de Colombia sobre la constitución y cancelación del CAPF, es equívoca, porque lo que ha hecho la Administración es valorar en conjunto el acervo probatorio del cual emerge que la finalidad del contribuyente Jorge Barón fue el de afectar sus depósitos bancarios a fin de no mostrar el verdadero saldo a 31 de diciembre del año gravable en discusión, pues se probó, igualmente, que el dos (2) de enero del año siguiente la misma suma vuelve a su patrimonio, incrementada con los respectivos rendimientos financieros, y que la titular del certificado negó tener conocimiento de ello, según declaración juramentada.

2. ACTIVOS FIJOS (Diferencia precio de compraventa y escritura pública).

Consideró criticable la decisión del a quo al desestimar como cierto el costo de adquisición del inmueble, porque de los testimonios rendidos por los vendedores se estableció que el precio real de la venta fue de $ 51.000.000 y no de $ 8.000.000, como se expresó en la escritura, por sugerencia del comprador (Jorge Barón), sumado al hecho de que sería imposible encontrar un inmueble de las características y ubicación (Calle 118 No. 14A-15) por el precio irrisorio de $ 8.000.000, por lo que concluyó que el fallo del Tribunal desconoció el

principio de apreciación en conjunto de la prueba. Citó sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 4 de marzo de 1991.

3. ANTICIPO

Según la Subdirección Jurídica de la Dirección de Impuestos Nacionales, no hay lugar a la cancelación del mayor valor del anticipo determinado en el acto oficial, cuando se ha cancelado la liquidación privada del año siguiente, pero también ha dicho, que se generan intereses moratorios sobre el mayor valor del reajuste del anticipo, desde que fueron exigibles.

Parte demandante:

1. Liquidación de impuestos por el sistema de comparación patrimonial

El contribuyente con motivo de la contestación al requerimiento especial corrigió su declaración de renta por el año gravable de 1988, radicada con el número 01004707003081-0 el 29 de octubre de 1991, en la cual se incluyeron los activos omitidos, se efectuó la conciliación patrimonial y se pagó la respectiva sanción, todo de acuerdo con lo estipulado en los artículos 709, 709-1 (Ley 49/90) y 649 del Estatuto Tributario, y de acuerdo con los presupuestos legales, por lo que resulta ilógico que la Administración en la liquidación de revisión la acepte, para luego en la resolución que resolvió el recurso, la hubiese considerado "improcedente e inaceptable". Agregó, que la corrección de la declaración correspondiente al año de 1987 se efectuó para tener una referencia de los activos omitidos, pero que ella en nada afecta la corrección que por el año de 1988, efectuó el contribuyente dentro del término legal.

2. Desconocimiento de valorización de inmueble

Considera que el Tribunal, desconoció las pruebas aportadas, como el anexo de la relación de bienes inmuebles, donde se discriminan: la dirección, avalúo catastral, y el valor declarado de cada inmueble. En cuanto a los recibos del predial, indicó, que el argumento es inconsistente, por cuanto la validez de estos no depende del hecho de que se encuentre expedido a favor del actual propietario, sino del que figure; la dirección, el registro catastral, el avalúo, el valor pagado y el nombre del propietario, pero el que aparece generalmente es el del propietario anterior, como ocurrió en el caso del contribuyente Jorge Barón, en cuyos recibos aparece el nombre de la sociedad Certiz Ltda., no obstante que el propietario es el primero.

3. Desconocimiento de ingresos no constitutivos de renta ni de ganancia ocasional, como justificación del aumento patrimonial.

Solicitó, al respecto, tener en cuenta las pruebas aportadas en las diferentes etapas del proceso que prueban que la Administración no tuvo en cuenta los

ingresos que no constituyen renta ni ganancia ocasional correspondiente a las "participaciones" ni la renta líquida gravable susceptible de ser capitalizada, montos que aparecen en la página 22 de la contestación al requerimiento especial y folios 19 y 20 del recurso de reconsideración.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Parte demandada:

1. Adición al patrimonio (Inversión CAPF)

El contribuyente utilizó un mecanismo consistente en trasladar al final del año (28 de diciembre) parte de su dinero existente en la cuenta número 1200-300001-4 de la Corporación Granahorrar a un familiar suyo no obligado a declarar (Aminta Ortiz Figueroa) quien constituyó un certificado a término fijo por el término de cinco días, con el fin de disminuir su patrimonio líquido en 31 de diciembre del año gravable, pero la Administración estableció que tal operación fue simulada, puesto que en la declaración juramentada, la mencionada señora, negó el hecho, y tal suma al cabo de los cinco días regresó al patrimonio del contribuyente. Por ende, procede la adición puesto que las pruebas recaudadas desvirtúan la transacción que le sirvió de fundamento al actor para no declarar la suma discutida.

2. Adición al Patrimonio (compraventa inmueble).

Respecto del valor de la compraventa realizada sobre el inmueble ubicado en la Calle 188 Nro. 14A-15 en la que el contribuyente fue comprador, se dan los mismos presupuestos del punto anterior, ya que la escritura pública se corrió por la suma irrisoria de $ 8.000.000, pero la Administración mediante seguimiento de los cheques girados por el comprador y declaraciones juramentadas de los vendedores estableció que el valor real de la venta fue la suma de $ 51.500.000, por lo que su representada al adicionar la diferencia entre el precio de la escritura y el valor real de la transacción, obró conforme a derecho.

Concluyó, que en el caso de autos es imperativo acatar la verdad real sobre la formal, aspecto sobre el cual transcribió apartes de sentencia de la Corporación del 2 de marzo de 1990.

Parte demandante:

No presentó alegato de conclusión en la segunda instancia del proceso.

MINISTERIO PUBLICO

No intervino en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Adición al patrimonio bruto declarado de:

Inversiones (CAPF).

Observa la Sala, que la Administración de Impuestos adicionó al patrimonio bruto declarado por el contribuyente a 31 de diciembre del año gravable de 1988, la suma de $ 67.000.000, correspondiente al certificado de ahorro a plazo fijo (CAPF), número 096877, suscrito el 28-12-88 a nombre de la señora Aminta Ortiz Figueroa, con fecha de vencimiento 02-01-89, del Banco de Colombia -Sucursal Unicentro- de Bogotá, al considerar que el contribuyente utilizó el nombre de dicha señora para excluir de su patrimonio a 31 de diciembre del año gravable de 1988, tal cantidad de dinero.

A la anterior conclusión llegó la Administración, luego de la investigación adelantada, a través de la cual estableció que el título fue constituido con el Cheque No. B-6094838 cuyo ordenante es el señor Jorge E. Barón, según comunicación de diciembre 28 de 1988, dirigida a la Corporación Granahorrar Sucursal Unicentro- de Bogotá, en la cual expresa "De acuerdo a nuestra conversación telefónica del día de ayer, atentamente le ruego girar de mi cuenta personal un cheque por valor de $ 67.000.000 a favor de la señora Aminta Ortiz Figueroa, quien se identifica con la cédula de ciudadanía número 28.795.401 de Lérida..." (fls. 383 al 465 c.a.).

Así mismo, que el certificado fue cancelado, mediante cheque No. 7129739 por valor de $17.162.739 a nombre de Jorge Barón Ortiz y con la constitución de un certificado de depósito a término No. 18000715-6 a su nombre por valor de $ 50.000.000, es decir, que la suma inicialmente retirada volvió al patrimonio del contribuyente incrementada con los intereses generados, esto es, la suma de $162.739.

Y, que en declaración juramentada la señora Aminta Ortiz manifestó que "...el único bien poseído a 31 de diciembre de 1988, es un lote proindiviso avaluado en la suma de dieciocho millones de pesos ($18.000.000), que no obtuvo ingresos ni deudas, que no declara y que no tenía conocimiento del certificado de ahorro a plazo fijo referido ni ordenó su cancelación, y en general ignoraba las transacciones (...) realizadas por su sobrino..."

Para desvirtuar lo anterior, el contribuyente adujo dos violaciones; una, que se violó la presunción legal consagrada en el artículo 263 del Estatuto Tributario, porque quien aparece como propietario de un bien se presume que lo usufructúa económicamente; y dos, que se violó el artículo 752 ibídem, por cuanto el testimonio de la señora Aminta Ortiz Figueroa, no es válido para

demostrar la titularidad del certificado de ahorro a término fijo, el cual consta en documento que es plena prueba.

En sentir de la Sala, contrario a lo argumentado por el Tribunal, no se dan tales violaciones, por lo siguiente:

Según el artículo 261 del Estatuto Tributario "El patrimonio bruto está constituido por el total de los bienes y derechos apreciables en dinero poseídos por el contribuyente en el último día del año o período gravable".

El artículo 263 ibídem, define lo que debe entenderse por "posesión" señalando como tal "el aprovechamiento económico, potencial o real, de cualquier bien en beneficio del contribuyente" y en el inciso 2° consagra una presunción legal, según la cual "quien aparezca como propietario o usufructuario de un bien lo aprovecha económicamente en su beneficio".

Se colige entonces, que la Administración al adicionar al patrimonio bruto declarado por el contribuyente, el valor del certificado de ahorro a plazo fijo, constituido a nombre de la señora Aminta Ortiz Figueroa, obró conforme a las pretranscritas disposiciones, pues si bien es cierto que la titular del certificado a 31 de diciembre del año gravable de 1988, era la mencionada señora, también lo es que se demostró, que el contribuyente Jorge Eliécer Barón fue el beneficiario de los intereses generados por él mismo (usufructuario), con lo que a su vez se desvirtuó la presunción que recae en cabeza del propietario, habida cuenta que la titular del mismo no fue quien lo aprovechó económicamente, de suerte que como son los bienes "poseídos" por el contribuyente en 31 de diciembre del año gravable, los que integran el patrimonio bruto del contribuyente, no cabe duda que el certificado de ahorro a plazo fijo a nombre de la señora Aminta Ortiz Figueroa, era un bien "poseído" por el contribuyente a 31 de diciembre del año gravable, los que integran el patriminio bruto del contribuyente, no cabe duda que el certificado de ahorro a plazo fijo a nombre de la señora Aminta Ortiz Figueroa, era un bien poseído por el contribuyente a 31 de diciembre del año gravable de 1988.

Por lo mismo, tampoco se violó el artículo 752 del Estatuto Tributario, conforme al cual, la prueba testimonial no es admisible para demostrar hechos que de acuerdo con normas generales o especiales no sean susceptibles de probarse por dicho medio, ni para establecer situaciones que por su naturaleza suponen la existencia de documentos o registros escritos; por cuanto el testimonio de la señora Aminta Ortiz Figueroa, no fue la única prueba tenida en cuenta por la Administración, sino que como se reseñó anteriormente, existen otras pruebas documentales, como cheques y certificaciones de las Corporaciones y del propio contribuyente que demuestran de manera clara e

inequívoca, que el certificado de ahorro a plazo fijo constituido por el contribuyente a nombre de la precitada señora, corresponde a un bien poseído por el contribuyente a 31 de diciembre de 1988, a pesar de las maniobras que efectuó al final del período gravable para excluirlo de su patrimonio bruto. Por consiguiente la decisión del a quo al respecto debe ser modificada.

2. Adición al patrimonio bruto de: Activos fijos (menor valor, escritura pública N°. 3074 del 28 de diciembre de 1988).

Según la precitada escritura pública, el contribuyente adquirió un inmueble ubicado en la Calle 118 No. 14A-15 de la ciudad de Bogotá., por valor de $8.000.000; sin embargo según declaración juramentada de algunos de los vendedores y seguimiento de los cheques girados por el contribuyente a cada uno de los vendedores, el negocio se realizó en la suma de $ 51.500.000, razón por la cual las oficinas de impuestos, adicionaron la diferencia entre el valor de la escritura y el valor real de la transacción.

En efecto, los antecedentes administrativos dan cuenta de los hechos que sirvieron de fundamento a la actuación administrativa para adicionar la diferencia del precio señalado en la escritura pública No. 3074 del 28 de diciembre de 1988, y el precio real de la transacción, los cuales son:

-Las declaraciones juramentadas rendidas por los señores Luis Augusto Fernández Rojas y Claudia Sarmiento Serrano, según las cuales, cada uno de los vendedores recibió dos cheques por un valor de $ 6.437.500, para un total recibido por cada uno de ellos, -(4 vendedores)-la suma de $12.875.000, aclarando el señor Fernández Rojas que por sugerencia del contribuyente Jorge Barón, se hizo escritura por valor de $ 8.000.000, teniendo en cuenta el avalúo catastral del inmueble, pero que el valor real de la venta del inmueble ubicado en la calle 118 No. 14A-15, fue de $ 51.000.000, circunstancia que confirmó la señora Claudia Sarmiento de Serrano (fls. 266 y 267).

Fotocopias de los cheques que por valor de $ 6.437.500 giró en dos ocasiones el contribuyente (comprador) a cada uno de los cuatro vendedores; así como los Oficios Nos. 163 de 26-12-88 y 164 de 27-12-88, suscritos por el señor Jorge Barón O. dándole la orden al Banco de girar con cargo a la cuenta 1200-30001-4 y sin sello de cruces, cheques a nombre de los cuatro vendedores, cada uno por la suma de $ 6.437.500 (fls. 456 y 462).

La escritura pública de compraventa N° 3074 del 28 de diciembre de 1988, celebrada entre Luis Augusto Fernández Rojas, Algelmira Serrano de Fernández, Luis Carlos Fernández Serrano y Claudia Leonor Sarmiento Serrano (vendedores) y el señor Jorge Eliécer Barón Ortiz, como comprador del

inmueble, ubicado en la Calle 118 No. 14A-15 de Bogotá, por un precio de $ 8.000.000 (fl. 172 c.p.).

De acuerdo con lo anterior, la Sala observa que la apelante apoderada de la entidad demandada, tiene razón al objetar la decisión del Tribunal al respecto, pues es evidente que éste no tuvo en cuenta las evidencias reseñadas anteriormente, mediante las cuales ha quedado desvirtuado el precio de adquisición del inmueble de que trata la escritura pública Nº 3074 de 1988.

Lo anterior, no significa que se desconozca el valor de documento público que contiene la escritura pública Nº 3074 del 28 de diciembre de 1988, pues lo que aconteció fue que la Administración con base en sus facultades de fiscalización, a través de las cuales le corresponde entre otras funciones "adelantar las investigaciones que estime convenientes para establecer la ocurrencia de hechos generadores de obligaciones tributarias, no declarados" determinó el precio real de la compraventa de que da cuenta tal escritura pública, a través de los medios de prueba señalados en la legislación tributaria, entre los que se encuentra la prueba testimonial y documental, los cuales, precisamente, utilizó la Administración en el presente caso.

Así las cosas, determinando el precio real de la compraventa del inmueble mencionado, éste era el valor patrimonial que, en el presente caso, correspondía declarar al contribuyente, de conformidad con los artículos 277 del Estatuto **Tri**butario armónico con el artículo 69 ibídem, puesto que se trata de activos fijos, y que tal valor era superior del avalúo catastral, por lo que, para la Sala, fue correcto el proceder de la Administración al adicionar la diferencia establecida.

Al respecto, cabe retomar la sentencia del 2 de marzo de 1990, proferida por la Sección dentro del proceso Nº 1957, Consejero Ponente: doctor Jaime Abella Zárate, en la cual se expresó:

> "Es función intrínseca de la Administración Tributaria, vigilar por la recta aplicación de las normas reguladoras de los impuestos administrados por ella y en uso de tal deber le corresponde estar atenta a que los sujetos pasivos de la obligación, no la infrinja directamente ni a través de operaciones que aunque virtual o aparentemente legales tengan como objeto menguar los intereses del fisco que la doctrina conoce como elusión tributaria."
>
> La interpretación de la ley tributaria no puede atenerse a la verdad formal, debe buscar siempre la verdad real en la determinación de la carga impositiva que corresponde pagar a sus administrados, pues de no ser

así su acción resultaría nugatoria. El artículo 31 de la Ley 52 de 1977 que cita el apoderado como violado por la actuación administrativa, ciertamente enseña a los funcionarios de impuestos, el principio de actuar con un "relevante espíritu de justicia" y tiene como fundamento la premisa de que "el Estado no aspira a que el contribuyente se le exija más de aquello con lo que la misma ley ha querido que coadyuve a las cargas públicas de la Nación". Pero, este mismo principio implica en forma correlativa la obligación del ciudadano de contribuir con lo que ordena la ley, sin que pueda resultar válidos los juegos que esta misma permite, pero no para cumplirla sino para defraudarla".

Por ende, la sentencia del Tribunal, en lo que a este punto se refiere, también debe ser modificada.

3. Anticipo: Año gravable 1988 (intereses).

Por lo que al reajuste del anticipo se refiere, la Sala encuentra válido el argumento del demandante que acogió el Tribunal (liquidación de impuestos) en el sentido de que la resolución que decidió el recurso de reconsideración fue incongruente, toda vez que mientras en la parte motiva acepta que tal reajuste era improcedente según concepto de la Subdirección Jurídica, en la liquidación de impuestos practicada en tal resolución, incluyó tal concepto, razón por la cual, en este aspecto la Sala comparte la decisión del a quo.

En lo referente a los intereses en mora sobre el anticipo (reajuste) la Sala también está de acuerdo con la decisión apelada, puesto que desaparecida la obligación principal (reajuste) la obligación accesoria (intereses) corre la misma suerte.

4. Renta líquida gravable por comparación patrimonial (adición activos omitidos).

Observa la Sala, que la Administración adicionó al patrimonio bruto declarado por el contribuyente por el año gravable de 1988, la suma de $ 2.033.030 correspondiente a dos garajes no declarados, glosa que el contribuyente aceptó con la respuesta a tal requerimiento y como consecuencia efectuó corrección a su declaración de renta, mediante declaración presentada el día 29 de octubre de 1991, en la cual liquidó la sanción por activos omitidos. En la misma fecha corrigió la declaración del año de 1987 y con base en ella efectuó conciliación patrimonial, desvirtuando la diferencia patrimonial establecida.

Como consecuencia de la corrección a la declaración del año gravable de 1988, la Administración excluyó de la diferencia patrimonial inicialmente

establecida dicha suma al aceptar el procedimiento utilizado por el contribuyente, indicando "No se incluye el valor de los bienes inmuebles no declarados relacionados en el numeral 2-3 de la presente (...) por valor de $ 2.033.030, en razón a la preexistencia de los mismos" (fl. 103 c.p.). Es decir, la Administración aceptó como causa justificativa de la diferencia patrimonial la preexistencia de los bienes omitidos, causal que aparece consagrada en el artículo 709-1 del Estatuto Tributario, así:

"Pago de la sanción por omisión de activos como requisitos para desvirtuar la diferencia patrimonial.

Cuando en el requerimiento especial se proponga determinar la renta por el sistema de comparación de patrimonios, y el contribuyente invoque como causal justificativa, la existencia del patrimonio con anterioridad al año base para establecer dicha comparación, sólo se aceptará tal explicación cuando el "contribuyente, con motivo de la respuesta a este requerimiento acredite el pago o acuerdo de pago de la sanción de que trata el artículo 649".

La Oficina de Recursos Tributarios de la Subdirección Jurídica de la Dirección de Impuestos, contrario a lo que manifiesta el apelante, dio validez a la causal de preexistencia de los bienes omitidos objeto de la corrección de la declaración de renta del año gravable de 1988, al expresar en lo relacionado con el ítem "bienes no declarados", lo siguiente:

> "...cabe anotar, que si bien se adicionó al patrimonio del contribuyente Jorge Eliécer Barón Ortiz, de los inmuebles mencionados, puede observarse en la hoja N° 10 del memorando explicativo de la Liquidación de Revisión, en donde para efectos de determinar la renta líquida gravable especial por comparación patrimonial de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 236 del Estatuto Tributario, no se incluyó dentro de la diferencia patrimonial la suma de $ 2.033.030, correspondiente a los activos referidos en el acápite anterior, pues como acertadamente se explicó en el acto oficial, se tiene en cuenta la preexistencia de los mismos.
>
> "Por lo tanto, nótese que a renglón 21 de la Liquidación de Revisión correspondiente a Renta Líquida Gravable por comparación patrimonial se consignó el valor de $ 354.897.000, que excluye claramente los inmuebles por valor de $ 2.033.030, previos los ajustes por valorizaciones nominales, y en consecuencia no hacen parte del rubro mencionado para efectos de dar lugar a un mayor impuesto de renta, luego el Despacho encuentra, que no tiene razonamiento lógico el argumento expuesto por el memorialista, cuando la misma Administración Tributaria está excluyendo

los inmuebles mencionados de la renta gravable especial que origina el impuesto respectivo."

Otra cosa es que el contribuyente con base en la corrección a la declaración de renta del año gravable de 1987, efectuada con ocasión de la respuesta del requerimiento especial, del año gravable de 1988, pretendiera que se le aceptará la misma, y por ende, la conciliación patrimonial efectuada con base en ella, corrección que fue la considerada por la oficina de Recursos como "improcedente e inaceptable" no la corrección de la declaración del año gravable de 1988, como lo pretende hacer ver el apelante apoderado del contribuyente, con el claro propósito de crear confusión. Por consiguiente, el cargo no está llamado a prosperar y por ende la decisión del a quo se confirma.

5. Valoración de inmuebles:

Expresa el memorando explicativo de la liquidación de revisión que "no se tuvo en cuenta la valorización del inmueble ubicado en la Carrera 15 Bis No. 109-81, por valor de $ 609.282, según escrito respuesta al requerimiento especial, en razón a que el valor declarado en el año gravable de 1987, y en el año de 1988, es el mismo: $ 2.679.348, y con la contestación al requerimiento ordinario No. 000188 de fecha 18 de julio de 1990, el señor Barón informa que en el mencionado inmueble no hubo valorizaciones, mejoras ni reparaciones".

En concepto del demandante, tal proceder viola el artículo 277 del Estatuto Tributario, por cuanto dicho inmueble fue reajustado en su avalúo catastral, el cual era a 31 de diciembre de 1988 de $5.481.050, que al aplicarle el 60% correspondiente al costo fiscal de acuerdo con la disposición vigente en ese período, arrojaba un valor patrimonial a declarar de $3.288.630.

Si bien la Sala, no está de acuerdo con lo argumentado por el Tribunal, comparte el sentido de la decisión, toda vez que quien violó el precitado artículo 277 del Estatuto Tributario, fue el contribuyente, puesto que al examinar el anexo "relación de activos fijos" de la declaración de renta del año gravable de 1988 (fl. 168 c.p.) se observa que el valor patrimonial declarado fue de la suma de $2.679.348.oo, luego, mal puede el contribuyente alegar la valorización por efecto del avalúo catastral, cuando tal valorización no fue declarada, pues debía declarar como valor patrimonial del inmueble la suma de $3.288.630.oo como lo reconoce el demandante, pero la realidad es que tal incremento no se declaró, razón por la cual tal circunstancia no es válida como factor de justificación patrimonial.

Por lo anterior, el presente cargo tampoco está llamado a prosperar.

6. Ingresos no constitutivos de renta ni de ganancia ocasional:

Se refiere el apelante a las *participaciones y rendimientos financ*ieros declarados en el renglón 16 "ingresos no constitutivos de renta ni de ganancia ocasional" (fl. 186 c.d.), así como a la renta líquida gravable, factores que considera debieron ser descontados de la diferencia establecida inicialmente.

Al respecto, la Sala estima que ella no es procedente, pues tales conceptos fueron tenidos en cuenta por la Administración al efectuar los ajustes de la renta, tal y como se observa en el requerimiento especial (fl. 64 c.p.), en donde se estableció la siguiente renta ajustada:

Renta líquida gravable	12.997.000
Más: renta exenta	-0-
Ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional	26.279.000
Menos: impuesto de renta pagado	3.446.000
Retenciones que le practicaron	1.359.000
Total Renta Ajustada	34.471.000

Lo anterior significa que el contribuyente como máximo podía capitalizar en el año gravable de 1988, el valor de la renta ajustada de manera que sí como ocurrió, la diferencia entre el patrimonio líquido del año de 1988 con respecto al de 1987, fue superior (196.930.000), esta diferencia es renta gravable, tal y como lo enseña el artículo 236 del Estatuto Tributario, al prescribir:

"Renta por comparación patrimonial. Cuando la suma de la renta gravable, las rentas exentas y la ganancia ocasional neta, resultare inferior a la diferencia entre el patrimonio líquido del último período gravable y el patrimonio líquido del período inmediatamente anterior, dicha diferencia se considerará renta gravable, a menos que el contribuyente demuestre que el aumento patrimonial obedece a causas justificativas".

Por lo anterior, el cargo en cuestión tampoco está llamado a prosperar.

Concordante con todo lo anterior, la Sala observa que la sanción por inexactitud impuesta en la liquidación de revisión y confirmada en la resolución que decidió el recurso, por omisión de activos, debe mantenerse en su integridad, en atención a lo decidido en los cargos relacionados con las adiciones del certificado a plazo fijo y adición del menor valor determinado en la compraventa de un inmueble.

Así las cosas, procede la siguiente liquidación de impuestos:

CONCEPTO	BASE IMPONIBLE	IMPUESTO
Renta líquida, según sentencia apelada	$82.430.000	
Más: reconocimiento revocado	114.500.000	
Renta por comparación patrimonial	196.930.000	
Impuesto neto de renta		58.357.000
Impuesto de patrimonio		6.357.000
Menos: descuento tributario predial		61.000
Impuesto neto de patrimonio		6.296.000
Sanción por inexactitud		2.111.000
Total Impuesto a cargo		66.764.000
Menos: retenciones practicadas en 1988		1.359.000
Menos: anticipo año 1988		2.423.000
Más: anticipo año de 1989		3.671.000
Total a pagar		**66.653.000**

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

FALLA:

1°. CONFÍRMASE el numeral 1° de la sentencia apelada, y REVOCASE el numeral 2°, el cual quedará así:

2°. Fíjase en la suma de sesenta y seis millones setecientos sesenta y cuatro mil pesos M/cte ($66.764.000) el valor del impuesto de renta, complementarios y sanciones a cargo del contribuyente Jorge Barón Ortiz; cédula de ciudadanía número 17123397, por el año gravable de 1988. De esta suma se descontarán las retenciones en la fuente y el anticipo del año de 1988, y al resultado se adicionará el anticipo del año de 1989, de acuerdo con la liquidación practicada en la parte motiva de este proveído.

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

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

Guillermo Chahín Lizcano, El Presidente de la Sala; Héctor Julio Becerra, Conjuez, ausente; Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

INVERSIONES DE RENTA VARIABLE - Contabilización / PRINCIPIO DE ANUALIDAD TRIBUTARIA - Vulneración

Cuando el artículo 18 acusado, establece que la contabilización de las inversiones se hace, "al valor de mercado" y las variaciones entre éste y el último valor contabilizado se registran, "en las cuentas de resultados" el correspondiente asiento opera por el "valor neto de realización, el cual resulta de deducir, del precio de mercado, los gastos directamente imputables a la conversión del activo, tales como comisiones, impuestos y otros conceptos de similar naturaleza", lo que indica que la contabilización sólo se efectuaría a tiempo de la "realización" o "conversión" efectiva del activo, con arreglo a normas tributarias sobre la realización del ingreso, según los artículos 7° de la Resolución citada y 27 y 28 del Estatuto Tributario. Pero como el inciso 2° del artículo 7° de la Resolución censurada, especifica que, "el precio del mercado representa el importe, en efectivo o su equivalente, en que es factible convertir la inversión en la fecha de la valoración, el cual debe ser razonable, verificable y confiable, y adicionalmente, los numerales 1° y 2° del artículo 9° ib., en armonía con el 1 ib., puntualiza que la valorización de las inversiones ahí relacionadas, es "diaria" (o "mensual", en el numeral 2° cit.) y el registro de resultados procede, "con la misma frecuencia" resultan claramente contrariados, el criterio fiscal de la realización del ingreso, los conceptos de renta bruta y líquida, que se subordinan al fenómeno de la realización y el principio de la anualidad contable y tributaria, por más "razonable, verificable y confiable" que parezca el valor de mercado a que sea "factible" convertir la inversión (ver artículos 89, 178 y 575 del E.T.).

PRUEBA CONTABLE EN DECLARACION TRIBUTARIA - Prevalencia DECLARACION TRIBUTARIA - Contenido / SANCION POR INEXACTITUD - Declaración tributaria

Es clara la relevancia de la contabilidad en materia fiscal, al punto de constituir la misma prueba documental de los ítems de las declaraciones tributarias e, incluso, de preferir a éstas (cfr. entre otros, artículo 775 E.T.). Esto significa que a la conclusión de cada ejercicio fiscal, el obligado a tener contabilidad registrada (o que lleve ésta, sin estarlo), debe presentar, en sus declaraciones, estrictamente los conceptos y guarismos a que se contraigan los estados financieros extractados de la contabilidad, so pena de incurrir en inexactitud que tiene prevista una de las sanciones más drásticas del sistema impositivo, aparte de la que cabría por las propias irregularidades contables, como la de que los libros no permitan verificar los factores de la base imponible y del tributo (v. artículos 647, 654 y 655 del E.T.).

INVERSIONES DE RENTA VARIABLE - Contabilización / VALORIZACION TECNICA - Superávit por valorización / PRINCIPIOS EN MATERIA CONTABLE - Observancia

Por el sólo aspecto del registro a cuentas de resultado, la norma acusada hace viable la presentación periódica de beneficios irreales y, tal vez, irrealizables, pues nada garantiza que el activo se convierta, efectivamente en el curso del período, ni que el ente subsista al final de éste; pero hay algo seguro; vencido dicho período, el inversionista que continúe activo, debe declarar sus ingresos y patrimonio conforme a la contabilidad, haya o no convertido realmente sus inversiones, de donde es obvio que afrontaría el doble problema de la sobrestimación de sus ingresos y subestimación de sus activos, con ostensible quebrantamiento de los principios de continuidad, realización y prudencia en materia contable, pues la información relativa a ésta, debe proveer la no permanencia del ente, contraerse a los hechos económicos realizados que reportan utilidades o pérdidas efectivas y abstenerse de sobrevalorar activos e ingresos, o de subestimar pasivos o gastos, a lo que, evidentemente no se conforma el artículo demandado, con los valores "factibles" aplicados indiscriminadamente a las inversiones negociables (cfr. artículos 7°, 12 y 17 del Decreto 2649 de 1993). Por otro aspecto, el registro contable de valorizaciones como beneficios, afectar el procedimiento de valorizaciones técnicas o ajustes, incluidos los "integrales por inflacción" puesto que las diferencias por PAAG se excluyen del

carácter de ingreso, del costo fiscal para utilidades en la enajenación y del cálculo de la depreciación, contabilizándose tal diferencia, simplemente como superávit por valorización en cuenta de balance; el registro contable en cuestión, como es obvio, tendría incidencia, así mismo, respecto de valorizaciones y desvalorizaciones de acciones y aportes en sociedades y bonos, títulos y demás activos mobiliarios que generen rendimientos financieros; se afectaría igualmente el movimiento de la cuenta por corrección monetaria, cuyos abonos, disminuidos por los respectivos cargos, constituyen la ganancia o pérdida por exposición a la inflación (cfr. artículos 330, 332 numeral 6, 334 y 350 del E.T.; 4 D.R. 2591 de 1993).

REGULACION CONTABLE DE ENTIDAD FINANCIERA - Facultades del Superintendente Bancario

Tratándose de regulaciones de la materia contable, según se contempla en el literal b) numeral 3° del artículo 2° del Decreto 2359 de 1993, que sustituyó al artículo 326 del Decreto 663 de 1993 (o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), o del ejercicio de facultades contenidas, en materia análoga, por el artículo 137 del Decreto 2649 de 1993, en consonancia con el 70 ib., las facultades del Superintendente Bancario no solamente no son discrecionales, ni exclusivamente subordinadas en su ejercicio al "Título Primero y (...) Capítulo Primero del Título Segundo" del Decreto 2649 de 1993 citado, sino a la totalidad del régimen legal incluidas, naturalmente, las normas específicamente contables y tributarias y, entre ellas, las que el actor señala como infringidas.

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

Santa Fe de Bogotá, D.C., trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Referencia: Radicación 7188.

Acción de Nulidad contra el artículo 18 de la Resolución 0200 de febrero 10 de 1995 de la Superintendencia Bancaria.

Actor: Héctor Raúl Corchuelo Navarrete.

Consejera Ponente: Doctora Consuelo Sarria Olcos

FALLO.

Procede la Sala a decidir sobre la demanda de nulidad presentada por el doctor Hector Raul Corchuelo Navarrete, del artículo 18 de la Resolución 0200 del 10 de febrero de 1995 expedida por el señor Superintendente Bancario.

El Acto demandado

Mediante la Resolución 0200 del 10 de febrero de 1995 el Superintendente Bancario estableció criterios y procedimientos para la evaluación y valoración de las inversiones y dictó otras disposiciones y en su artículo 18, que es la norma demandada, dispuso textualmente:

"ARTICULO 18. CONTABILIZACION DE LAS INVERSIONES NEGOCIABLES. Las inversiones negociables se contabilizarán al valor de mercado y las variaciones que se presenten entre éste y el último valor contabilizado se registrarán en las cuentas de resultados.

"1. INVERSIONES DE RENTA VARIABLE:

"a) Por estar registradas a valores de mercado, no serán objeto de ajustes por inflación, ni reexpresión por ajuste en cambio;

"b) Con el fin de evitar el doble registro a resultados, toda vez que el valor de mercado los ha reconocido, los dividendos o utilidades que se repartan en especie, incluidos los derivados de la capitalización de la revalorización del patrimonio, no se registrarán como ingreso y, por ende, no afectarán el valor de la inversión;

"c) Los dividendos o utilidades que se repartan en efectivo deberán reducir el valor de la inversión, para evitar el doble registro a resultado, toda vez que el valor de mercado ha reconocido tales dividendos;

"d) Tratándose de bonos convertibles en acciones, su ajuste a valor de mercado se efectuará con base en las normas establecidas para los títulos de renta variable, con sujeción a los términos de conversión previstos en el respectivo prospecto.

"2. INVERSIONES DE RENTA FIJA: No serán objeto de causación de RENDIMIENTOS POR ningún concepto, incluso los derivados de la

reexpresión de los títulos en moneda extranjera, con el propósito de evitar el doble registro a resultados, toda vez que los rendimientos están incluidos en el flujo a descontar.

"En consecuencia, al recaudarse un pago de intereses y otros rendimientos, estos deben eliminarse del flujo de caja que se descuenta, lo que origina en el momento del pago una reducción en el valor de la inversión. Dicho recaudo deberá contabilizarse afectando el valor de mercado de la inversión.

"PARAGRAFO. Con el propósito de establecer la utilidad o pérdida de la primera valoración, el valor de mercado establecido para las inversiones de renta variable deberá compararse frente al último valor registrado, incluyendo los saldos de provisiones existentes. Tratándose de inversiones de renta fija, el último valor registrado se establecerá adicionando o deduciendo del COSTO, SEGÚN CORRESPONDA, los rendimientos causados no recaudados o los rendimientos recibidos por anticipado, así como las provisiones existentes."

LA DEMANDA

En primer término sostiene la incompetencia del Superintendente Bancario para reglamentar la legislación tributaria nacional, o para modificarla.

Luego cita el concepto de renta bruta de conformidad con el artículo 89 del Estatuto Tributario, el cual se refiere a ingresos realizados en el año, y el concepto de renta líquida, según el artículo 178 ibídem.

Se refiere al artículo, numeral 6 del citado Estatuto, según el cual cuando las valorizaciones técnicas efectuadas a los activos o cuando el avalúo catastral de los inmuebles o el valor patrimonial de las acciones o aportes difieran del costo del bien ajustado por el PAAG, la diferencia se llevará como superávit por valorizaciones y no será tomada como un ingreso, ni hará parte del costo fiscal para determinar la utilidad en la enajenación del bien, ni tampoco formará p*arte de s*u valor para el cálculo de la depreciación.

Se refiere al artículo 4° del Decreto Reglamentario 2591 de 1993, el cual dispone que cuando el valor intrínseco o el valor en bolsa de las acciones o aportes en sociedades, superen el c*osto fis*cal ajustado por el PAAG, el exceso no constituirá ingreso para efectos tributarios, ni hará parte del costo para determinar la utilidad en la enajenación del bien. Y cuando al final del año, el valor intrínseco o el valor en bolsa de acciones o aportes en sociedades, sea inferior al costo ajustado por el PAAG, la diferencia constituirá desvalorización para efectos tributarios, no deducible de la renta, ni afectará el costo para determinar la utilidad al momento de la enajenación del bien.

Invoca el artículo 334 del Estatuto Tributario, el cual dispone que los bonos, títulos y demás activos mobiliarios que generan intereses y rendimientos financieros, no generan ingreso por ajuste por inflación.

A continuación menciona los artículos 350 y 49 del citado Estatuto, los cuales se refieren a las utilidades y concretamente a las que se distribuyen entre los socios o accionistas, las cuales serán ingreso no constitutivo de renta en cabeza del socio, si la utilidad ya fue gravada y si no lo fue, constituirá renta bruta para él.

Menciona los artículos 7°, 12, 17, 109 y137 del Decreto 2649 de 1993, por el cual se reglamenta la contabilidad en general, según el cual cuando el valor intrínseco o el valor en bolsa superen el costo neto del bien ajustado, la diferencia se lleva como superávit por valorizaciones, que no constituyen ingreso. Todo lo anterior, de conformidad con lo previsto por el artículo 330 del Estatuto Tributario.

Y de acuerdo con las normas anteriores precisa que en materia de contabilidad comercial son aplicables las siguientes normas:

1. La ley que ordena la utilización del sistema de ajustes por inflación.

2. Los principios de contabilidad generalmente ace*ptados y consagrados en el Decreto 2649 de 1*993, los cuales son subordinantes de cualquier otra norma en materia contable, según el artículo 137 del mismo decreto.

3. Dentro de lo dispuesto por las normas anteriores, las que otras autoridades puedan proferir para entidades por ellas vigiladas.

Precisa como disposiciones violadas:

1. Los artículos 7° y 12 del Decreto 2649 de 1993 en concordancia con el 137 del mismo decreto, ya que desconoce en todos los casos, que los mayores valores de mercado comparados con el costo del activo, son apenas una valorización del activo y un superávit por valorización en el patrimonio, dentro del cuerpo del balance de la sociedad, sin efecto en los resultados del ejercicio, pues salvo que el ente económico se encontrara dentro de las graves circunstancias contempladas en el artículo 7° debe entenderse que tiene una continuidad normal en el futuro y por tanto, las valorizaciones sólo deben convertirse en ingreso cuando ellas se realicen, o sea cuando el beneficio económico sea consecuencia de una transacción ya sucedida.

2. El artículo 17 del citado Decreto 2649 de 1993 por cuanto, determinar utilidades no realizadas teniendo en cuenta un valor de mercado que "hoy es y mañana puede desaparecer", sería mostrar la situación de la contribuyente en forma absolutamente imprudente, ya que si en 31 de diciembre, los valores de

mercado corresponden a sumas superiores al costo y en 2 de enero siguientes esos mayores valores desaparecieron, y aún más se tuvieron que vender las acciones, se tendrían utilidades que nunca existieron, que nunca se realizaron, que serían susceptibles de distribución y que además serán gravadas en cabeza del accionista.

Es por lo anterior, que el artículo 70 del citado decreto, en perfecta concordancia con los artículos 7° y 12 de mismo decreto, determina que cuando el valor intrínseco o el valor en bolsa supere el costo neto del bien ajustado por inflación, la diferencia se lleva como superávit por valorizaciones, y no se toma como ingreso.

En frente a esa solución, prevista por el decreto mencionado, el artículo 18 demandado, como consecuencia de convertir el valor de mercado en ingreso, determina que las inversiones de renta variable no serán objeto de ajustes por inflación, ni de reexpresión por ajuste de cambio y establece toda una serie de cambios en la contabilidad, acordes con el sistema de ingresos por valor de mercado que crea, pero violando los citados artículos 7°, 12 y17 del citado Decreto 2649 de 1993, al disponer que cuando el ingreso se realice, si es que llega a realizarse, ya no se contabilizará como tal, porque hace tiempo que se contabilizó y hasta pudo haberse distribuido.

3. El artículo 330, inciso segundo del Estatuto Tributario, el cual determina que para efectos de la contabilidad comercial se utilizará el sistema de ajustes por inflación, norma que desconoce el demandado artículo 18 de la Resolución 0200 del 10 de febrero de 1995 del Superintendente Bancario.

4. El artículo 338 de la Constitución Nacional por cuanto la resolución demandada, en su artículo 18, modifica la situación fiscal de los accionistas al asignarles una renta diferente a la que les correspondería si no fuera por la citada disposición, cambio que sólo podría hacerlo el Congreso, mediante ley.

5. El artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero *(Decreto* 663 de 1993, sustituido por el artículo 2° del Decreto 2359 de 1993), estatuto que en parte alguna le da al Superintendente Bancario competencia para cambiar la ley tributaria, siendo por lo tanto nulo, de acuerdo con el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

6. El artículo 137 del Decreto 2649 de 1993, que limita sus funciones en cuanto no puede ejercerlas con desconocimiento de los principios de continuidad, prudencia y realización de hechos económicos.

Desarrolla el concepto de violación a través de ejemplos para respaldar sus afirmaciones y solicita que se declare la nulidad del artículo 18 de la citada Resolución 0200 expedida el 10 de febrero por el señor Superintendente Bancario.

OPOSICION A LA DEMANDA

La Superintendencia Bancaria, mediante apoderado dio contestación a la demanda, considerando que el acto demandado no desconoce el Estatuto Tributario, ni el artículo 338 de la Constitución Nacional, por cuanto su contenido es puramente contable y no fiscal.

Para llegar a dicha afirmación, luego de transcribir las normas invocadas como violadas por el accionante, hace las siguientes consideraciones:

1. De conformidad CON LAS NORMAS TRANSCRITAS EL CONCEPTO DE continuidad implica para la contabilidad el hecho de la permanencia del negocio a futuro; con la prudencia se busca que los ingresos y ganancias no se anticipen, ni se sobrestimen y menos se subestimen y el principio de la REALIZACIÓN IMPLICA ÚNICAMENTE la contabilización de hechos económicos ocurridos.

A su juicio, no se entiende cómo el artículo demandado puede ser violatorio de las normas invocadas y desconozcan esos postulados, si solamente establece que la contabilización de las inversiones se establecerá al valor del mercado, con lo cual se aplican los citados principios generales de la contabilidad, al darle "mayor certeza y transparencia al manejo contable".

Lo que pretende el acto demandado es "traer al valor presente y real las diferentes inversiones que realicen las entidades financieras", es decir "acerca la contabilidad a la verdad comercial, redundando en una mayor confiabilidad en el sistema contable, sin desconocer en modo alguno los principios que rodean la contabilidad"...

2. En relación con la alegada violación del artículo 70 del Decreto 2649 de 1993 precisa que el Superintendente Bancario tiene facultades para expedir disposiciones en materia contable, de conformidad con el artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sustituido por el artículo 2° literales a) y b) del Decreto 2359 de 1993, los cuales transcribe.

Transcribe también el artículo 137 del Decreto 2649 de 1993, según el cual, salvo lo dispuesto en normas superiores, el ejercicio de facultades en virtud de las cuales otras autoridades distintas del Presidente de la República pueden dictar normas especiales para regular la contabilidad de ciertos entes, está subordinado a las disposiciones contenidas en el Título Primero y en el Capítulo I del Título Segundo de dicho decreto.

Y a ellas estaba sometida la Superintendencia Bancaria al expedir preceptos en materia contable, pero no a las demás disposiciones del citado decreto, "porque de otra manera se harían nugatorios (sic) las facultades en materia contable que tiene la Superintendencia Bancaria, al no poderse (sic)

expedir normas específicas para el sector financiero, del todo diferente al sector real que responde a otro tipo de actividades".

Anota que "si el Decreto 2649 de 1993 hubiera querido que todos sus artículos se aplicaran sin excepción alguna, no habría establecido la obligatoriedad sólo frente a determinados capítulos de su texto" y de conformidad con esta afirmación concluye que el invocado como violado artículo 70 se encuentra en el Título Segundo, Capítulo II, Sección I, el cual no es obligatorio para las demás autoridades que expidan disposiciones en materia contable, como lo es la Superintendencia Bancaria.

De acuerdo con lo anterior el Decreto 2649 de 1993, sólo es obligatorio para la Superintendencia Bancaria, en su Título Primero y Título Segundo, Capítulo I, y en lo demás, su aplicación "es subsidiaria o residual, esto quiere significar que en todas aquellas materias en que exista una instrucción o regla contable específica dictada por la Superintendencia Bancaria, ésta se preferirá a cualquier otra regulación, por ende, al existir el artículo 18 de la Resolución 200 de 1995, éste se *aplica* sin importar si contradice o no lo dispuesto en el artículo 70 del Decreto 2649 de 1993".

3. En relación con la "violación de los ajustes integrales por inflación" considera "... imperioso poner de manifiesto el yerro en que incurre el demandante al pretender que se apliquen los ajustes integrales por inflación a las inversiones negociables contabilizadas a valor de mercado, porque actuar de dicha manera equivaldría a sobrevalorar las inversiones de las entidades del sector financiero y asegurador y esto no puede ser de otra manera, ya que las normas establecen que los ajustes integrales por inflación, no pueden superar el valor de mercado".

Anota que los ajustes integrales por inflación buscan mantener contablemente el valor real de los activos de una sociedad, los cuales incrementan su valor gracias a la pérdida del valor adquisitivo de la moneda y pretenden mantener un valor cercano a la verdad económica de los diferentes activos afectados por la inflación. La Resolución 200 de 1995, lo que pretende es que "las inversiones se reconozcan de acuerdo con la realidad económica, evaluándolas contablemente a los precios del mercado, con el propósito de que sean apropiadamente cuantificadas, sin sobrestimaciones, con la finalidad de cumplir con los objetivos, principios y cualidades de la información contable, preservando la transparencia de la información, en aras de que los inversionistas y administradores conozcan la verdadera situación de sus inversiones".

Así las cosas, la Resolución 200 demandada "mantiene la verdad económica de uno de los principales activos de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, con lo cual resulta innecesario aplicar a tales inversiones con valor de mercado los ajustes por inflación, ya que ellas están

siendo cuantificadas a valor real y, por ende, la inflación ya está subsumida en tal valoración, sin que sea posible aplicar nuevamente ajustarlos (sic), porque se estaría sobrestimando las inversiones".

4. En cuanto a la violación del artículo 338 de la Constitución Nacional y del artículo 330 del Estatuto Tributario, precisa que tiene razón el demandante al afirmar que la Superintendencia Bancaria no tiene facultades para reglamentar materias tributarias, pero hace énfasis en que la resolución demandada "...es un acto administrativo de estricta naturaleza contable y sólo aplicable en esta materia y de ninguna forma en el área tributaria ..." y agrega que dichas materias "...aunque paralelas, tienen un manejo independiente, siendo tan evidente tal situación que la utilidad contable, defiere (sic) de la fiscal, siendo esta última la que determina la base gravable de impuesto de renta".

Se refiere luego a la Resolución 200 de 1995 para precisar que fue expedida con el objeto de modificar el sistema de registro contable de los valores de las inversiones financieras, las cuales se tomaban por su valor histórico, sin tener en cuenta su valor de mercado, lo que implicaba que los estados financieros de las entidades vigiladas no mostraban la realidad económica de las mismas y por tanto, la labor de vigilancia e inspección de la Superintendencia Bancaria no se ajustaba a la realidad de las sociedades y a la economía del país, sometiendo a una incertidumbre a inversionistas y administradores, lo que en últimas ponía en peligro la solidez de las entidades del sector, colocando en peligro al público en general.

Y para solucionar lo anterior se expidió la Resolución 200 de 1995 por el Superintendente Bancario, buscando que los estados financieros de las instituciones vigiladas presentaran la realidad económica y que se "...adopte una cultura de administración de portafolios adecuada y una transparencia de la situación económica de las mismas".

Por ello la valoración de las inversiones de las instituciones financieras debe hacerse en forma mensual, a precios de mercado y dentro de éste estará todo lo que pueda afectar el valor del activo, incluida la inflación.

Transcribe el artículo 10 del Decreto 2649 de 1993, para luego puntualizar que, uno de los principios que rigen la contabilidad en general es la valoración real de activos y pasivos, la cual puede hacerse por cualquiera de los cuatro métodos señalados, de los cuales la Superintendencia Bancaria, para lograr un mayor control de la realidad económica de las entidades vigiladas optó por la valoración de las inversiones a precio de mercado o de realización, sistema que muestra realmente el valor de dichas inversiones mes a mes, con lo cual se logran los objetivos de la información contable y se mantiene la transparencia de la información.

Se refiere luego a la Circular Externa 020 del 15 de marzo de 1995, mediante la cual se dieron instrucciones respecto de la aplicación de la resolución demandada, para concluir que la Superintendencia Bancaria tiene facultades para establecer normas en materia contable, de acuerdo con las normas técnicas establecidas en los artículos 1° a 60 del Decreto 2649 de 1993, tal como lo hizo en la resolución demandada, la cual no modificó, ni alteró la base de los hechos gravables, pues solamente estableció medidas de protección, a través de que los estados financieros reflejen la realidad económica de los activos de la sociedad, con lo cual se da solidez y seguridad al sistema y se obtiene la confianza del público.

Anota que según el artículo 136 del Decreto 2649 de 1993, en armonía con los artículos 24, 31 y 44 *ibidem*, en caso de conflicto entre normas contables y las de carácter tributario, prevalecerán para efectos fiscales, las de carácter tributario, lo que indica que si se llegara a aceptar que el artículo 18 de la Resolución 200 de 1995, es contrario a una norma de carácter tributario, no podría aplicarse por tratarse de una norma de carácter técnico contable.

En respaldo de sus afirmaciones precisa que desde el punto de vista contable, la base para calcular el ajuste por inflación contable del patrimonio es el saldo a diciembre 31 del año anterior que figure en la contabilidad, mientras que desde el punto de vista fiscal el ajuste por inflación se debe calcular tomando como base el patrimonio fiscal a diciembre 31 del año anterior y por ello normalmente no coincide el patrimonio fiscal con el patrimonio contable.

Agrega que, según el artículo 332 del Estatuto Tributario, las normas tributarias no reconocen las valorizaciones y desvalorizaciones que se realizan a los activos de acuerdo con las normas contables y que la causación del impuesto de industria y comercio no lo reconocen las normas fiscales sino hasta que efectivamente se haya pagado.

Para el caso en examen afirma que "...la base gravable del impuesto de renta es el monto sobre el cual se le aplica el porcentaje señalado en la ley, para determinar el respectivo impuesto, en este caso tal monto corresponde a la utilidad fiscal, la cual es diferente a la contable, debido a que los rubros que se toman en uno y otro caso son diferentes entre sí".

Y que, es preciso resaltar cómo, la utilidad generada por la valoración de las inversiones a precios de mercado no es un ingreso fiscal, por cuanto los contribuyentes que están obligados a llevar contabilidad, de acuerdo con los artículos 27 y 28 del Estatuto Tributario, deben reconocer o causar los ingresos a partir del momento en que se haga su recaudo efectivo, y los valores registrados por la valoración de las inversiones a precios del mercado no reconocen la

exigibilidad que se tiene sobre los rendimientos pactados o dividendos decretados, sino el efecto de variaciones del precio de mercado, por ende si bien es cierto que es un rubro que computa para la utilidad comercial, él no forma parte de la utilidad fiscal.

Por lo anterior, concluye que la norma impugnada no modifica la base gravable del impuesto de renta, puesto que no se tiene en cuenta para determinar la utilidad fiscal, quedando así establecido que las utilidades fiscales no son iguales a las utilidades contables.

Además, de acuerdo con el artículo 38 del Estatuto Tributario, el producto de la valorización de las inversiones no constituyen un ingreso fiscal, toda vez que dicho ingreso sólo se tiene como causado cuando nace el derecho a exigir su pago y no antes, por lo cual, en armonía con el artículo 332 *ibidem*, se puede afirmar que la diferencia entre el valor patrimonial de las inversiones y el bien ajustado por el PAAG, se deberá llevar como un superávit por valorizaciones, diferencia que no constituye un ingreso fiscal ni para la sociedad ni para el accionista, sino hasta el momento en que se haga efectiva tal inversión.

Por último anota que según el artículo 49 del Estatuto Tributario para la determinación de los dividendos y participaciones no gravados, debe tomarse el impuesto de renta, antes del descuento tributario por CERT y el de ganancias ocasionales y el resultado se divide por tres y la suma resultante se multiplica por siete. Por tanto como los registros contables generados de conformidad con la norma demandada no incluyen la utilidad para determinar el impuesto sobre la renta, no hay lugar a que el accionista sea gravado.

Así las cosas, a su juicio no pueden prosperar las pretensiones de la demanda, en cuanto la norma impugnada se ajusta a la legalidad, toda vez que no modifica las normas tributarias, porque la utilidad contable es diferente de la fiscal puesto que para cada una de ellas se toman rubros independientes que por ende hacen imposible que se modifique la base gravable del impuesto de renta.

ALEGATOS DE CONCLUSION

1. De la parte actora

El actor insiste en la incompetencia de la Superintendencia Bancaria para modificar las normas tributarias que regulan la base gravable del impuesto de renta, la cual sin duda resulta afectada al ordenar el artículo demandado que las variaciones del valor de mercado de las inversiones negociables deben afectar las cuentas de resultados.

Afirma que, el acto demandado anticipa la ocurrencia del ingreso al determinar que si el valor del mercado aumenta el valor de la inversión, dicho aumento afecta las cuentas de resultado, o sea que genera ingreso, a pesar de

que la inversión no se ha movido del patrimonio de la sociedad y que el hecho económico no ha ocurrido, porque además, el ingreso no se ha realizado. Lo anterior porque el demandado artículo 18, no sólo ordena que la contabilidad refleje el valor del mercado de las inversiones en cuestión, sino que expresamente ordena que dicho valor se registre en las cuentas de resultado, lo que significa, si la variación es positiva, un mayor valor de ingresos.

Sería diferente si la resolución ordenara que la contabilización de los mayores valores de mercado se reflejaran, como lo son, mientras no se produzca la realización del ingreso, una mera valorización del activo y su consecuencial superávit por valorización en el patrimonio, dentro del balance de la entidad, todo lo cual coincide con los criterios expresados por el señor apoderado de la entidad demandada al responder la demanda y caso en el cual ésta sobraría, toda vez que dicha posición acata lo dispuesto por los artículos invocados como violados del Decreto 2649 de 1993 y el artículo 330 del Estatuto Tributario.

Agrega que las facultades de la Superintendencia Bancaria son sólo para instruir y debe ejercerlas de acuerdo con las normas superiores, que para el caso son el Estatuto Tributario y el Decreto 2649 de 1983 y si bien puede establecer sistemas técnicos para realizar la valoración de las inversiones por los diferentes métodos reconocidos en los principios contables, no puede obligar a las entidades vigiladas a que registren esas valoraciones en las cuentas de resultado, como si ya se hubiera realizado el hecho económico que le sirve de causa a ese registro: el ingreso.

Con lo anterior, desde el punto de vista contable se desconocen las normas sobre ajustes por inflación y desde el punto de vista tributario se afecta a los accionistas cuando hay liquidación de utilidades.

El artículo 330 del Estatuto Tributario dispuso que para efectos de la contabilidad comercial, también se utilizaría, a partir de 1992 el sistema de ajustes integrales por inflación y el tema fue desarrollado por el artículo 2649 de 1993, el cual en concordancia con los artículos 332 y 338 del Estatuto Tributario señala la forma cómo dichos ajustes deben aplicarse, todo lo cual también resulta desconocido por el acto demandado al disponer que las inversiones de renta variable "... por estar registradas a valores de mercado no serán objeto de ajustes por inflación, ni reexpresión por ajuste de cambio".

Precisa que si bien es cierto, como lo afirma el señor apoderado de la Superintendencia Bancaria, que las disposiciones fiscales no siempre concuerdan con las disposiciones contables, existen casos en los cuales los efectos tributarios parten de un antecedente contable; tal es el caso del artículo 49 del Estatuto Tributario, en concordancia con el 48 y el 91 *ibidem* que implican

la medición de la utilidad fiscal en cabeza del accionista, en razón de las utilidades comerciales que se le distribuyan, como se ilustró en la demanda a través de un ejemplo, y el cual permite precisar, de manera concreta, la situación del accionista si se aplica o no la norma demandada, ya que por lo demás, ésta no establece que la utilidad así contabilizada no sea distribuible. Todo lo anterior genera un ingreso fiscal en cabeza de los accionistas.

Trae nuevos ejemplos concretos, concluyendo que:

1. Las utilidades por valores de mercado no se pueden, en principio distribuir, pues al no estar realizadas implicaría tener que vender activos para el pago de dividendos.

2. Pero si no se distribuyen generan un ajuste por inflación negativo (ajuste por inflación en el patrimonio) que acaba con las utilidades de la sociedad.

3. Al repartirse esas utilidades generan impuesto sobre la renta de los accionistas.

Finalmente, afirma que aunque las razones de conveniencia no pueden justificar la violación de normas superiores, si de seguridad y certidumbre se trata, la norma demandada no las logra, pues por el contrario los estados financieros de las sociedades, después de tener que contabilizar en la cuenta de resultado cualquier variación en los precios de mercado, quedarían sujetos al vaivén del mercado bursátil, creando una gran incertidumbre, pues las sociedades no podrán presupuestar sus utilidades, ni decidir la oportunidad de la enajenación de sus inversiones, toda vez que cualquier proyección carecería de efectos.

Por todo lo anterior, a su juicio, es mucho más coherente y efectivo el sistema regulado por los artículos 330, 332 y 338 del Estatuto Tributario, en concordancia con los artículos 68 y 70 del Decreto 2649 de 1993, según el cual se exige mostrar la realidad económica de las empresas, al tener que denunciar los valores de mercado como debe ser, como superávit de valorizaciones y no como utilidades del ejercicio.

Reitera su solicitud de nulidad del artículo 18 de la Resolución 200 del 10 de febrero de 1995, expedida por el Superintendente Bancario.

2. **Del Ministerio Público**

El señor Procurador Octavo Delegado (E.) en lo contencioso solicita que se denieguen las peticiones de la demanda.

A su juicio, no existe contradicción entre el acto demandado y las normas invocadas como violadas, ya que el Decreto 2649 de 1993 regula la contabilidad en general y en sus artículos 7°, 12 y 17 consagra los principios de permanencia,

de realización del hecho económico y de prudencia y el artículo 18 impugnado no contiene disposiciones que los contradigan.

Por otra parte, el artículo 137 del Decreto 2649 de 1993 subordina la competencia de autoridades diferentes del Presidente de la República para reglamentar la contabilidad de ciertos, entes, a las disposiciones contenidas en su Título Primero y en el Capítulo I del Título Segundo, y no en los demás artículos.

El inciso 2° del artículo 330 del Estatuto Tributario dispone que para la contabilidad comercial se utilizará el sistema de ajustes por inflación y observa que la norma acusada no está concebida para regular la contabilidad comercial o el sistema de ajustes por inflación, ni contiene ningún precepto que excluya la aplicación de dicho sistema, razón por la cual no se da la violación del citado artículo 330, inciso 2° del Estatuto Tributario.

Finalmente, precisa que la norma demandada no desconoce el artículo 338 de la Constitución Nacional, en cuanto no contiene ninguna previsión en materia tributaria, ni crea contribuciones fiscales o parafiscales, ni fija tarifas de tasas o contribuciones y la Superintendencia Bancaria sí tiene competencia para instruir y fijar las reglas generales que deban seguir las instituciones vigiladas en su contabilidad, según lo dispone el artículo 2°, numeral 3 literales a) y b) del Decreto 2359 de 1993.

3. **De la Superintendencia Bancaria**

El señor apoderado de la entidad demandada en su alegato de conclusión solicita se desestimen las pretensiones de la demanda y se refiere a cada uno de los cargos de violación planteados en la demanda, en síntesis así:

Violación de los artículos 7°, 12, 17 y 70 del Decreto 2649 de 1993 en concordancia con el artículo 137 *ibidem.*

No se desconoce el principio de la continuidad consagrado en el artículo 7° citado, el cual tiene como finalidad que en los respectivos estados financieros de las sociedades, se revelen tanto los recursos como los hechos contables, "... bajo el conocimiento de que dicho ente económico va a continuar o no existiendo".

A su juicio, el artículo demandado protege de manera especial dicho principio, ya con la valoración de las inversiones allí dispuesta, es posible reconocer alguno de los momentos que en consideración del mismo Decreto 2649 de 1993, pueden constituir un indicio de permanencia o no del ente económico.

Y la única forma como una sociedad del sector financiero puede prever futuros problemas es conociendo de manera veraz y oportuna su situación

económica, mediante la valoración de sus inversiones, teniendo como parámetro el valor del mercado.

Y en cuanto a la violación de los artículos 12 y 17 del mencionado decreto que consagran normas legislativas a la realización de los hechos y a la prudencia, fueron éstos justamente los criterios que tuvo en cuenta el Superintendente Bancario al expedir la norma demandada, tal como lo expresó en su considerando tercero, en el cual precisó:

" Tercero. Que, según las normas contables de la esencia sobre la forma, de valuación y de prudencia, los hechos económicos deben reconocerse de acuerdo con la realidad económica, deben ser apropiadamente cuantificados y no se deben sobreestimar los activos y los ingresos, con el propósito de cumplir con los objetivos y cualidades de la información contable y, en general, preservar la transparencia de la información;".

Agrega que la resolución en su integridad "...consagra uno de los principales fines de la contabilidad, cual es que la misma permita conocer y demostrar los recursos reales que controla el ente económico..." como lo son las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, para que con dicha información sus directivos puedan tomar las decisiones adecuadas y se facilite la labor de control a cargo de la entidad estatal.

En cuanto al artículo 70 del Decreto 2649 de 1993, reitera los argumentos aducidos al contestar la demanda, en el sentido de que dicho artículo establece el procedimiento de ajuste del valor aplicable a algunos activos no monetarios y que la resolución impugnada es la concresión de la competencia que tiene el Superintendente Bancario para reglamentar la materia contable de las entidades vigiladas.

Reitera la cita del artículo 137 del Decreto 2649 de 1993 según el cual dicha reglamentación contable, cuando es competencia de autoridades diferentes al Presidente de la República, está subordinada a las disposiciones de dicho decreto, pero solamente a las previstas en su Título Primero y en el Capítulo Primero del Título Segundo y el citado artículo 70, no se encuentra dentro de dichos títulos.

Violación de los ajustes por inflación

Insiste en que no se da la alegada violación de los artículos 7°, 12 y 17 del Decreto 2649 de 1993 y del artículo 330 del Estatuto Tributario sobre ajustes por inflación, por cuanto es el mismo artículo 330, modificado por el artículo 5° de la Ley 174 de 1994, el que dispone que para efectos de la contabilidad comercial se utilizará el sistema de ajustes integrales por inflación de acuerdo con lo previsto en los principios o normas de contabilidad

generalmente aceptados en Colombia y en los principios o normas de contabilidad expedidos para ser vigiladas por las respectivas entidades de control, de acuerdo con la naturaleza jurídica y las actividades desarrolladas por las entidades obligadas a llevar contabilidad.

Y agrega que, el Decreto 326 de 1995, reglamentario de la citada ley, en su artículo 6° dispone que de conformidad con el artículo 5° de la Ley 174 de 1994, para efectos de la contabilidad se utilizará el sistema de ajustes integrales por inflación, de acuerdo con lo previsto en las normas y principios de contabilidad generalmente aceptados, contenidos en el Decreto 2649 de 1993, y demás disposiciones que lo adicionen, modifiquen o sustituyan y que las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, la Superintendencia de Valores, la Superintendencia de Salud, la Superintendencia de Subsidio Familiar, el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas y otros entes con competencia para expedir normas o principios de contabilidad, deberán atenerse a lo que dispongan en materia de ajuste por inflación las respectivas entidades de vigilancia.

De lo anterior, precisa que lo previsto en el Estatuto Tributario sólo es aplicable de manera subsidiaria, es decir, según lo dispuesto por las normas y principios generalmente aceptados, adoptados en Colombia, mediante el Decreto 2649 de 1993 y en el caso de las entidades vigiladas por lo dispuesto por el ente estatal titular de su control. Y a las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, concretamente por lo dispuesto por la Resolución 200 de 1995, que lo único que hace es adoptar un medio para el ajuste de las inversiones de renta variable, diferente a los ajustes integrales por inflación.

Luego, trae citas doctrinarias para afirmar que la finalidad de los ajustes integrales por inflación, en materia contable es la de reconocer la pérdida del poder adquisitivo del dinero y que todos los hechos y recursos económicos se cuantifiquen apropiadamente, se logra también, en las inversiones de renta variable, a través de la valoración a precios del mercado, la cual excluye el ajuste por inflación para reflejar el verdadero valor de las inversiones.

Y además, el artículo 10 del mismo Decreto 2649 de 1993, al enunciar los diferentes sistemas de valuación de activos, señala que el valor de realización o de mercado es el que representa el importe en efectivo o su equivalente que se espera sea convertido en activo o liquidado un pasivo, en el curso normal de los negocios.

Violación del artículo 338 de la Constitución Nacional

El apoderado de la entidad demandada insiste en que la resolución acusada no constituye una normatividad de carácter tributario, ni crea nuevos impuestos ni

modifica la base gravable de los ya existentes, por cuanto es de naturaleza puramente contable y su objeto es simplemente ajustar las entidades vigiladas a las normas y principios contables que rigen en Colombia, según lo dispuesto por el Decreto 2649 de 1993 y que además, si se presentara algún conflicto entre el acto demandado y las normas tributarias, éstas tendrían prelación según lo dispone el mismo Decreto 2649 de 1993, en su artículo 136, y *por tanto*, las normas contables no pueden afectar la base gravable para efectos puramente fiscales.

Agrega que además, según el artículo 50 del Estatuto Tributario, todo tipo de ajuste por inflación realizado sobre cualquier activo, no debe incluirse para calcular la base gravable para efectos fiscales, según lo dispuesto por el artículo 50 del Estatuto Tributario, el cual dispone que no constituye renta ni ganancia ocasional en cuanto provenga de ajustes por inflación efectuados a los activos o de utilidades provenientes del componente inflacionario no gravable de los rendimientos financieros percibidos, norma que se aplica a todos los ajustes por inflación permitidos en la legislación para el costo de los bienes y como uno de los métodos para ajustar los bienes por el componente inflacionario es la valoración a precios de mercado de los activos en el caso de las inversiones, no se afecta la base gravable.

Precisa las siguientes conclusiones:

"1. La Superintendencia Bancaria de conformidad con lo dispuesto por el numeral 3° del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, tiene la facultad de expedir normas de carácter contable, con destino a sus vigiladas pero nunca disposiciones de naturaleza tributaria o fiscal.

"2. La Resolución 200 de 1995, es un instructivo de naturaleza eminentemente contable, lo cual ha quedado plenamente demostrado, cuya finalidad es acercar los estados financieros de las instituciones sometidas al control y vigilancia de la entidad por mi representada, a los principios contables generalmente aceptados en Colombia, recogidos en Decreto 2469 de 1993.

"3. Cualquier conflicto entre las normas de carácter contable y fiscal, se resuelven en favor de esta última, no siendo aplicables las disposiciones contables en ningún caso de contravención de las tributarias.

"4. Las valoraciones de activos, y especialmente de inversiones, realícese por medio de los ajustes integrales de inflación o por cualesquiera otro medio de ajuste, tales como el valor del mercado de realización, nunca se contabilizan como base gravable para el cálculo del impuesto a la renta o de ganancia ocasional".

Modificación del acto demandado

Finalmente, el señor apoderado de la Superintendencia Bancaria informa que el acto demandado fue objeto de reformas en virtud de lo dispuesto por el artículo 1° de la Resolución número 2170 del 14 de septiembre de 1995 expedida por el Superintendente Bancario, mediante la cual se adicionó un parágrafo segundo al artículo 18 demandado, sin que se cambie "... la esencia de la presente litis...".

Y concluye que como quedó "...plenamente demostrado la no transgresión de ninguna de las normas constitucionales ni legales citadas por el actor como concepto de violación..." solicita al Consejo de Estado "...efectivar en un todo la presunción de legalidad que pesa sobre el citado acto administrativo...".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Tal como lo afirma el señor apoderado de la Superintendencia Bancaria en su alegato de conclusión el artículo 18 de la Resolución 200 de 1995, expedida por el Superintendente Bancario fue objeto de una adición por la Resolución 2170 del 14 de septiembre de 1995, en los siguientes términos:

"Artículo 1°. Resolucion 2170 de 1995. Adiciónase el artículo 18 de la Resolución 200 de 1995 con un segundo parágrafo; por lo tanto, el mencionado artículo quedará así:

"...

"Parágrafo 2°. Para los efectos del tratamiento contable de las inversiones negociables de renta variable en acciones poseídas a marzo 31 de 1995, las entidades podrán optar por el siguiente procedimiento:

"La utilidad o pérdida derivada de la primera valoración, se determinará para como la diferencia entre el valor de mercado y el valor registrado a la misma fecha incluyendo los salvados de valorizaciones y provisiones existentes.

"La utilidad o pérdida se deberá determinar para cada tipo de inversión y tratar en forma individual como se describe a continuación:

"Si el resultado de la valorización genera una utilidad, ésta se registrará como superávit por valorizaciones de inversiones negociables de renta variable. Este valor se deberá amortizar en alícuotas mensuales así: 20% en el año 1995, 40% en 1996 y el 40% restante en 1997.

"Si el resultado de la primera valoración genera pérdida, ésta se imputará, en primera instancia al superávit por valoración registrado de la correspondiente inversión hasta agotarlo, y a partir de ahí afectará el estado del resultado a título de pérdida por valoración de inversiones negociables de renta variable.

"En las siguientes valoraciones, los efectos se registrarán en el estado de resultados y sólo se podrán imputar contra el superávit por valorizaciones cuando el valor de mercado sea inferior al determinado en la primera valoración.

"Las instituciones que se acojan a lo dispuesto en esta norma, reflejarán los ajustes correspondientes en los estados financieros del mes de septiembre de 1995 y hasta tanto no se haya amortizado en su totalidad el superávit por valorizaciones a que hace referencia este parágrafo, su efectos deberán revelarse en las notas a los estados financieros.

"Para las siguientes valorizaciones, respecto de estas inversiones, se confiará utilizando el procedimiento escogido, el cual no podrá ser modificado mientras las inversiones permanezcan en la entidad y deberá aplicarse para todas las inversiones de que trata el inciso primero del presente parágrafo. Las inversiones negociables de renta variable en acciones adquiridas a partir del 1° abril de 1995, se valorarán y contabilizarán, conforme a los parámetros del numeral primero del presente artículo.

"Las instituciones que a la fecha de expedición de esta resolución hayan celebrado asamblea general de accionistas, en donde se hubiese considerado la distribución de utilidades cuyo resultado incluya el ingreso por valoración de inversiones negociables en acciones, y aquellas que a la entrada en vigencia de la presente norma estén próximas a realizar su asamblea general de accionistas, podrán acordar con la Superintendencia Bancaria procedimiento a seguir para efectos de aplicar lo reglamentado en este parágrafo".

Teniendo en cuenta que la disposición transcrita adiciona el artículo demandado, la Sala se pronunciará respecto de la norma en los términos en que fue demandada, sin tener en consideración la nueva disposición.

Valorización de inversiones

Según los artículos 3° y 4° de la mima Resolución 0200 de 1995, de la cual forma parte el artículo demandado, las "inversiones" de que trata el artículo 18 acusado, son las "negociables", esto es, "inversiones de renta variable" (bonos convertibles en acciones y demás inversiones no catalogadas como de renta fija) que se coticen en bolsas de valores, con media y alta rentabilidad, que no se destinen a adquirir o mantener el control directo o indirecto de alguna entidad (independientemente del grado de bursatilidad) y que se realicen, por entes vigilados, en fondos de inversión y fondos de pensiones y de cesantías; e "inversiones de renta fija", a saber, títulos de deuda y otros que, simultáneamente, incorporen derechos de crédito y de participación.

Cuando el artículo 18 en cuestión, establece que la contabilización de las inversiones se hace, "al valor de mercado", y las variaciones entre éste y el último valor contabilizado se registran "en las cuentas de resultados", el correspondiente asiento opera por el "valor neto de realización, el cual resulta de deducir, del precio de mercado, los gastos directamente imputables a la conversión del activo, tales como comisiones, impuestos y otros conceptos de similar naturaleza, lo que, indica que la contabilización sólo se efectuaría a tiempo de la "realización" o "conversión" efectiva del activo, con arreglo a normas tributarias sobre la realización del ingreso, según los artículos 7° de la resolución citada y 27 y 28 del Estatuto Tributario.

Pero como el inciso 2° del artículo 7° de la resolución censurada, especifica que, "el precio del mercado representa el importe, en efectivo o su equivalente, en que es factible convertir la inversión en la fecha de la valoración, el cual debe ser razonable, verificable y confiable" y adicionalmente, los numerales 1° y 2° del artículo 9° ib, en armonía con el 1° ib, puntualiza que la valorización de las inversiones ahí relacionadas, es "diaria" (o "mensual", en el numeral 2° cit.) y el registro de resultados procede, "con la misma frecuencia", resultan claramente contrariados, el criterio fiscal de la realización del ingreso, los conceptos de renta bruta y líquida que se subordinan al fenómeno de la realización, y el principio de la anualidad contable y tributaria, por más "razonable, verificable y confiable" que aparezca el valor de mercado a que sea "factible" convertir la inversión (v. arts. 89, 178 y 575, E.T.).

No es válido lo sostenido por la parte demandada, en el sentido de que no se da la ilegalidad de la norma acusada, por ser de naturaleza eminentemente contable, cuando es clara la relevancia de la contabilidad en materia fiscal, al punto de constituir la misma prueba fundamental de los ítems de las declaraciones tributarias, e incluso, de preferir a éstas (cfr., entre otros, artículo 775, E.T.). Esto significa, que a la conclusión de cada ejercicio fiscal, el obligado a tener contabilidad registrada (o que lleve ésta, sin estarlo), debe presentar, en sus declaraciones, estrictamente los conceptos y guarismos a que se contraigan los estados financieros extractados de la contabilidad, so pena de incurrir en inexactitud que tiene prevista una de las sanciones más drásticas del sistema impositivo, aparte de la que cabría por las propias irregularidades contables, como la de que los libros no permitan verificar los factores de la base imponible y del tributo (v. arts. 647, 654 y 655, E.T.)

De hecho, por el sólo aspecto del registro a cuentas de resultado, la norma acusada hace viable la presentación periódica de beneficios irreales y, tal vez, irrealizables, pues nada garantiza que el activo se convierta, efectivamente, en el curso del período, ni que el ente subsista al final de esto; pero hay algo seguro; vencido dicho período, el inversionista que continúe

activo, debe declarar sus ingresos y patrimonio conforme a la contabilidad, haya o no convertido realmente sus inversiones, de donde es obvio que afrontaría el doble problema de la sobrestimación de sus ingresos y subestimación de sus activos, con ostensible quebrantamiento de los principios de continuidad, realización y prudencia en materia contable, pues la información relativa a ésta, debe proveer la no permanencia del ente, contraerse a los hechos económicos realizados que reportan utilidad o pérdidas efectivas y abstenerse de sobre valorar activos e ingresos, o de subestimar pasivos o gastos, a lo que, evidentemente, no se conforma el artículo demandado, con *los* valores "factibles" aplicados indiscriminadamente a las inversiones negociables (cfr. arts. 7°, 12 y 17 D. 2649/93).

Por otro aspecto, el registro contable de valorizaciones como beneficios, afecta el procedimiento de valorizaciones técnicas o ajustes, incluidos los "integrales por inflación", puesto que las diferencias por PAAG, se excluyen del carácter de ingreso, del costo fiscal para utilidades en la enajenación y del cálculo de la depreciación, contabilizándose tal diferencia, simplemente, como superávit por valorización en cuenta de balance; el registro contable en cuestión, como es obvio, tendría incidencia, así mismo, respecto de valorizaciones y desvalorizaciones de acciones y aportes en sociedades y bonos, títulos y demás activos mobiliarios que generen rendimientos financieros; se afectaría, igualmente, el movimiento de la cuenta por corrección monetaria, cuyos abonos, disminuidos por los respectivos cargos, constituyen la ganancia o pérdida por exposición a la inflación (cfr. arts. 330, 332, num. 6°, 334 y 350, E.T.; 4, D.R. 2591/93).

Adicionalmente, por efecto de la contabilización de inversiones a valores de mercado, la determinación de los dividendos y participaciones de accionistas y socios, genera ingresos fiscales y gravámenes no previstos por la ley.

Se dice, en la contestación de la demanda, que el actor yerra en la pretensión de aplicar los ajustes integrales por inflación a las inversiones contabilizadas a valor de mercado, porque ello implica sobrevalorar tales inversiones, con lo cual se admite que el registro a valor del mercado ordenado por la norma acusada, tiene aptitud para generar ganancia o pérdida, cuando lo razonable, de acuerdo con el ordenamiento tributario y contable, es que, cualquiera que sea la índole de la valoración o desvalorización, el fenómeno se refleje exclusivamente en el balance de situación, a título de superávit (o déficit), como una cuenta "parásita" del activo.

Sostiene el opositor, igualmente, que "la utilidad generada por la valoración de las inversiones a precio de mercado, no es un ingreso fiscal, por cuanto los contribuyentes obligados a llevar contabilidad, de acuerdo con los artículos 27 y 28 del Estatuto Tributario, deben reconocer o causar los ingresos a partir del momento en que se haga su recaudo efectivo", pero no explica, ni el

precepto atacado contiene solución alguna sobre el particular. Cómo se concilian, al final del período contable y fiscal (cuando el inversionista debe declarar ingresos y activos) las "utilidades" generadas por la valoración de un activo no realizado, convertido o enajenado efectivamente en dicho período; la "solución" obvia sería la de que se declaren, como tales, dichas "utilidades", con el consiguiente incremento de la base imponible y del gravamen, que es lo que viene sosteniendo el actor. No es exacto, por tanto, que las "utilidades" de que se habla, no se tengan en cuenta "para determinar la utilidad fiscal".

El impugnador insiste en que el producto de las valorizaciones no es ingreso fiscal, sino superávit por valorización, lo cual es estrictamente cierto, pero ya se vio que el artículo acusado dice otra cosa, pues dispone tratar aquéllas como ítem de resultados, no como cuenta de balance.

Funciones del Superintendente

Tratándose de regulaciones de la materia contable, según se contempla en el literal b), numeral 3°, del artículo 2° del Decreto 2359 de 1993, que sustituyó al artículo 326 del Decreto 663 de 1993 (o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), del ejercicio de facultades contenidas, en materia análoga, por el artículo 137 del Decreto 2649 de 1993, en consonancia con el 70 ib., las facultades del Superintendente Bancario no solamente no son discrecionales, ni exclusivamente subordinadas en su ejercicio al "Título Primero y (...) Capítulo Primero del Título Segundo" del Decreto 2649 de 1993 citado, como lo pretende la parte impugnadora, sino a la totalidad del régimen legal incluidas, naturalmente, las normas específicamente contables y tributarias y, entre ellas, las que el actor señala como infringidas.

De conformidad con lo anterior, la Sala accederá a declarar la nulidad solicitada.

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 artículo 18 de la Resolución número 0200 de 10 de febrero de 1995, expedida por el Superintendente Bancario.

Cópiese, publíquese, notifíquese, archívese, cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección; *Julio E. Correa Restrepo, Delio Gómez Leyva, Consuelo Sarria Olcos.*

Carlos Alberto Flórez Rojas, Secretario.

SECCION QUINTA

NULIDAD ELECTORAL - Celebración de Contratos / ALCALDE - Inhabilidades

Es causa de inhabilidad la intervención en la celebración de contratos o la celebración de éstos, según los casos, si tiene lugar durante el año anterior a la inscripción de la candidatura. Además, se trata de contratos que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

DOBLE ASIGNACION DEL TESORO - Inexistencia / PENSION DE JUBILACION - Entidad pública / ALCALDE - Inexistencia de inhabilidad para su elección

Siendo, entonces que la circunstancia de estar percibiendo pensión de entidad pública no está establecida en el artículo 95 de la Ley 136 de 1994 como causa que inhabilite para ser elegido o designado alcalde, el cargo no puede prosperar.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., seis (6) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Mario Alario Méndez.*

Referencia: Expediente número 1386.

Demandante: Luis Gonzaga Restrepo Ospina y Oscar González Salazar.

Electoral.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandado, señor Gilberto Clavijo López, contra la sentencia de 2 de junio de 1995 dictada por el Tribunal Administrativo de Caldas, mediante la cual declaró que era nulo el acto de su elección como alcalde del municipio de Samaná para el período comprendido entre 1995 y 1997 y dispuso la cancelación de la respectiva credencial.

I. ANTECEDENTES

Los ciudadanos Oscar González Salazar y Luis Gonzaga Restrepo Ospina demandaron ante el Tribunal Administrativo de Caldas se declarara la nulidad de la elección del señor Gilberto Clavijo López como alcalde municipal de Samaná para el período comprendido entre 1995 y 1997, elección que consta en el acta parcial del escrutinio de votos para alcalde de 6 de noviembre de 1994 (formulario E-26 AG) y, en consecuencia, se ordenará la cancelación de la credencial correspondiente y la realización de nuevas elecciones.

Dicen los demandantes que el señor Gilberto Clavijo López fue miembro principal del Comité Departamental de Cafeteros de Caldas desde el 1° de agosto de 1991 hasta el 17 de agosto de 1994 y que como tal intervino, durante el año anterior a su inscripción como candidato a la Alcaldía de Samaná, en la celebración de contratos con entidades públicas, en interés propio y de terceros, es decir, de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, Comité Departamental de Cafeteros de Caldas, y de los beneficiarios de las obras realizadas; que el municipio de Samaná ha hecho diversos pagos a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, Comité Departamental de Cafeteros de Caldas; que el Director Ejecutivo del Comité Departamental de Cafeteros de Caldas celebró los contratos mencionados previa autorización conferida por el Comité Departamental de Cafeteros de Caldas, "en cuyas sesiones intervino y participó el señor *Gilberto Clavijo López*, como miembro principal del mismo".

Dicen asimismo los demandantes que el señor Clavijo López al momento de la inscripción de su candidatura gozaba de una pensión de jubilación reconocida por la Caja de Previsión Social de Comunicaciones (Caprecom), lo cual lo hacía inhábil para reintegrarse al servicio público y ejercer un empleo en la rama ejecutiva como el de alcalde de Samaná.

Citan los demandantes como violados el artículo 95, numeral 5, de la Ley 136 de 1994, señalando que el señor Clavijo López no podía ser elegido alcalde porque intervino en la celebración de varios contratos entre la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, el departamento de Caldas y el municipio de Samaná, pues, conjuntamente con los demás miembros del Comité, autorizó al Director Ejecutivo para celebrar esos contratos.

Dicen que por disposición del artículo 2°, incisos primero y segundo, de la Ley 27 de 1992, a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades u organismos departamentales y municipales les son aplicables las normas que regulan el régimen de administración de personal civil establecido en los Decreto 2400 y 3074 de 1968, el Decreto 1950 de 1973, la Ley 13 de 1984 y la Ley 61 de 1987,

de donde concluyen que fueron quebrantados los artículos 25, literal d), 29, inciso segundo, y 61 del Decreto 2400 de 1968 y 25, literal c), y 121 del Decreto 1950 de 1973, porque las personas retiradas con derecho a pensión no pueden reintegrarse al servicio público, salvo cuando se trate de ocupar ciertos cargos expresamente señalados, dentro de los que no está comprendido el de alcalde; porque para ejercer un empleo de la rama ejecutiva se requiere no estar gozando de pensión, y porque la contravención a esas normas se sanciona con la nulidad de la elección.

Dicen que por haberse violado las normas mencionadas el señor Clavijo López no reunía las calidades constitucionales y legales para ser elegido Alcalde de Samaná "incurriendo el Acta Parcial de Escrutinio en la causal de nulidad contemplada en el artículo 223, numeral 5, modificado por la Ley 96 de 1985, artículo 65 y Ley 62 de 1988, artículo 17".

El demandado, señor Gilberto Clavijo López, al dar contestación a la demanda expresó que, en cuanto a la inhabilidad de que trata el artículo 95, numeral 5, de la Ley 136 de 1994, la Federación Nacional de Cafeteros y el Comité Departamental de Cafeteros de Caldas son entes de derecho privado; que los contratos supuestamente realizados fueron en beneficio de entes territoriales, como el municipio de Samaná; que no existe interés particular ni actuó el demandante en beneficio propio o de un tercero y que la Federación y los comités de cafeteros no son organismos descentralizados.

En cuanto a la circunstancia de ser jubilado, dijo que no es causal de nulidad de un registro o acta de escrutinio, de acuerdo con lo previsto en el artículo 223 del Código Contencioso Administrativo y, por tanto, no le impedía ser elegido alcalde.

II. LA SENTENCIA APELADA

Es la sentencia dictada el 2 de junio de 1995 por el Tribunal Administrativo de Caldas, mediante la cual declaró la nulidad del acto de elección del señor Gilberto Clavijo López como Alcalde del municipio de Samaná para el período comprendido entre 1995 y 1997, dispuso la cancelación de la respectiva credencial y ordenó las comunicaciones correspondientes al Gobernador de Caldas y a la Delegación Departamental del Estado Civil.

El Tribunal encontró probada la intervención del señor Gilberto Clavijo López en la celebración de varios contratos con entidades de derecho público durante el año anterior a la fecha de su inscripción como candidato a la Alcaldía del municipio de Samaná, ejecutados en el mismo municipio, y dijo que esa conducta lo ubica en la inhabilidad que prescribe el artículo 95, numeral 5, de la Ley 136 de 1994.

Explicó el Tribunal que el señor Clavijo López, unas veces obrando como miembro principal y en ocasiones como Presidente del Comité Departamental de

Cafeteros de Caldas, "dio voto favorable para la celebración de los diferentes contratos, autorización esencial, requisito fundamental como quiera que sin esa voluntad se torna imposible la celebración de cualquier contrato por parte del Director Ejecutivo del Comité Departamental, quien obra en representación directa de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, conforme al poder especial otorgado por el Gerente Administrativo de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y todo de conformidad con el artículo 23 literal f) y artículo 25 de los Estatutos de la Federación".

Respecto del hecho de que el señor Clavijo López gozara de una pensión de jubilación proveniente de una entidad oficial, se lee en la sentencia que en conformidad con lo establecido en el artículo 2° de la Ley 27 de 1992 los artículos 29 del Decreto 2400 de 1968 y 121 del Decreto 1950 de 1973, eran aplicables a los alcaldes como empleados que son del orden municipal, y que en tales normas no se contempla el cargo de alcalde dentro de las excepciones establecidas. Se dijo también en la sentencia que no podían dejarse de lado las calidades legales previamente concebidas por el legislador, siendo que según el artículo 223, numeral 5, del Código Contencioso Administrativo, es causal de nulidad el hecho de que se computen votos a favor de un candidato que no reúna las calidades de orden legal, y que en el caso en examen el elegido se encontraba incurso en una prohibición legal expresa, la de no poder acceder al cargo de alcalde por haber adquirido la calidad de pensionado.

Con base en las anteriores consideraciones, llegó el Tribunal a la conclusión de que el elegido Alcalde del municipio de Samaná se encuentra incurso tanto en la causal de inhabilidad establecida en el artículo 95, numeral 5, de la Ley 136 de 1994, como en la de los artículos 29 y 121 de los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973, en su orden, en consecuencia de lo cual declaró la nulidad del acto de elección.

III. LA APELACION

Contra la anterior sentencia el demandado interpuso el recurso de apelación, que sustentó en varios memoriales.

A las razones expresadas al contestar la demanda agregó que su anuencia para que se celebraran los contratos entre el Comité Departamental de Cafeteros de Caldas y el municipio de Samaná no era esencial puesto que si, eventualmente, no hubiera asistido a las sesiones en las cuales se dio vía libre para la celebración de dicho contratos, ello no hubiera impedido su aprobación; que los contratos y la intervención a que se refiere el artículo 95, numeral 5, de la Ley 136 de 1994 "tienen que ser los que buscan, ante todo beneficios económicos para el contratista, pues 'castigar' una actuación, ausente de todo fin económico, en beneficio propio

o de un tercero, a sabiendas de que se busca el bien común, resultaría contrario a los más elementales principios de la justicia"; que muchos de los contratos celebrados con entidades territoriales no son ejecutados, y en estos eventos no es posible afirmar que la intervención a que se refiere la norma citada produjo efectos.

Dijo también que uno de los principios rectores del derechos electoral es el de la eficacia del voto, que el voto de las mayorías es un acto soberano del pueblo, libre y espontáneo, y por tanto debe ser eficaz, esto es, válido; reiteró que la intervención que pudo tener como miembro del Comité Departamental de Cafeteros de Caldas fue ajena a todo interés particular; y dijo también que Comité Departamental de Cafeteros de Caldas es órgano de consulta, y que quien celebra los contratos es el Secretario Ejecutivo del mismo.

Por otra parte, afirmó que intervenir significa tomar parte en un asunto, situación que en materia contractual se limita a las partes; que no actuó como parte contratante sino dentro de un organismo que, como persona jurídica, es diferente de la persona natural elegida, sin ánimo de lucro y de beneficio común, no particular, esto es, que su interés no resulta propio; que no representaba a la parte contratante; que el solo voto del elegido no era necesario; que no está demostrado que, según sus estatūtos, la decisión del Comité Departamental de Cafeteros de Caldas sea requisito indispensable para las contrataciones, como tampoco que el demandado hubiera comprometido su consentimiento en los contratos.

Y afirmó finalmente, frente al hecho de gozar de pensión de jubilación proveniente de una entidad oficial, que de esa prohibición se encuentran excluidos los cargos de elección popular; que el fallo apelado da cabida a normas exlusivamente aplicables a empleos y cargos del orden nacional; que los alcaldes tienen su propia regulación y que las inhabilidades e incompatibilidades establecidas respecto de los mismos son restrictivas, todo lo cual impide la aplicación de los artículos 29 del Decreto 2400 de 1968 y 121 del Decreto 1950 de 1973.

El demandado pidió la práctica de algunas pruebas.

IV. LA OPINION DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuraduría Novena delegada en lo Contencioso rindió su concepto número 38, recibido el 31 de agosto de 1995.

Dijo la Procuraduría que la inhabilidad del alcalde elegido sólo puede producirse por los contratos que autorizó y se celebraron dentro del año anterior a la inscripción de su candidatura, por lo cual no puede hacerse extensiva a las modificaciones o adiciones de contratos ya celebrados, de donde concluye que el único contrato que inhabilita el señor Clavijo López es el suscrito el 19 de octubre de 1994 entre la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, Comité

Departamental de Cafeteros de Caldas, y el municipio de Samaná. Y que está demostrado que dicho contrato no podía celebrarse sin la aprobación del Comité Departamental de Cafeteros de Caldas, del cual era miembro el señor Clavijo López.

En cambio, dijo la Procuraduría, no puede afirmarse que el mencionado ciudadano estuviera inhabilitado por el hecho de ser pensionado de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, porque no da lugar a la inhabilidad para ser elegido o designado alcalde ninguna situación que no esté prevista en el artículo 95 de la Ley 136 de 1994.

Así, ha pedido la Procuraduría se confirme la sentencia por impugnada por las razones expresadas, mas no por las dadas por el Tribunal.

V. CONSIDERACIONES

Los demandantes impugnan el acto de elección del señor Gilberto Clavijo López como Alcalde del municipio de Samaná, para el período comprendido entre 1995 y 1997, y formulan dos cargos.

1. Primer cargo

El primer cargo se hace consistir en que el señor Gilberto Clavijo López no podía ser elegido alcalde por hallarse incurso en la causal de inhabilidad establecida en el artículo 95, numeral 5, de la Ley 136 de 1994, que dice:

> "ARTICULO 95. Inhabilidades. No podrá ser elegido ni designado alcalde quien:
>
> ...
>
> 5. Durante el año anterior a su inscripción haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio, o en el de terceros o haya celebrado por sí, o por interpuesta persona, contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.
>
> ...".

Es entonces causa de inhabilidad la intervención en la celebración de contratos o la celebración de éstos, según los casos, si tiene lugar durante el año anterior a la inscripción de la candidatura. Además, se trata de contratos que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

Dicen los demandantes que el señor Gilberto Clavijo López durante el año anterior a su inscripción como candidato a la Alcaldía del municipio de Samaná, siendo miembro principal del Comité Departamental de Cafeteros de Caldas,

intervino en la celebración de varios contratos con diversas entidades públicas, en beneficio propio y de terceros, es decir, de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, Comité Departamental de Cafeteros de Caldas, y de los beneficiarios de las obras realizadas, y que por tanto se hallaba inhabilitado para ser elegido Alcalde del municipio de Samaná.

Consta en el proceso, en el acta de solicitud, constancia de aceptación e inscripción de candidatos (formulario E-6 AG) que el señor Gilberto Clavijo López fue inscrito como candidato a la Alcaldía del municipio de Samaná el 26 de agosto de 1994 para las elecciones del 30 de octubre del mismo año (folio 2, primer cuaderno).

Consta asimismo que fue elegido Alcalde de ese municipio para el período comprendido entre 1995 y 1997, según acta parcial de escrutinios de 6 de noviembre de 1994 (formulario E-26 AG) (folio 3, primer cuaderno).

Obran en el proceso certificaciones expedidas por el Secretario General, cuya fecha no es legible, y por el Jefe de la Oficina Jurídica el 14 de febrero de 1995, ambos del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, acerca de la existencia de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia (folio 10, primer cuaderno, y 1 a 3, segundo cuaderno).

Según certificación del Secretario de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia de 1° de diciembre de 1994, el señor Clavijo López fue elegido miembro principal del Comité Departamental de Cafeteros de Caldas en sesión del 9 de julio de 1991 y su retiro de dicho comité fue autorizado en sesión de 17 de agosto de 1994 (folio 7, primer cuaderno).

Cumple entonces examinar cada uno de los casos de intervención que en la demanda se atribuyen al demandado:

a) La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, Comité Departamental de Cafeteros de Caldas, y el municipio de Samaná, celebraron el convenio número 1.585-93 para la ejecución de trabajos de pavimentación en la carretera de Cañaveral a Samaná, el 16 de julio de 1993 (folios 140 a 142, primer cuaderno).

El municipio, se lee en el contrato, "con el fin de cofinanciar la ejecución de la obra objeto del contrato aportará la suma diecisiete millones de pesos ($17.000.000.00)"; el comité ejecutaría las obras.

En su texto se lee además que la celebración del convenio fue autorizada por el Comité Departamental de Cafeteros de Caldas según consta en acta número 24 de 29 de junio de 1993. No fue traída al proceso copia de esa acta ni por ningún otro medio fue probado que el demandado hubiera participado en la sesión a que

se refiere la misma. Pero, en todo caso, esa sesión y, más aún, el convenio mismo, no tuvieron lugar dentro del año anterior a la inscripción del señor Gilberto Clavijo López como candidato a la alcaldía del municipio de Samaná, lo que ocurrió, ya se dijo, el 26 de agosto de 1994;

b) Al convenio referido se hizo la modificación 152-94 de 14 de abril de 1994, en el sentido de "ampliar el precio pactado en el contrato inicial en veinticuatro millones de pesos ($24.000.000.00)" (folio 123, primer cuaderno).

Se lee en el texto de la modificación que fue autorizada por el Comité Departamental de Cafeteros de Caldas según acta número 10 de 22 de marzo de 1994, copia de la cual fue traída al proceso (folio 122, primer cuaderno). En ella consta la participación del señor Gilberto Clavijo López; además, en lo pertinente, se lee:

"5. División de Ingeniería: Con el Municipio de Samaná para ampliar en $24.000.000 el convenio de cofinanciación suscrito para pavimentación de la carretera Samaná-Cañaveral."

Está pues demostrada la participación del señor Clavijo López en la celebración de la modificación referida, y que tuvo lugar dentro del año anterior a su inscripción;

c) Al mismo convenio se hizo también la modificación 402-94 de 15 de julio de 1994, para "adicionar el convenio inicial en trescientos sesenta y cinco (365) días calendario contados desde el 16 de julio de 1994 hasta el 15 de julio de 1995" (folio 136, primer cuaderno).

Se lee en el texto de la modificación que fue ésta autorizada por el Comité Departamental de Cafeteros de Caldas según acta número 21 del 14 de junio de 1994, y copia de esa acta obra en el proceso (folio 135, primer cuaderno), en la que consta la participación del señor Gilberto Clavijo López; además, en la misma se lee:

"4. División de Ingeniería: en 365 días calendario el número 1.585-93 con el Municipio de Samaná para pavimentación de la carretera Samaná-Cañaveral."

Está pues demostrada, también en este caso, la participación del señor Clavijo López en la celebración de la modificación referida, y que tuvo lugar dentro del año anterior a su inscripción;

d) La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, Comité Departamental de Cafeteros de Caldas, y el departamento de Caldas celebraron el convenio número 1.588-93 para la construcción, reparación y mantenimiento de escuelas, electrificación rural y acueductos, el 16 de julio de 1993 (folios 157 a 161, primer cuaderno).

El departamento, "con el fin de cofinanciar la ejecución de la obra objeto del contrato aportará la suma de treinta millones de pesos ($30.000.000)", y el Comité, también "con el fin de cofinanciar la ejecución de la obra objeto del contrato aportará la suma de ochenta y cuatro millones novecientos mil pesos ($84.900.000.00)"; el Comité ejecutaría las obras.

En su texto se lee que la celebración del convenio fue autorizada por el Comité según consta en acta número 41 de 3 de noviembre de 1992. No fue traída al proceso copia de esa acta ni por ningún otro medio fue probado que el demandado hubiera participado en la sesión a que se refiere la misma. Pero, en todo caso, esa sesión y, más aún, el convenio mismo, no tuvieron lugar dentro del año anterior a la inscripción del señor Gilberto Clavijo López como candidato a la Alcaldía del municipio de Samaná, lo que ocurrió, ya se dijo, el 26 de agosto de 1994;

e) El convenio tuvo la modificación 141-94 de 5 abril de 1994, en el sentido de trasladar un excedente de $4.500.000 "para ser utilizado en el acueducto de Marzala como complemento de los recursos determinados en la cláusula segunda del contrato 1.588 de 1993, para dicho acueducto" (folios 107 y 108, primer cuaderno).

Se lee en el texto de la modificación, que fue ésta autorizada por el Comité Departamental de Cafeteros de Caldas según acta número 5 de 15 de febrero de 1994, copia de la cual fue traída el proceso (folios 105 y 106, primer cuaderno). En esa acta consta la participación del señor Gilberto Clavijo López; además, en lo pertinente, se lee:

> "Se autorizó modificar el Convenio número 1588-93, suscrito con el departamento, en el sentido de trasladar para el acueducto de Marzala en Victoria $4.500.000 excedentes después de ejecutar en su totalidad las obras del acueducto Montecristo en el municipio de Samaná."

Está demostrada la participación del señor Clavijo López en la celebración de la modificación referida, y que tuvo lugar dentro del año anterior a su inscripción, pero las obras correspondientes no se ejecutarían en el municipio de Samaná, sino en la vereda Marzala, del municipio de Victoria;

f) Al mismo convenio se hizo también la modificación 387-94 de 6 de julio de 1994, para destinar un excedente de $52.399.240, inicialmente destinados a las obras de electrificación de la vereda El Silencio, a la realización de obras de electrificación rural en las veredas de Santa Rita, San Rafael y La Palma y prorrogar hasta el 31 de diciembre de 1994 el plazo del contrato (folios 155 y 156, primer cuaderno).

Se lee en el texto de la modificación que fue ésta autorizada por el Comité según acta número 23 de 28 de junio de 1994. Al proceso fue traída copia de esa acta (folios 153 y 154, primer cuaderno), en la que consta la participación del señor Gilberto Clavijo López; además, en lo pertinente, se lee:

"4. División de Ingeniería:

...

Prorrogar hasta el 31 de diciembre de 1994, el plazo pactado en el convenio 1588-93 celebrado con el Departamento de Caldas para construcción, reparación y mantenimiento de diferentes obras y sustituir (por haber sido realizado) la electrificación de la vereda El Silencio (Samaná), incluida en ese convenio por la de las veredas Santa Rita (Tibacuy), San Rafael y La Palma (La Culata) en el mismo municipio."

También está demostrada en este caso la participación del señor Clavijo López en la celebración de la modificación referida, y que tuvo lugar dentro del año anterior a su inscripción;

g) La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, Comité Departamental de Cafeteros de Caldas, y el municipio de Samaná celebraron el convenio número 1.772-93 para ejecutar obras de electrificación rural en veredas de ese municipio, el 6 de agosto de 1993 (folios 167 a 170, primer cuaderno).

El municipio, se lee en el contrato, "con el fin de cofinanciar la ejecución de la obra objeto del contrato aportará la suma de diecisiete millones de pesos ($17.000.000.00)"; el Comité ejecutaría las obras.

En su texto se lee que la celebración del convenio fue autorizada por el Comité según consta en acta número 24 de 19 de febrero de 1993. No fue traída al proceso copia de esa acta ni por ningún otro medio fue probado que el demandado hubiera participado en la sesión a que se refiere la misma. Pero, en todo caso, esa sesión y, más aún, el convenio mismo, no tuvieron lugar dentro del año anterior a la inscripción del señor Gilberto Clavijo López como candidato a la alcaldía del municipio de Samaná;

h) El convenio tuvo la modificación 010-94 de 24 de enero de 1994, en el sentido de "ampliar la cobertura de los trabajos a las veredas *La Quinta (El Naranjo) y La Planta*" y aumentar a $20.000.000 el aporte que haría el municipio (folios 164 y 165, primer cuaderno).

Se lee en su texto que fue ésta autorizada por el Comité Departamental de Cafeteros de Caldas según Acta número 47 de 7 de diciembre de 1993, copia de la cual fue traída al proceso (folios 162 y 163, primer cuaderno); en ella consta la participación del señor Gilberto Clavijo López y, en lo pertinente, se lee:

"5. División de ingeniería.

Se autorizó ampliar en $20.000.000 el contrato número 1799-93 (sic) suscrito con el municipio de SAMANA, para electrificación rural, y se incorporaron además las veredas de La Quinta (El Naranjo) y la Planta."

Está demostrada la participación del señor Clavijo López en la celebración de la modificación referida, y además que ello tuvo lugar dentro del año anterior a su inscripción;

i) Al mismo convenio se hizo también la modificación 296-94 de 6 de junio de 1994, con el propósito de "ampliar el precio pactado en el convenio inicial en siete millones de pesos ($7.000.000.00) moneda legal colombiana, con el fin de ampliar la cobertura del programa de electrificación a la vereda SASAIMA" (folio 115, primer cuaderno).

Se lee en esa modificación que fue ésta autorizada por el Comité según actas números 11 y 13 de 5 y 19 de abril de 1994 (folio 115, primer cuaderno). Obra en el proceso copia de tales actas (folios 111 a 114, primer cuaderno). En el acta número 11, en lo pertinente, se lee:

"División de Ingeniería.

...

En $5.000.000 el número 1772 con el municipio de Samaná para obras de electrificación rural con el fin de incluir en él la vereda SOSAIMA."

Pero no consta que el señor Gilberto Clavijo López hubiera participado en la sesión correspondiente.

Y en el acta número 13, se lee:

"4. División de Ingeniería.

En el Acta número 11 del 5 de abril se autorizó ampliar en $5.000.000 el convenio 1772-93 suscrito con el municipio de SAMANA para electrificación rural a fin de incluir en él la vereda SOSAIMA. Por solicitud del señor Alcalde se incrementa (sic) las viviendas a electrificar en dicha vereda."

Pero a esa sesión sí asistió el señor Clavijo López, y así consta, que por lo mismo participó en la celebración de la modificación referida, y ello tuvo lugar dentro del año anterior a su inscripción;

j) La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, Comité Departamental de Cafeteros de Caldas, y el municipio de Samaná celebraron el convenio número

199-94 para la ejecución de las obras de explanación, drenaje y afirmado de la carretera de Villeta a La Esmeralda, el 5 de mayo de 1994 (folios 119 a 121, primer cuaderno).

El municipio, se lee en el contrato, "con el fin de cofinanciar la ejecución de la obra objeto del contrato aportará la suma de veinte millones de pesos ($20.000.000.00)"; el Comité ejecutaría las obras.

En el mismo texto se lee que la celebración del convenio fue autorizada por el Comité según acta número 11 de 5 de abril de 1994. Obra en el proceso copia de esa acta (folios 111 y 112 primer cuaderno), pero en ella no consta que a la sesión correspondiente hubiera asistido el señor Gilberto Clavijo López;

k) La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, Comité Departamental de Cafeteros de Caldas, y el municipio de Samaná celebraron el 19 de octubre de 1994 el contrato número 569-94 de "asociación para la ejecución de proyectos", y específicamente para la construcción del acueducto regional de Samaná, sector de la Sombra y La Retirada, por valor de $12.000.000 aportados su totalidad por el municipio; el Comité haría las obras (folios 149 a 152, primer cuaderno).

En su texto se lee que la celebración del contrato fue autorizada por el Comité según acta número 22 de 21 de junio de 1994. Fue traída al proceso copia de esa acta (folio 146, primer cuaderno), en la que consta que a la sesión asistió el señor Clavijo López y se lee:

> "4. División de ingeniería. Con el Municipio de Samaná, por $12.000.000 (100% municipio) para apoyar la construcción de los acueductos 'La Sombra' y 'La Retirada'."

También en este caso está probada la intervención del señor Clavijo López, y que tuvo lugar dentro del año anterior a su inscripción.

Está, pues, acreditado que el señor Gilberto Clavijo López, en los casos reseñados en los literales b), c), f), h), i) y k) anteriores, intervino en la celebración de contratos con el municipio de Samaná y el departamento de Caldas. Por tanto, se encuentra incurso en la causa de inhabilidad establecida en el artículo 95, numeral 5, de la Ley 136 de 1994, y así habrá de declararse.

2. **Segundo cargo**

El segundo cargo se hace consistir en que el señor Gilberto Clavijo López al momento de su inscripción y elección como Alcalde del municipio de Samaná gozaba de una pensión de jubilación reconocida por una entidad oficial, circunstancia que lo hace inhábil, dicen los demandantes, para ejercer un empleo en la rama ejecutiva, como el de alcalde, no previsto dentro de las excepciones legales que permiten el

reintegro al servicio público, todo en conformidad con lo dispuesto en los artículos 25, literal d), 29, inciso 2, y 61 del Decreto 2400 de 1968 y 25, literal c) y 121 del Decreto 1950 de 1973, especialmente, aplicables al caso por disposición del artículo 2°., incisos primero y segundo, de la Ley 27 de 1992.

Pues bien, el artículo 25, literal d) del Decreto 2.400 de 1968, según fue modificado por el artículo 1° del Decreto 3.074 del mismo año, dice así:

"ARTICULO 25. La cesación definitiva de funciones se producen en los siguientes casos:

...

d) Por retiro con derecho a jubilación;

..."

El artículo 29, inciso segundo, de ese decreto, modificado también por el artículo 1° del Decreto 3074, dice:

"ARTICULO 29...

La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de Presidente de la República, ministro del despacho, jefe de departamento administrativo, superintendente, viceministro, secretario general de ministerio o departamento administrativo, presidente, gerente o director de establecimientos públicos o de empresas industriales y comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidas en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando que el empleado no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años."

Y el artículo 51 del mismo decreto, establece:

"ARTICULO 61. Serán nulos todo nombramiento o providencia relacionada con el personal que se hiciere en contravención a las disposiciones de este decreto."

El artículo 25 del Decreto 1950 de 1973, reglamentario del anterior, establece:

"ARTICULO 25. Para ejercer un empleo de la rama ejecutiva del poder público se requiere:

...

c) No estar gozando de pensión o ser mayor de 65 años, con excepción de los casos a que se refieren los artículos 121 y 122 del presente decreto.

..."

Y el artículo 121 del Decreto 1950 de 1973 de este último decreto, dice así:

"ARTICULO 121. La persona reiterada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de:

1. Presidente de la República.

2. Ministro del despacho o jefe de departamento administrativo.

3. Superintendente.

4. Viceministro o secretario general de ministerio o departamento administrativo.

5. Presidente, gerente o director de establecimiento público o de empresa industrial o comercial del Estado.

6. Miembro de misión diplomática no comprendida en la respectiva carrera.

7. Secretario privado de los despachos de los funcionarios anteriores.

8. Consejero o asesor, y

9. Las demás que por necesidades del servicio determine el gobierno, siempre que no se sobrepase la edad de los sesenta y cinco (65) años."

En verdad que según el artículo 2° de la Ley 27 de 1992, las disposiciones transcritas son aplicables a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades u organismos del nivel municipal, entre otros.

No obstante, en el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, se señalaron las causas que inhabilitan para ser elegido o designado alcalde. Esta, que es norma posterior y, sobre todo, especial, que regula la materia, prevalece sobre las anteriores, según lo dispuesto en los artículos 2° y 5°, numeral 1, de la Ley 153 de 1887.

Siendo, entonces, que la circunstancia de estar percibiendo pensión de entidad pública no está establecida en el artículo 95 de la Ley 136 de 1994 como causa que inhabilite para ser elegido o designado alcalde, el cargo no puede prosperar.

En la sentencia, sin embargo, se dijo que el señor Clavijo López era inhábil para ser elegido alcalde que el señor Clavijo López era inhábil para ser elegido alcalde porque gozaba de una pensión de jubilación reconocida por una entidad oficial. Al respecto es de señalar, a más de lo expuesto, que las razones de la sentencia, en lo pertinente, no son de la Sala que la expidió, sino sólo del magistrado

ponente; los restantes expresaron opinión contraria. Ello quiere decir que esas razones nunca debieron ser incluidas en la sentencia como motivo de la decisión adoptada.

3. **Consideración final**

Se refiere la Sala a la petición de pruebas formulada por el demandado en memorial mediante el cual sustentó la apelación.

Al respecto se advierte que no había lugar a decretar tales pruebas, porque no es esa la oportunidad en que podía el demandado solicitarlas sino, según los dispuesto en el artículo 233, numeral 4, del Código Contencioso Administrativo, dentro del término de fijación en la lista.

Por otra parte, las pruebas han de decretarse, tanto las pedidas por las partes como las que de oficio se ordenen, inmediatamente después de vencido el término de fijación en lista, según lo establecido en el artículo 234 del mismo código.

Además, en la segunda instancia, cuyo trámite está previsto en el artículo 251 del Código Contencioso Administrativo, no está establecida oportunidad alguna para pedir ni para decretar pruebas.

Por lo expuesto, entonces, resulta improcedente la petición del demandado.

4. **Conclusión**

El demandado se encuentra incurso en la causal de inhabilidad establecida en el artículo 95, numeral 5, de la Ley 136 de 1994. Por esta razón, y sólo por ésta, habrá de confirmarse la sentencia apelada.

VI. DECISION

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:

Confirmarse la sentencia de 2 de junio de 1995 dictada por el Tribunal Administrativo de Caldas, mediante la cual declaró nulo el acto de elección del señor Gilberto Clavijo López como Alcalde del municipio de Samaná para el período de 1995 a 1997.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de cinco (5) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Mario Alario Méndez*; *Mirén de la Lombana de Magyaroff*, Aclaró el voto; *Luis Eduardo Jaramillo Mejía*; *Octavio Galindo Carrillo*, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO Y ACLARACION DE VOTO / Facultad Potestativa del Magistrado

Bastaba con indicar al Tribunal el análisis y la conclusión a la que llega esta Corporación en cuanto al segundo cargo propuesto y, por consiguiente, frente tanto a la fundamentación de la providencia como a las aclaraciones de voto, sin argumentaciones adicionales, porque es potestativo de cada Magistrado decidir si salva o si aclara el voto. En mi concepto la única tesis mayoritaria de la ponencia es la plasmada al resolver el primer cargo y la misma fue suficiente para acceder a las súplicas del libelo; en cuanto al segundo cargo no hay tesis mayoritaria y ello se deduce de la aclaración de votos que también forma parte de la providencia.

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

ACLARACION DE VOTO

Referencia: Expediente número 1386.

Actores: Luis Gonzaga Ospina y otro.

La presente aclaración de voto no tiene relación con la decisión ni con los fundamentos de la misma, sino con un comentario de la Sala que se consigna en la parte considerativa de la decisión antecedente, en el sentido de estimar impropio que una tesis minoritaria quede plasmada en la decisión adoptada, porque los magistrados que en ella intervinieron no salvaron, sino que aclararon el voto.

Se observa:

La sentencia del Tribunal decidió en forma favorable las peticiones de la demanda.

En mi entender, el primer cargo en cuanto a su fundamentación y conclusión, no fue objeto de discrepancia; se precisó que estaba demostrado y por ello la decisión fue unánime en el sentido de acceder a las súplicas de la demanda, aunque

uno de los magistrados critica el hecho de haberse obviado el análisis acerca del interés específico que tuvo el señor Clavijo para dar su anuencia a los acuerdos de voluntades que, a su juicio, era aspecto importante para llegar a la decisión adoptada.

En relación con el segundo cargo se presentó disparidad de criterios en cuanto a las consideraciones y conclusión porque, según la providencia, el cargo prosperó mientras que según los Magistrados que aclararon el voto, el mismo debía ser desechado.

En tales condiciones, si el primer cargo prosperaba, considero que bastaba con indicar al Tribunal el análisis y la conclusión a la que llegó esta Corporación en cuanto al segundo cargo propuesto y, por consiguiente, frente tanto a la fundamentación de la providencia como a las aclaraciones de voto, sin argumentaciones adicionales, porque es potestativo de cada Magistrado decidir si salva o si aclara el voto.

En mi concepto la única tesis mayoritaria de la ponencia es la plasmada al resolver el primer cargo y la misma fue suficiente para acceder a las súplicas del libelo; en cuanto al segundo cargo no hay tesis mayoritaria y ello se deduce de la aclaración de votos que también forma parte de la providencia.

De los señores Consejeros:

Mirén de la Lombana de Magyaroff.

Fecha, *ut supra.*

SUFRAGANTES - Omisión / NULIDAD ELECTORAL - Inexistencia / FALSEDAD - Concepto / VIOLENCIA EJERCIDA CONTRA LOS ESCRUTADORES - Ausencia de prueba

Es la violencia ejercida contra los escrutadores, según lo dispuesto en la disposición, la que constituye motivo de nulidad. De manera que la alegada violencia ejercida contra el delegado del Registrador no tendría la virtualidad de hacer nula el acta correspondiente. Los jurados de votación, en escrito firmado por los mismos y reconocido en el curso del proceso, sólo afirmaron que "se presentó una situación de dificultad" y que "hubo presión e insultos" contra el Delegado y los jurados. De tales documentos y de los testimonios recibidos no parece que hubiera habido más que expresiones soeces y amenazas, pero no la violencia prevista en el numeral 1° del artículo 233 del Código Contencioso Administrativo. La falsedad es la adulteración o mutación de la verdad y ello ocurre, para el caso, cuando se supone la votación de personas que no votaron. Pero, desde luego, no se adultera la verdad cuando en la lista o registro de votantes se incluye a quienes efectivamente votaron.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., seis (6) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Mario Alario Méndez.*

Radicación número 1399.

Demandante: Alejandro Verdeza Paternina.

Referencia: Electoral.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 8 de mayo de 1995 dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Alejandro Verdeza Paternina demandó del Tribunal Administrativo de Antioquia fuera declarada la nulidad del acta parcial del escrutinio de los votos para alcalde del municipio de Arboletes, de 1° de noviembre de 1994, mediante la cual se declaró la elección del señor David López Puche, como Alcalde de ese municipio, para el período constitucional comprendido entre 1995 y 1997. Pidió, además, se ordenara la realización de un nuevo escrutinio del que se excluyan los votos para alcalde correspondientes a la mesa número 2 del corregimiento El Carmelo, la cancelación de la respectiva credencial y se declare elegido al demandante.

Afirma el demandante que en las elecciones realizadas el 30 de octubre de 1994, compitieron 4 candidatos a la Alcaldía del municipio de Arboletes, resultando vencedor el señor David López Puche, pero que dicha elección se vio viciada por hechos ocurridos en el corregimiento El Carmelo que obligan a excluir del cómputo general los votos depositados en la mesa allí ubicada.

Dice el demandante que en la referida mesa número 2 se inscribieron 122 cédulas que también figuran en el censo electoral respectivo, tal como aparece en la lista de sufragantes y que sin embargo, el día de las elecciones se presentaron varias personas alegando haberse inscrito oportunamente y exhibiendo en el anverso de su cédula el adhesivo correspondiente; que inicialmente el Delegado del Registrador Municipal para dicho corregimiento, señor Francisco Bonolis González, no estuvo dispuesto a permitir que esas personas sufragaran y en estas condiciones un grupo de ciudadanos presionó violentamente al Delegado y a los jurados de la mesa y obtuvieron que el primero de los nombrados autorizara, mediante acta especial, el sufragio de tales personas, pero posteriormente presentó denuncia de los hechos ante el Registrador Municipal del Estado Civil y la ratificó bajo juramento ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Arboletes. Afirma también que algunos de los jurados de la mesa dejaron constancia escrita de los mismos hechos.

Considera el demandante que la mesa de votación número 2 del corregimiento El Carmelo está viciada de nulidad, de conformidad con las causales establecidas en el artículo 223, numerales 1 y 2 del Código Contencioso Administrativo, en razón a que se ejerció violencia sobre el Delegado del Registrador y porque el registro de votantes de la misma fue alterado o falseado al incluir personas no inscritas y que no aparecían en el respectivo censo.

El demandado, señor David López Puche, contestó la demanda oponiéndose a sus pretensiones; sostuvo además que alrededor de 30 personas inscritas oportunamente para votar en el corregimiento El Carmelo no aparecieron en el censo electoral correspondiente y que en un primer momento el Delegado del

Registrador se negó a reconocer el hecho de tal inscripción, cuya constancia aparecía en el formato oficial adherido al anverso de las respectivas cédulas; que varios de tales ciudadanos desistieron de sufragar, pero otros insistieron para que se les reconociera su derecho, lo que era posible utilizando un nuevo formato que en la fecha de las elecciones permitía superar inconvenientes de esa naturaleza y que sobre la base del formato oficial mencionado y de las consultas realizadas con sus superiores, el Delegado del Registrador Municipal cumplió su deber de habilitar a los ciudadanos mencionados para que pudieran sufragar.

El demandado negó que se hubiera ejercido violencia contra el Delegado del Registrador Municipal, señor Francisco Bonolis González, y acerca de la denuncia formulada por este, manifestó que por sus calumniosas afirmaciones existe otra presentada en su contra.

Finalmente, llamó la atención sobre dos hechos, el primero atinente a algunas tachaduras y enmendaduras de las hojas números 3 y 4 que originalmente eran las números 4 y 5 de la lista de ciudadanos inscritos (formulario E-3) y el segundo relacionado con el espacio en blanco que aparece en la columna donde debía anotarse el día de la inscripción en las mismas hojas.

II. LA SENTENCIA APELADA

Es la dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 8 de mayo de 1995, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda.

De la declaración rendida por el Delegado del Registrador Municipal de Arboletes (folios 39 a 42), del contenido del oficio enviado por aquel al Registrador Municipal mediante el cual denunció presiones de que dice fue objeto (folio 12) y de la constancia de los jurados (folio 14), el Tribunal encontró que "se magnimizan las presiones allí aludidas por el Delegado del Registrador y ejercidas por los señores Guillermo González y Javier Peña y por supuesto de los votantes que tuvieron problemas para hacerlo, pero concatenando tales precisiones con lo que se logró demostrar probatoriamente dentro del juicio, necesariamente habrá que minimizarlas", para concluir entonces que no hubo violencia contra el Delegado ni falseamiento de los registros.

Dijo el Tribunal que el acta suscrita por el Delegado del Registrador (folio 13) y las copias autenticadas de las cédulas de ciudadanía (folios 33, 34 y 35) indican que los 12 votantes residentes en Arboletes y casi todos los oriundos del lugar enseñaron al anverso de sus documentos la inscripción para poder votar; luego tenían razón para ejercer el sufragio y derecho a hacerlo.

Aun admitiendo que hubo palabras soeces, gritos y aglomeración, dijo el Tribunal, de ello no puede concluirse que el listado electoral de la mesa número 2 no

recogió la voluntad del electorado y que hubo fraude o alteración de registros y violencia.

Terminó el Tribunal señalando "que la votación de los doce vecinos del corregimiento del (sic) Carmelo no modificaron de ninguna manera la voluntad popular".

III. LA APELACION

Contra la anterior sentencia el demandante interpuso recurso de apelación alegando, en síntesis, que los hechos señalados fueron suficientemente probados en el proceso; que discrepa de la afirmación del Tribunal según la cual los hechos ocurridos en el corregimiento El Carmelo no fueron lo suficientemente graves para invalidar la elección, porque esos hechos se realizaron sin la presencia de la fuerza pública y en zona de violencia, lo que es suficiente para producir en una persona el justo temor de verse expuesto a las amenazas y que caben dentro de la definición del artículo 1513 del Código Civil.

IV. LA OPINION DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuraduría Novena Delegada en lo Contencioso emitió su concepto número 42, el 5 de septiembre de 1995, en el sentido de solicitar se confirme la sentencia apelada.

Considera la Procuraduría que sobre los hechos que fundamentan el cargo no pueden estructurarse las causales de nulidad aludidas, que son las establecidas en el artículo 223, numerales 1 y 2 del Código Contencioso Administrativo, porque el enfoque fáctico de aquellos no encaja en el de estas.

Dice la Procuraduría que aun anulada la totalidad de los votos de la ya mencionada mesa número 2, el demandado seguiría teniendo ventaja.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. El demandante considera que fue violado el artículo 223, numerales 1 y 2 del Código Contencioso Administrativo, que expresa:

"ARTICULO 233. Causales de nulidad. Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos:

1. Cuando se haya ejercido violencia contra los escrutadores o destruido o mezclado con otras las papeletas de votación, o estas se hayan destruido por causa de violencia.

2.Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación.

...".

2. Dice el demandante, en primer lugar, que movido por presiones de varios ciudadanos el Delegado del Registrador Municipal se vio obligado a impartir autorización para que 12 personas votaran en la misma mesa número 2, a pesar de que no aparecían en el censo electoral correspondiente.

De los documentos que obran en el proceso se puede establecer que los nombres de los 12 ciudadanos autorizados para votar (folio 13) y que efectivamente votaron, como se advierte en la correspondiente lista y registro de votantes (formulario E-11) (folio 100), ciertamente no aparecen en la lista de inscritos (formulario E-3) (folios 92 a 95) ni en la de sufragantes (formulario E-10) (folios 85 a 86); sin embargo de lo cual, en el anverso de sus respectivas cédulas de ciudadanía (folios 33, 34 y 35 vueltos), se aprecia el registro de la inscripción (formulario E-4).

Pues bien, según lo establecido en el artículo 117 del Decreto 2241 de 1986 o Código Electoral, el Registrador del Estado Civil o su Delegado, en los casos de error u omisión debidamente comprobados, autorizarán el sufragio mediante certificación expedida con la sola presencia del ciudadano y su identificación mediante la cédula de ciudadanía; en las certificaciones aludidas, que se expedirán en papel de seguridad, se hará constar el motivo de la autorización y copia de las mismas deberá enviarse a la Registraduría Nacional.

En conformidad con lo anterior, en el escrito de instrucciones a los jurados de votación originario de la Registraduría Nacional del Estado Civil, que fue traído al proceso (folio 61), en lo pertinente se lee:

"OMISIONES EN LA LISTA DE SUFRAGANTES

Cuando un ciudadano se acerque a votar y no figure en la lista de sufragantes, se le devuelve la cédula y se le indica acudir al Registrador Municipal o a su Delegado para que este funcionario, verificado el error u omisión, autorice el sufragio mediante certificación (forma E-12).

El jurado marca la casilla correspondiente en el formulario E-11, previa verificación de la autorización para votar en la respectiva mesa."

Eso hizo el Delegado del Registrador, de manera que en ello no hay irregularidad alguna. Sólo que la certificación no se expidió en papel de seguridad, sino en papel común, porque, según los testimonios rendidos en el proceso, no había los formularios correspondientes (folios 40, 41 y 45).

Por lo demás, es la violencia ejercida contra los escrutadores, según lo dispuesto en la disposición transcrita, la que constituye motivo de nulidad. De manera

que la alegada violencia ejercida sobre el Delegado del Registrador no tendría la virtualidad de hacer nula el acta correspondiente.

Por otra parte, los jurados de votación, en escrito firmado por los mismos (folio 14) y reconocido en el curso del proceso (folios 48 y 49), sólo afirmaron que "se presentó una situación de dificultad" y que "hubo presión e insultos" contra el Delegado y los jurados. De tales documentos y de los testimonios recibidos (folios 39 a 60), no parece que hubiera habido más que expresiones soeces y amenazas, pero no la violencia prevista en el numeral 1 del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo.

3. Dice también el demandante que el registro de votantes de la mesa número 2 fue falseado o alterado en cuanto se incluyó en el mismo personas no inscritas y que con ello entonces se configuró la causal de nulidad establecida en el artículo 223, numeral 2, del Código Contencioso Administrativo.

Pero la falsedad es la adulteración o mutación de la verdad y ello ocurre, para el caso, cuando se supone la votación de personas que no votaron. Pero, desde luego, no se adultera la verdad cuando en la lista o registro de votantes se incluye a quienes efectivamente votaron.

4. Así las cosas, los cargos planteados por el demandante no están llamados a prosperar y, por tanto, habrá de ser confirmada la sentencia de primera instancia.

VI. DECISION

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

FALLA:

Confírmase la sentencia del 8 de mayo de 1995 dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda presentada por el ciudadano Alejandro Verdeza Paternina.

En firme esta providencia, remítase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Mario Alario Méndez, Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

FISCAL GENERAL DE LA NACION - Período del Cargo / TEORIA DE LOS MOTIVOS Y FINALIDADES - Acto de elección / ACCION DE NULIDAD - Actos de carácter objetivo / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Actos de carácter subjetivo

En este caso se está demandando un acto administrativo de carácter particular y concreto, como que es el que hace relación al término restante del período constitucional para el cual fue elegido el doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento, iniciado el 1° de abril de 1992, fecha en la cual tomó posesión del mismo cargo el doctor Gustavo de Greiff Restrepo. La finalidad de dicha petición radica en que el demandante sostiene que el período de cuatro años del fiscal elegido debe empezar a contarse a partir de su posesión, con lo cual el vencimiento del mismo no sería el 30 de marzo de 1996 sino en fecha posterior. Las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho de acuerdo con la denominación que hoy les dan los artículos 84 y 85 del C.C.A. conforme con lo explicado por el Consejo de Estado en la sentencia de agosto 10 de 1961 y en el Auto de agosto 8 de 1972 proceden contra todos los actos administrativos, sin distingos, pues no es la naturaleza del acto que se impugna lo que determina la procedencia de una u otra, sino los motivos determinantes de la acción y las finalidades que en cada caso ha señalado la ley. Conforme con lo anterior, mediante la acción de nulidad se pretende la tutela del orden jurídico y la legalidad abstracta y su finalidad es la de someter a la Administración Pública al imperio del derecho objetivo, es decir, es el contencioso exclusivo de la legalidad, sin que mediante ella pueda buscarse la protección de derechos subjetivos, individuales o concretos, pues es incompatible con dicha finalidad. Mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se pretende no sólo la declaración de nulidad del acto impugnado, sino también el restablecimiento del derecho subjetivo, individual y concreto

que se dice vulnerado. Aunque esta acción tiene como uno de sus objetivos, el de ajustar a la administración en su actuar a la legalidad, lo cierto es que el motivo fundamental que mueve al accionante a ejercitarla es lograr el restablecimiento del derecho subjetivo que se dice vulnerado. Por lo tanto, en general, los actos de carácter objetivo deberán ser impugnados mediante la acción de nulidad, pues mediante ellos se vulnera la legalidad objetiva, mientras los actos de carácter subjetivo deberán ser impugnados por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues por norma general, estos actos vulneran derechos subjetivos, individuales y concretos. Sin embargo, es procedente el ejercicio de la acción de nulidad para impugnar actos de carácter subjetivo, pero sólo cuando tiene como finalidad la tutela de la legalidad abstracta, sin buscar restablecimiento del derecho subjetivo, pero si la sentencia favorable a lo pedido determina al declarar la nulidad del acto demandado, en forma automática el restablecimiento de los derechos individuales, concretos o subjetivos violados, esa acción de nulidad no es procedente, sino sólo la acción de nulidad y restablecimiento que deberá ejercitarse dentro del término de caducidad y sólo por el titular del derecho que se dice fue lesionado.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., treinta (30) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Referencia: Expediente número 1164.

Actor: Pedro Miguel Ramírez Martínez.

Electoral Unica Instancia.

Mediante Auto de fecha 6 de octubre de 1995 (fl. 141), se avocó el conocimiento de este proceso, remitido de la Sección Primera. En virtud de haberse cumplido el procedimiento se dispuso que en firme el Auto se procedería al pronunciamiento de mérito y encontrándose para esta decisión, la Sala previo el estudio de rigor advierte lo siguiente:

El ciudadano Pedro Miguel Ramírez Martínez obrando en su propio nombre, demandó ante esta Corporación la nulidad del Acuerdo número 013 de 1994

mediante el cual la Honorable Corte Suprema de Justicia designó al doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento como Fiscal General de la Nación, concretando la pretensión al aparte de su artículo único, que dice: "... por el término restante del período constitucional iniciado el día 1° de abril de 1992, fecha en la cual tomó posesión del cargo el doctor Gustavo de Greiff Restrepo".

Aduce el actor que la designación se hizo por el período implícito, en la frase impugnada y no por el ordenado en la Constitución Política.

Al explicar el concepto de violación expresa que la Corte Suprema de Justicia infringió con el acto cuya nulidad se pretende, el inciso segundo del artículo 249 de la Carta que ordena que la elección del Fiscal General de la Nación se haga "para un período de cuatro años", como consecuencia de que si la ley no ha establecido la fecha a partir de la cual debe computarse el término, éste será entonces el que corresponda a la posesión de cada fiscal elegido, en otras palabras, se agrega: "Mientras la ley no señale la fecha inicial del período, a la Honorable Corte le corresponde simplemente hacer la elección y la fecha de posesión determinará los respectivos cuatro años a que se refiere la norma infringida".

De lo pedido por el actor y la transgresión y concepto de la violación de la norma superior por el acto demandado indicado por el mismo en el Libelo, puede deducirse claramente, que en este caso se está demandando un acto administrativo de carácter particular y concreto, como que es el que hace relación al término restante del período constitucional para el cual fue elegido el doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento iniciado el 1° de abril de 1992, fecha en la cual tomó posesión del mismo cargo el doctor Gustavo de Greiff Restrepo.

La finalidad de dicha petición radica en que el demandante sostiene que el período de cuatro años del fiscal elegido, debe empezar a contarse a partir de su posesión, con lo cual el vencimiento del mismo no sería el 30 de marzo de 1996 sino en fecha posterior.

Las Acciones de Nulidad y de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de acuerdo con la denominación que hoy les dan los artículos 84 y 85 del C.C.A., conforme con lo explicado por el Consejo de Estado en la sentencia de agosto 10 de 1961 y en el Auto de agosto 8 de 1972, proceden contra todos los actos administrativos, sin distingos, pues no es la naturaleza del acto que se impugna lo que determina la procedencia de una u otra, sino los motivos determinantes de la acción y las finalidades que en cada caso ha señalado la ley.

Conforme a lo anterior, mediante la acción de nulidad se pretende la tutela del orden jurídico y la legalidad abstracta, y su finalidad es la de someter a la Administración Pública al imperio del derecho objetivo, es decir, es el contencioso

exclusivo de la legalidad, sin que mediante ella pueda buscarse la protección de derechos subjetivos, individuales o concretos, pues es incompatible con dicha finalidad.

Mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se pretende no sólo la declaración de nulidad del acto impugnado, sino también el restablecimiento del derecho subjetivo, individual y concreto que se dice vulnerado. Aunque esta acción tiene como uno de sus objetivos, el de ajustar a la administración en su actuar a la legalidad, lo cierto es que el motivo fundamental que mueve al accionante a ejercitarla, es lograr el restablecimiento del derecho subjetivo que se dice vulnerado.

Por lo tanto, en general, los actos de carácter objetivo deberán ser impugnados mediante la acción de nulidad, pues mediante ellos se vulnera la legalidad objetiva, mientras los actos de carácter subjetivo deberán ser impugnados por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues por norma general, estos actos vulneran derechos subjetivos, individuales y concretos.

Sin embargo, es procedente el ejercicio de la Acción de Nulidad para impugnar actos de carácter subjetivo, pero sólo cuando tiene como finalidad la tutela de la Legalidad abstracta, sin buscar restablecimiento del derecho subjetivo, pero si la sentencia favorable a lo pedido, determina al declarar la nulidad del acto demandado, en forma automática el restablecimiento de los derechos individuales, concretos o subjetivos violados, esa acción de nulidad no es procedente, sino sólo la acción de nulidad y restablecimiento que deberá ejercitarse dentro del término de caducidad y sólo por el titular del derecho que se dice fue lesionado.

Conforme a lo explicado, al examinar el acto demandado en este proceso, debe concluirse que se trata de un acto administrativo individual, particular y concreto, en el cual se consagran derechos subjetivos en favor del elegido como Fiscal General de la Nación, pues se refiere a la situación particular, individual de la persona elegida, en forma concreta a esa sola situación y persona y no a una generalidad abstracta de sujetos.

La finalidad del accionante no sólo es la de que el acuerdo, en el aparte demandado, se ajuste a lo que él considera consagra la norma superior que él dice fue transgredida, sino primordialmente que al doctor Valdivieso Sarmiento se le reconozca el resto del tiempo del período constitucional, que el acto demandado, dice el actor, le desconoció, es decir, que en momento alguno está buscando solamente, que la administración en su actuar se ajuste a la legalidad.

Como consecuencia, la acción ejercitada en el presente caso es la de Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Y es evidente que ante el hipotético caso de su prosperidad, las consecuencias que generaría el fallo no sólo tendrían que ver con el

restablecimiento del derecho subjetivo quebrantado, sino de manera automática restablecería también los derechos individuales del señor Fiscal General de la Nación, como son los relativos al sueldo, primas, vacaciones y cesantías, derechos que por su naturaleza son de carácter laboral y por tal connotación jurídica, el conocimiento del proceso de nulidad y restablecimiento a que se contrae este estudio, conforme con lo dispuesto en el Acuerdo número 39 de noviembre 14 de 1990, expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado, es de la Sección Segunda de esta Corporación, a donde deberá enviarse.

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

RESUELVE:

Remítase para su conocimiento este proceso a la Sección Segunda de la Corporación, con fundamento en las anteriores consideraciones.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Mirén de la Lombana de Magyaroff, Mario Alario Méndez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

RETROACTIVIDAD DE LA LEY - Efectos / RETROSPECTIVIDAD DE LA LEY - Efectos / LEY ELECTORAL - Aplicación / ALCALDE - Elección

Se dice que una ley tiene efectos retroactivos cuando se aplica a situaciones jurídicas subjetivas consolidadas antes de su vigencia. Salvo casos excepcionales las leyes no pueden ser aplicadas en esta modalidad. Se dice que la ley tiene efectos retrospectivos cuando la aplicación toma en cuenta situaciones no consolidadas antes de su vigencia. Esta aplicación sí está permitida, aunque sea más gravosa para el administrador, salvo que la ley diga lo contrario. La Ley 136 citada, fue expedida el 2 de junio de 1994 y es de aplicación inmediata por razón de su naturaleza y objetivos. En consecuencia, el 30 de octubre de 1994, cuando se realizaron las elecciones a que se hace mención en el presente proceso, estaba vigente con efectos retrospectivos, es decir y de acuerdo a lo visto, que es aplicable a las situaciones no consolidadas cuando entró a regir y, por ello, no hay lugar a alegar derechos adquiridos frente a la regulación que contiene en materia de inhabilidades para ser elegido alcalde municipal.

CONTRATO ADICIONAL - Límite en sus condiciones

El artículo 21 del Decreto 222 de 1983 establecía que cuando en el curso de la ejecución de un contrato, el interés público demandara la variación del mismo, la entidad pública propondría al contratista el procedimiento para llevarla a cabo y se sentaría un acta con los términos de la propuesta. Ahora bien, el artículo 58 del mismo estatuto señalaba que, salvo lo dispuesto en la disposición antes reseñada, si había lugar a la modificación del plazo o el valor convenido y no se trataba de la revisión de los precios prevista en el estatuto, se suscribiría contrato adicional, cuyo valor estaría limitado en la forma prevista en la norma. Las adiciones relacionadas

con el valor, continuaba la disposición, quedaban perfeccionadas una vez suscrito el contrato y efectuado el registro presupuestal. Las modificaciones relacionadas con el plazo sólo requerían la firma del jefe de la entidad contratante y la prórroga de las garantías.

Esta previsión fue consignada en la cláusula décima quinta del contrato. La disposición reseñada advertía que mediante contratos adicionales no podía modificarse el objeto del contrato o el plazo si estuviere vencido, ni pactarse prórrogas automáticas.

ALCALDE - Elección / CELEBRACION DE CONTRATO - Fecha / CAUSAL DE INHABILIDAD PARA ELECCION DE ALCALDE - Cómputo / ALCALDE - Inhabilidad

Está inhabilitado para ser elegido como alcalde municipal quien haya intervenido en la celebración de contratos en interés propio o de terceros, o haya celebrado contratos por sí o por interpuesta persona en las circunstancias que describe el legislador. Ya en anteriores oportunidades la Sala ha analizado la causal antes transcrita, concretamente, en cuanto al aspecto de la fecha que debe tenerse en cuenta para contar el término de inhabilidad. Al respecto, ha precisado que las distintas etapas de la contratación, el legislador escogió la correspondiente a la fecha de la celebración, dejando de lado etapas posteriores como la de ejecución del contrato. Interpretación acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. La interpretación que tuvo su origen en la norma que antecedió a la Ley 136 de 1994, no cambia por cuanto el texto de esta última en sí artículo 95-5, es igual al de la precedente, en relación con la etapa de la contratación. De lo anterior se sigue que para definir si existe inhabilidad por razón de la celebración de contratos o intervención en la misma, en la forma que establece la ley, debe tenerse en cuenta si la fecha de celebración está dentro del término señalado en la Ley 136 de 1994, por lo cual, las fechas en las que ocurrieron las etapas subsiguientes de la contratación no tienen incidencia para los efectos del análisis.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: Doctora *Mirén de la Lombana de Magyaroff.*

Radicación número 1438.

Referencia: Apelación sentencia.

Actor: Fernando Pisciotti Van Strahlen.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia del 6 de julio de 1995, por la cual el Tribunal Administrativo del Magdalena denegó las súplicas de la demanda mediante la cual se solicitó la nulidad de la elección como Alcalde de El Banco, Magdalena, del señor Electo Cáliz Martínez para el período 1995-1997.

ANTECEDENTES

El demandante de la referencia obrando por intermedio de apoderado en ejercicio de la acción pública de nulidad de carácter electoral, solicita la declaratoria de nulidad de la elección del señor Electo Cáliz Martínez como Alcalde municipal de El Banco para el período 1995-1997, contenida en la Resolución 040 del 15 de noviembre de 1994 y, como consecuencia se ordene la convocatoria a nuevas elecciones y se comunique la decisión a las autoridades competentes.

Los hechos narrados en el libelo se resumen así:

1. El 30 de octubre de 1994 se realizaron votaciones en el territorio nacional para elegir, entre otros, alcaldes.

2. En el municipio de El Banco –Magdalena– se inscribieron como candidatos a la alcaldía los señores Fernando Pisciotti Van Strahlen por el partido liberal colombiano y Electo Cáliz Martínez por el partido Social Conservador con los tarjetones 50 y 51.

3. Al momento de inscribir su nombre, el ingeniero civil Electo Cáliz Martínez había celebrado contratos con la Nación, sus entidades descentralizadas y el Distrito Capital.

4. Ha participado en licitaciones públicas y privadas en los diversos órdenes de la administración en cerca de veinte años de profesión y celebrado contratos con la Nación y entidades descentralizadas como el Fondo Nacional Hospitalario, Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, hoy Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, y otras entidades territoriales a lo largo y ancho del país.

5. Como consecuencia de la actividad licitadora del ingeniero Cáliz Martínez, el señor Personero Distrital de Santa Fe de Bogotá mediante la Unidad de Investigaciones Especiales de su Despacho logró establecer que un grupo de ingenieros, entre otros, los que servían de testaferros a la firma José Gregorio Cortés

y Cía. Ltda. de Santa Fe de Bogotá, que a la postre resultaba ser receptor de obras ejecutadas a más bajo precio del que se plasmaba en la licitación ante los organismos contratantes del Distrito Capital.

6. El Personero Distrital como consecuencia de lo anterior, debió denunciar al grupo de ingenieros ante la Fiscalía General de la Nación entre ellos a Electo Cáliz Martínez, cursando investigaciones en las Fiscalías 134 y 143 de Bogotá.

7. El ingeniero contrató de manera directa, así:

– Con el Distrito Capital con el Fondo de Salud Mental y Asistencia al Anciano, la construcción de un consultorio comedor para indigentes por $91.106.989.

– Con la Secretaría de Obras Públicas, la recuperación de la avenida Boyacá con calle 3B y calzada occidental de la avenida Primero de Mayo por $48.943.000.

– Con la Acción Comunal, la construcción del parque La Coruña y Bodega de Reciclaje en Manitas y Nueva Colombia por $8.998.621.87. Todas ellas terminaron siendo subcontratadas en forma que califica de sospechosa, pero irregular e ilícitamente con la firma José Gregorio Cortés y Cía. Ltda.

– Con el Fondo Nacional Hospitalario contrató la construcción del nuevo Hospital del Carmen de Bolívar en Bolívar por suma superior a $500.000.000.

– Con el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia la construcción del Palacio de Justicia de Valledupar y Cárceles como la del circuito de El Banco en varias etapas a partir de 1989 que inició por el sistema de administración delegada.

8. Desde la iniciación de la obra del año 1989, desarrolló las actividades tendientes a construir la cárcel de El Banco como escogencia del sitio, gestión en los estudios de suelo, levantamiento topográfico, preparación del terreno, enganche de personal, instalación de campamento, construcción de bases, levantamiento de muros, etc., y concluyó con la terminación y entrega final de la obra, trasteo e instalación en el nuevo centro carcelario.

9. Por la actividad desarrollada se le señala como el único responsable de la obra, lo que se contradice con la realidad documental que reposa en las dependencias del Inpec, en la ciudad de Santa Fe de Bogotá porque en los expedientes y concretamente en el contrato 070 celebrado y suscrito el 30 de julio de 1993, aparece otra persona aunque el ingeniero Cáliz Martínez estuvo todo el tiempo presente dirigiendo y ejecutando la obra como titular.

10. Por las maniobras dirigidas a ocultar los hechos se configuraron irregularidades como recibir la obra el 18 de marzo de 1994 por cuanto el término vencía el 4 de enero del mismo año. Ahora bien, si no se considera la existencia del

acta de mayores cantidades de obra no previstas y no pactadas en el contrato 070 de 1993, sin que, además, la obra se hubiera cumplido a cabalidad y que se pretenda desconocer un acuerdo de voluntades de un nuevo contrato.

11. La cláusula octava del contrato señala en el parágrafo segundo que el Fondo podrá ampliar los plazos si a su juicio ocurriesen motivos que justifiquen la prórroga mediante contrato adicional que se suscribirá entre el Fondo y el contratista.

12. Conforme a los documentos, el contrato se celebró y suscribió el 30 de julio de 1993 y conforme al acta final de entrega de obra se recibió el 18 de marzo de 1994, dos meses después del plazo de ejecución pactado.

13. De lo previsto en la cláusula octava, parágrafo segundo y del documento calendado el 29 de noviembre de 1993, suscrito por Luis Alberto Mendoza Niño, coordinador e interventor de la obra, existe un nuevo contrato sin importar la denominación que se le endilgue.

14. La existencia del nuevo contrato es incontrovertible (acta contenida en los folios 95 a 100 del expediente del contrato 070 de 1993) y está confirmada por los oficios O.J.O. número 4279-94 y O.J.O. número 4276-94 originarios de la Jefatura Jurídica del Inpec dirigidas al ingeniero Hernando Méndez que se perpetró con la finalidad de ocultar la prueba que descalificaría de tajo la aspiración a la alcaldía que por esa fecha preparaba el señor Cáliz Martínez, aspectos que no investigó la oficina jurídica del Inpec y por lo que deben responder ante la justicia en lo criminal.

17. Considera que el señor Cáliz Martínez con más de veinte años de contratista del Estado tiene un status que no le permitiría descender a la categoría de ingeniero residente reservada para un aprendiz, que pretendió adscribírsele dentro del contrato 070 de 1993.

La posición de testaferro activo o pasivo adoptada usualmente por Cáliz Martínez, fue advertida y denunciada por los periódicos El Tiempo, El Espectador y por el Noticiero CM&.

El señor Cáliz Martínez resulta tener un movimiento bancario amplio.

18. Todo contratista está obligado a presentar una nómina en donde figuren todas las personas que desarrollan el objeto del contrato, el nombre del ingeniero Cáliz Martínez no aparece en la presentada por Hernando Méndez Mora.

19. El señor Cáliz Martínez aunque tenía obras en todo el territorio nacional permanecía atento a la obra de la nueva cárcel de El Banco, así como de los trabajadores a quienes contrató y canceló con cheques girados de su cuenta personal número 330-05520-3 de la sucursal del Banco Ganadero de esa ciudad, y de los

gastos por transporte de materiales o compras de elementos con destino al centro de reclusión en construcción.

20. La posibilidad de vincular personal a la obra lo situaba en ventaja frente a otros candidatos.

21. Entre la fecha del último acto contractual y la fecha de su inscripción no transcurrió más del año que la ley ha previsto como término para incurrir en inhabilidad.

22. La figura del ingeniero residente se reserva para principiantes en la profesión, equivalen al año de judicatura del abogado o el rural para el médico, no puede estructurarse para alguien de la hoja de vida de Cáliz Martínez.

23. Como conclusión, Electo Cáliz Martínez se resguardó indiscutiblemente detrás del contratista Hernando Méndez Mora.

Invoca como causal de nulidad la prevista en el artículo 95-5 de la Ley 136 de 1994, en concordancia con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Como concepto de la violación, expone que conforme lo explicado en los hechos el señor Cáliz Martínez está presente en el contrato de la continuación de la obra de la Cárcel del Circuito de El Banco, Magdalena, a que se refiere el contrato 070 de 1993, porque desde su iniciación hasta su entrega dicho señor figuró ante la comunidad como artífice y único responsable en la realización, ejecución y cumplimiento, así lo presentó en su programa de gobierno lo que despeja cualquier discusión al respecto.

El contrato por ser firmado el 30 de julio de 1993 no generaba la inhabilidad, pero sí su prórroga firmada el 9 de noviembre de 1993, por virtud de la cláusula octava del contrato que obligaba a las partes a la firma de un nuevo contrato, por el hecho de no haberse cumplido y entregado dentro de los términos convenidos, el acta de recibo y entrega final de la obra fue el 18 de marzo de 1994 que hacía presumir el hecho de ampliación y prórroga.

Se imponía la prórroga, continúa, por la aparición sobreviniente de mayores cantidades de obra no pactadas inicialmente tal como se desprende del "*acta de compensación de mayores cantidades y obras no previstas del contrato administrativo de obra pública 070 de 1993*"; el acta aparece suscrita por las partes contratantes a diferencia de las demás actas parciales y finales de recibo de obra, lo que muestra claramente la existencia autónoma de un nuevo acto contractual.

De lo anterior deduce que el señor Cáliz Martínez contrató por interpuesta persona con la administración municipal y está incurso en la inhabilidad.

Mediante auto fechado el 13 de enero de 1995, el Tribunal Administrativo del Magdalena resolvió admitir la demanda.

El elegido se presentó al juicio por intermedio de apoderado para oponerse a las pretensiones de la demanda. En relación con los hechos, manifestó que son ciertos el 1, 2, 3, 4, 11, 12, 13, 19, con las siguientes anotaciones: del contenido del acta de compensación de mayores cantidades de obra no previstas no se infiere la existencia de un nuevo contrato porque ni el objeto, ni el valor, ni el plazo fue modificado o adicionado, luego no puede hablarse de nuevo contrato o contrato adicional. El ingeniero Cáliz Martínez desempeñó su función de ingeniero residente y fue facultado por el contratista para contratar obreros, comprar materiales y elementos para terminar la construcción con dineros que el contratista depositaba en una cuenta corriente que el residente abrió como tal y para efectos de contrato.

No es cierto, debe probarse el 5, el 6 no le consta, debe probarse, el 7 es parcialmente cierto.

El 8, 9, 10, 14, 17, 18, 20, 21, 22, 23 no son ciertos y resulta ser afirmación sin soporte porque los aspectos mencionados no figuraron en el contrato que por administración delegada celebró con el ahora demandante que obró en su calidad de alcalde. El responsable de la obra fue Méndez Mora y el señor Cáliz Martínez estuvo vinculado desde el punto de vista laboral con el contratista de la obra. El doctor Hernández le dio autorización para que lo representara en las actividades que le permitieran el normal desarrollo del contrato 070 entre ellas la dirección técnica, solicitud de adquisiciones y servicios necesarios para la programación de construcción y ello explica el movimiento de recursos a través de los bancos. Las obras contratadas y ejecutadas por el ingeniero Méndez Mora, se terminaron con quince días de anticipación al plazo de entrega y así se lo comunicó al Inpec que sólo las recibió posteriormente sin que mediara en tal circunstancia maniobra alguna del contratista, ni por ello podía presumirse la existencia de contrato adicional porque la obra se realizó en el plazo previsto. Pero de todas maneras es irrelevante porque el señor Cáliz Martínez no celebró, ni directamente ni por interpuesta persona, contrato alguno que lo inhabilitara; fue trabajador del contratista al desempeñarse como ingeniero residente. La condición de ingeniero residente no puede considerarse como de inferior categoría dentro de la profesión. En cuanto a las noticias difundidas no tienen soporte probatorio y si hubieran sido ciertas se habría vinculado al ingeniero Cáliz Martínez a algún proceso penal, pero ello no ocurrió ni ha ocurrido. En esta clase de contratos el contratista se obliga a constituir póliza que garantice el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones y así lo hizo Méndez Mora y vinculó al ingeniero Cáliz Martínez como ingeniero residente para que ejerciera tales funciones. En la época en la que Cáliz Martínez fue residente no se vislumbraba la posibilidad de ser escogido como candidato a la alcaldía; la ventaja la tuvo el ahora demandante

que usufructuó el poder municipal por muchos años. La relación contractual se dio de manera clara con el ingeniero Méndez Mora quien tampoco firmó contrato adicional.

Manifiesta proponer las excepciones de fondo que se opongan a la prosperidad de la acción, especialmente con base en la inexistencia de los hechos.

Las partes alegaron de conclusión.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal Administrativo del Magdalena, por sentencia del 6 de julio de 1995, denegó las súplicas de la demanda, con base en los siguientes fundamentos:

En relación con la inhabilidad precisa que la misma hace relación tanto a la celebración como a la ejecución del contrato de que se trate.

Manifiesta que el planteamiento de considerar que el acuerdo para reconocer al contratista nuevas cantidades de obra ejecutadas no puede considerarse un nuevo contrato para efectos de establecer que entre la fecha de éste y la de inscripción de la candidatura no hay el término previsto por la ley y, por lo mismo, existe inhabilidad. La razón es que la obra fue entregada dentro del término si se examinan los documentos pertinentes y por lo mismo, no había la razón que expone la cláusula octava en su parágrafo segundo del contrato para prorrogarlo, lo que debía hacerse por uno adicional.

Para acordar mayores obras no previstas inicialmente tampoco era indispensable contrato adicional porque el inicial se hizo en la modalidad de precios unitarios, y allí quedó establecido que las obras y precios no previstos serían convenidos antes de ser ejecutados como sucedió.

En relación con la interposición personal en la celebración del contrato el Tribunal hace un recuento de la forma como se adelantó la contratación para la construcción de la Cárcel de El Banco cuyo iniciador no fue el ingeniero Cáliz Martínez, que adelantó las obras por subcontrato suscrito con el demandante en 1988; la obra quedó inconclusa y el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia convocó a una licitación privada invitando al ingeniero Méndez Mora, puede pensarse que en tal invitación medió el ingeniero Cáliz Martínez, pero no aparece probado. No toma en cuenta un documento en el cual consta que entre Cáliz Martínez y Méndez Mora hay comunidad de oficina por haber sido presentado por fuera de la oportunidad legal. En relación con la solicitud extemporánea de la prueba considera que no puede decretarse para mejorar la posición de las partes.

En relación con los dineros en cuentas corrientes precisa que efectivamente hay una cuenta corriente abierta el 13 de septiembre de 1993, coincidiendo con la

fecha de iniciación de la obra y se cierra en diciembre de 1993, aunque aparece a nombre de Cáliz Martínez y no de la obra como figura en la cláusula séptima del contrato, de ello no puede concluirse que fuera el contratista de la obra.

Para desconocer la calidad de ingeniero residente se acude a conjeturas porque todas las pruebas apuntan en concepto del Tribunal a considerarlo como tal y en el contrato se pacta en la cláusula décima primera la existencia del mismo.

No acepta la afirmación de que el ingeniero se hizo nombrar residente de la obra para ambientar su candidatura porque en todo caso tal actuación no le resta la calidad anotada a más de que por la época no se había establecido la inhabilidad con la antelación que luego previó la Ley 136 de 1994.

La mención en el programa de gobierno de la obra en cuestión, considera el Tribunal que es la presentación personal que se ofrece del aspirante y que procede al programa.

En relación con la visita de la obra que Electo Cáliz Martínez dice hizo en representación del ingeniero Galán Gómez y no en nombre de Méndez Mora se apoya en una certificación que no fue regularmente aportada al proceso.

A lo anterior agrega que las inhabilidades previstas en la Ley 136 de 1994 no son aplicables a las elecciones del 30 de octubre de 1994 porque las valoraciones relativas a la moralidad, salubridad o utilidad públicas no pueden servir para restringir los derechos fundamentales entre los que se encuentra el de elegir y ser elegido.

EL RECURSO DE APELACION

El señor apoderado de la parte actora apeló la anterior decisión y sustentó con los siguientes argumentos:

La tesis del Tribunal

Aunque considera que la inhabilidad debe contarse según la fecha de celebración del contrato y de su ejecución, la consecuencia es opuesta a lo probado, esto es que su ejecución se extendió por dentro de la fecha de inhabilidad, aunque está convencido de la participación del elegido en tal ejecución.

Trata de determinar la vigencia del contrato antes de la inhabilidad, contra lo demostrado.

Considera irrelevante el análisis de la ausencia de dolo en el acta porque es asunto ajeno a la acción que se decide.

Hace una comparación entre las generalidades de la Ley 80 de 1993 y del Decreto 222 de 1983, sobre este último anota que su imprecisión, en lo que hace el contrato de obra pública llevó a establecer un nuevo estatuto para no recurrir

permanentemente al derecho privado en cuanto a prueba del contrato, regulado en el artículo 55.

Con base en esta regulación la inhabilidad es más ostensible porque la celebración iba hasta el perfeccionamiento como forma de consumación del contrato, sin importar el nombre dado. Es claro lo previsto en el artículo 25 sin que se deje de observar lo previsto por el artículo 48 *ibidem.*

Lo mismo se desprende de lo previsto en los artículos 48, 51, 55, 86, 97, 114 y concordantes.

La aplicación de otras ramas del derecho al administrativo contractual es evidente según lo prevé el artículo 44 del C. C. A. en cuanto a causales de nulidad absoluta y lo preceptuado por la Ley 80 de 1993 siendo más amplio el Decreto 222 de 1983.

No acepta la falta de aplicación de las inhabilidades previstas en la Ley 136 de 1994 a las elecciones de octubre de ese año lo que sería un privilegio aberrante a favor de personas a quienes la aplicación de la ley no los afecta. Pero aun así la inhabilidad persiste porque la contratación se extendió hasta mucho después de abril de 1994 cuando el Tribunal lo considera terminado, y porque según los artículos 25 literal d) y h), 26, 48, 51 y 55 se infiere que la celebración se extendía hasta el recibo de las obras porque con la constitución y aprobación de garantías otorgadas simultáneamente con el recibo de la obra se cumplían los requisitos para la celebración.

Aunque se queja de que las hojas contentivas de dos de los hechos planteados en la demanda se perdieron después del reparto y el Tribunal no le hizo posible allegarlos, considera que no son vitales y que la pretensión debió decidirse con amplitud decretando las pruebas solicitadas, así no lo fueran en oportunidad por tratarse de una acción pública que hubiera conducido a declarar la nulidad.

Como fundamentos de la apelación expone la infracción directa de la ley por apreciación errónea de la prueba, el desconocimiento del derecho por falta de valoración y apreciación de otros hechos y pruebas existentes en el proceso y contradicción de declaraciones o disposiciones en la parte resolutiva del fallo.

Hubo en su concepto inaplicación de los artículos 25, 26, 48, inciso 2, 51, 55, 86, 97 y 114 del Decreto 222 de 1983 de las normas aplicables de la Ley 80 de 1993 y de la Ley 64 de 1978 sobre regulación del ejercicio de la ingeniería. Se inaplicó indebidamente el C. de P. C. en sus artículos 248, 249 y 250 en especial. Se interpretó en forma equivocada la Ley 153 de 1887 y se aplicó la derogada Ley 49 de 1987, desconociéndose la aplicación de la Ley 136 de 1994.

Las pruebas allegadas con la demanda, que relaciona, demuestra la vinculación del ingeniero Cáliz Martínez a la obra en cuestión desde 1988. Critica que no se decretara la inspección judicial solicitada por considerar que era procedente y analiza las demás pruebas que obran en el informativo.

Critica los medios probatorios allegados por la parte impugnadora y señala los hechos y las pruebas que no fueron valorados en la sentencia.

Por último afirma que conforme al análisis de las pruebas se encuentra demostrada la comunidad de oficina entre Cáliz Martínez y Hernando Méndez Mora quien no se presentó a declarar sin que se le hubiera aplicado la conducta prevista en el artículo 210, 248 y 249 del C. de P. C.

Considera que el fallo del Tribunal es contradictorio por soportarlo en supuestos fácticos y jurídicos inexistentes.

Por su parte el señor apoderado del ingeniero Electo Cáliz Martínez, con sustento en las pruebas allegadas y en las afirmaciones mismas del Tribunal, manifiesta que no hubo celebración de contrato por interpuesta persona por cuanto aparece claramente demostrado que el elegido fue designado el 3 de agosto de 1993 como ingeniero residente en la obra contratada por el ingeniero Hernando Méndez Mora y el Inpec y en tal calidad hizo desembolsos para conseguir elementos y hacer pagos a lo cual se deben los movimientos en cuentas corrientes.

El contrato inicial no sufrió modificación alguna por el acta compensación de mayores obras exhibidida como contrato adicional que por ello mismo no lo fue.

Considera que esta Corporación debe pronunciarse acerca de la interpretación de la causal porque el Tribunal que está en su derecho propone una diferente a la establecida en la jurisprudencia (que expuso él mismo en ocasión anterior y fue rechazada) y que en su concepto no puede ser cambiada, mientras no haya una variación en la redacción de las disposiciones aplicables.

Conforme a lo demostrado señala los pasos que sufrió la construcción de la obra en cuestión y la participación del ingeniero Electo Cáliz Martínez.

1. En la cláusula 11, literal c) del contrato 070 el contratista se obliga a mantener un ingeniero o arquitecto residente debidamente registrado. El doctor Méndez Mora se refiere a su residente Electo Cáliz Martínez y el coordinador del Inpec así lo reconoce. El ingeniero Cáliz Martínez es reconocido igualmente por la calidad de ingeniero residente como el representante del contratista.

2. En relación con la historia de la obra precisa que el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia realizó con el departamento del Magdalena el contrato interadministrativo 071 de 1986 por el cual los facultó a celebrar los subcontratos necesarios para construir la Cárcel de El Banco.

En 1988 el departamento suscribió el contrato número 1 con el ahora demandante en el proceso y en la época alcalde del municipio de El Banco, para la ejecución de la obra mediante administración delegada.

Precisamente el Alcalde Pisciotti suscribió el contrato para la gerencia y administración de la obra con el doctor Electo Cáliz Martínez o sea que quien inició la construcción de la obra fue el demandante.

Por no haberse concluido la construcción, el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia convocó a licitación privada e invitó al ingeniero Hernando Méndez Mora no al ingeniero Electo Cáliz Martínez quien no medió, ni podía hacerlo en la organización y trámites de la licitación privada.

Si hubo o no comunidad de oficina entre los dos ingenieros es asunto que no le resta a ninguno su autonomía para adelantar sus propios negocios ni prueba una sociedad de hecho entre ellos.

Lo anterior más la amistad existente entre ellos y los nexos con el municipio explican que el ingeniero Hernández Mora hubiera nombrado al ingeniero Cáliz Martínez como residente de la obra.

El doctor Cáliz Martínez no incorporó en su programa de gobierno como de su autoría la iniciación y culminación de la construcción de la cárcel. En el programa no se habla de ello sino de su vinculación a El Banco y entre los proyectos que se mencionan está la del centro carcelario que no desconoce nadie ni el doctor Cáliz Martínez y se trata de su presentación personal dentro de su reseña biográfica.

Los que pretenden ser indicios son irreales, precarios, torticeros con inferencias ilógicas y no pueden afectar una recta administración de justicia.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Décima Delegada en lo Contencioso solicita que se confirme la sentencia apelada, por los siguientes motivos:

En relación con la aplicación de la Ley 136 de 1994 para las elecciones del 30 de octubre de 1994, invoca la jurisprudencia de esta Corporación en sentencia del 1° de diciembre de 1993 Expediente AC-632 Consejero Ponente doctor Miguel Viana y el concepto del 24 de agosto de 1994, de la Sala de Consulta y Servicio Civil con ponencia del doctor Humberto Mora Osejo, para concluir que las inhabilidades previstas en la ley son aplicables.

En relación con el contrato considera que la causal se refiere sólo a la etapa de celebración y no las posteriores, se apoya en la sentencia de esta sección del 13 de abril de 1989, expediente 270. Honorable Consejero Ponente doctor Jorge Penen Deltieure y la de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 1° de septiembre

de 1994, expediente AC-1922, honorable Consejero Ponente doctor Miguel González Rodríguez.

Considera que el acta de compensación de mayores cantidades de obras no previstas no reviste el carácter de contrato autónomo e independiente como pretende el actor, tampoco el de adicional para el evento de prorrogar el término de duración del mismo.

El contrato adicional conforme al Decreto 222 de 1983, es necesario para modificar el plazo o el valor convenido y no se tratará de la revisión de precios; para el caso presente el acta no tuvo por virtud modificar ni el plazo, ni el valor pactados como para deducir la existencia del contrato pretendida.

El acta en mención tiene como finalidad preservar el equilibrio financiero contractual y por ello no constituye un nuevo contrato.

Solicita se confirme la decisión apelada, pero con diferentes planteamientos a los que expone el Tribunal.

CONSIDERACIONES

Competencia

La Sala es competente para conocer del presente recurso de apelación conforme a lo previsto en el artículo 29 de la Ley 78 de 1986.

Cuestión previa

Se plantea como excepción todo aquello que se oponga a la prosperidad de la acción especialmente en cuanto a la inexistencia de los hechos.

Para la Sala es claro que la formulación de las excepciones por no ser concreta no puede tenerse como tal y por lo mismo hará el análisis de los argumentos como sustento de impugnación sin que haya necesidad de pronunciamiento especial.

El fondo del negocio

De acuerdo con los planteamientos de la demanda, el cargo consiste en que el señor Electo Cáliz Martínez, que resultó elegido como Alcalde de El Banco –Magdalena– estaba inhabilitado por haber intervenido en la celebración de un contrato de obra pública por intermedio del ingeniero Hernando Méndez Mora para terminar la construcción de la Cárcel de El Banco, contrato que fue celebrado inicialmente el 30 de julio de 1993, pero hubo uno nuevo el 29 de noviembre de 1993. Esta última fecha es la que se solicita se tenga en cuenta para establecer la inhabilidad de que trata el artículo 95-5 de la Ley 136 de 1994.

La norma invocada es del siguiente tenor:

"*No podrá ser elegido ni designado Alcalde quien:*

5. Durante el año anterior a su inscripción haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio, o en el de terceros o haya celebrado por sí, o por interpuesta persona, contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio".

1. **Aplicación de las inhabilidades establecidas en la Ley 136 de 1994 a las elecciones del 30 de octubre de 1994**

Se dice que una ley tiene efectos retroactivos cuando se aplica a situaciones jurídicas subjetivas consolidadas antes de su vigencia. Salvo casos excepcionales las leyes no pueden ser aplicadas en esta modalidad.

Se dice que la ley tiene efectos retrospectivos cuando la aplicación toma en cuenta situaciones no consolidadas antes de su vigencia. Esta aplicación sí está permitida, aunque sea más gravosa para el administrado, salvo que la ley diga lo contrario.

La Ley 136 citada, fue expedida el 2 de junio de 1994 y es de aplicación inmediata por razón de su naturaleza y objetivos. En consecuencia, el 30 de octubre de 1994, cuando se realizaron las elecciones a que se hace mención en el presente proceso, estaba vigente con efectos retrospectivos, es decir y de acuerdo a lo visto, que es aplicable a las situaciones no consolidadas cuando entró a regir y, por ello, no hay lugar a alegar derechos adquiridos frente a la regulación que contiene en materia de inhabilidades para ser elegido alcalde municipal.

En este mismo sentido se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto del 24 de agosto de 1994.

En el entendido anterior, o sea, que las disposiciones que establecieron inhabilidades en la Ley 136 de 1994, son aplicables para las elecciones del 30 de octubre de 1994, la Sala procede a efectuar el estudio correspondiente.

2. **Análisis de la causal de inhabilidad alegada**

Conforme al texto de la disposición atrás transcrita, está inhabilitado para ser elegido como alcalde municipal quien haya intervenido en la celebración de contratos en interés propio o de terceros, o haya celebrado contratos por sí o por interpuesta persona en las circunstancias que describe el legislador.

Ya en anteriores oportunidades la Sala ha analizado la causal antes transcrita, concretamente, en cuanto al aspecto de la fecha que debe tenerse en cuenta para contar el término de inhabilidad. Al respecto, ha precisado que de las distintas

etapas de la contratación, el legislador escogió la correspondiente a la fecha de la celebración, dejando de lado etapas posteriores como la de ejecución del contrato, interpretación acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

La interpretación que tuvo su origen en la norma que antecedió a la Ley 136 de 1994, no cambia por cuanto el texto de esta última en su artículo 95-5, es igual al de la precedente, en relación con la etapa de la contratación.

De lo anterior se sigue que para definir si existe inhabilidad por razón de la celebración de contratos o intervención en la misma, en la forma que establece la ley, debe tenerse en cuenta si la fecha de celebración está dentro del término señalado en la Ley 136 de 1994 por lo cual, las fechas en las que ocurrieron las etapas subsiguientes de la contratación no tienen incidencia para los efectos del análisis.

En el presente caso el cargo tiene dos aspectos: De una parte que el contrato, que en este caso fue denominado como acta de compensación de obras cuando en realidad se trata de un nuevo contrato está dentro del término de inhabilidad previsto en la ley y, de otra, que aunque el elegido no firmó directamente el contrato, lo celebró por interpuesta persona, el ingeniero Méndez Mora, por lo que está incurso en la causal alegada.

Precisado lo anterior, y como consecuencia, el análisis de la Sala se concentrará en primer término en determinar si el acta de compensación de obra que aparece firmada el 29 de noviembre de 1993, constituye para los solos efectos de la inhabilidad, un nuevo contrato o un contrato adicional del celebrado el 30 de julio de 1993 o si, por el contrario, hace parte de la etapa contractual posterior a la celebración del anteriormente citado.

De acuerdo con los documentos allegados, el 30 de julio de 1993, la Administración celebró un contrato de obra pública a precios unitarios con el ingeniero Hernando Méndez Mora para terminar la construcción de la Cárcel de El Banco, Magdalena.

El contrato fue firmado bajo la vigencia del Decreto 222 de 1983, aplicable conforme al artículo 1° de dicho estatuto, el artículo 274 del Decreto 1986 y a la cláusula décima quinta del contrato en relación con el punto en estudio.

El 29 de noviembre se firmó un acta de compensación de obras entre la administración y el ingeniero Méndez Mora, que la parte actora considera debe tomarse como un nuevo contrato y su fecha como parámetro para considerar que el elegido estaba incurso en la inhabilidad.

El artículo 21 del Decreto 222 de 1983 establecía que cuando en el curso de la ejecución de un contrato, el interés público demandara la variación del mismo, la

entidad pública propondría al contratista el procedimiento para llevarla a cabo y se sentaría un acta con los términos de la propuesta.

Ahora bien, el artículo 58 del mismo estatuto señalaba que, salvo lo dispuesto en la disposición antes reseñada, si había lugar a la modificación del plazo o el valor convenido y no se trataba de la revisión de los precios prevista en el estatuto, se suscribiría contrato adicional, cuyo valor estaría limitado en la forma prevista en la norma. Las adiciones relacionadas con el valor, continuaba la disposición, quedaban perfeccionadas una vez suscrito el contrato y efectuado el registro presupuestal.

Las modificaciones relacionadas con el plazo sólo requerían la firma del jefe de la entidad contratante y la prórroga de las garantías. Esta previsión fue consignada en la cláusula décima quinta del contrato (folio 228).

La disposición reseñada advertía que mediante contratos adicionales no podía modificarse el objeto del contrato o el plazo si estuviere vencido, ni pactarse prórrogas automáticas.

Conforme a los documentos allegados la propuesta en la situación en estudio fue la de firmar un acta de compensación de obras mediante la cual se hicieran obras que estaban presupuestadas en menor cantidad bien por extensión, por número de unidades y en su lugar se dejaran de realizar otras que aparecían en las condiciones originales de la contratación.

En el acta no se hace modificación del precio del contrato inicialmente fijado, ni se varía en ninguna forma el término, ni su firma se produjo cuando aquel se había cumplido; en consecuencia, no puede hablarse de un contrato adicional para los efectos del presente estudio; tampoco y para los mismos efectos, puede sostenerse que se trate de un nuevo contrato, porque no se varía su objeto. En realidad responde al nombre que se le dio "compensación de obras" por cuanto se propone y se acepta realizar unas obras dejando de efectuar otras, por las razones que expone la Administración, pero sin modificar ninguno de los parámetros que ameritaría la firma de un contrato adicional o uno nuevo, ni aparece demostrado que se hubiera celebrado ninguno de estos.

En estas condiciones la fecha del contrato que debe tenerse en cuenta para efectos de establecer la existencia de la inhabilidad es la inicial que resulta estar por fuera del término de inhabilidad, según lo acepta el mismo demandante.

No hay lugar, entonces, a analizar si la intervención o la celebración del contrato fue hecha en realidad por el ingeniero Cáliz Martínez por interposición del doctor Méndez porque no se generó inhabilidad por la celebración misma del contrato y el aspecto de la ejecución del mismo no es asunto que incida en la decisión, para variarla.

Tampoco se estudiará un supuesto comportamiento irregular que según la demanda ha sido el usual por parte del elegido en sus relaciones contractuales con la administración, en oportunidades anteriores por cuanto no es el objeto de la presente acción ni de la decisión.

Como conclusión para la Sala es claro que aunque las inhabilidades son aplicables en principio en el presente caso, las súplicas de la demanda no prosperan porque no se demostró que la inhabilidad alegada esté configurada en el mismo. Por estas razones se confirmará la providencia apelada en el aspecto analizado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. Modifícase la sentencia de 6 de julio de 1995 dictada por el Tribunal Administrativo del Magdalena en el sentido de no proveer sobre las excepciones por las razones expuestas en la parte motiva.

2. Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en su sesión de veintiséis (26) de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de Sala; *Mirén de la Lombana de M., Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Mario Alario Méndez.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: En el mismo sentido menciona el concepto del 24 de agosto de 1994 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, C. P. Doctor Mora Osejo.

NOTA DE RELATORIA: En el mismo sentido ver la sentencia del 1° de septiembre de 1994, Sala Plena, C. P. Doctor Miguel González Rodríguez y sentencia de la Sección Quinta del 13 de abril de 1989 expediente 270; C. P. Doctor Jorge Penen Deltieure.

PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Improcedencia de excepciones previas / EXCEPCIONES PREVIAS - Inexistencia / IRREGULARIDADES PROCESALES - Ausencia de prueba

Las anunciadas y sustentadas como de "Inepta demanda" e "indebida acumulación de pretensiones" corresponden a excepciones previas que por mandato legal no tienen cabida en los procesos que se adelantan ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Su análisis sólo procede en cuanto conciernan con irregularidades que impidan la conformación de la relación procesal, situación que no se da en el caso en examen porque las fallas que se atribuyen a la demanda carecen de virtualidad para concluir en fallo inhibitorio. En aquella se encuentran elementos suficientes para determinar cuál es el acto acusado y la finalidad de las pretensiones, así no aparezcan formuladas con la técnica jurídico procesal que sería de desear pero no cabe exigir habida cuenta el carácter de pública de la acción ejercida.

APLICACION DE LA LEY EN EL TIEMPO - Observancia / LEY RETROSPECTIVA - Aplicación inmediata / RETROACTIVIDAD DE LA LEY - Inexistencia

Respecto de la aplicación de la Ley 136 de 1994, artículo 95-3, al caso en examen, que el opositor y los terceros intervinientes objetan calificándolo de retroactividad de la ley, conviene advertir que dicha ley no es retroactiva porque se le tenga en consideración por la invocación que de ella hizo el actor, sino apenas retrospectiva, pues simplemente se la aplica a situaciones no consolidadas cuando empezó a regir y respecto de las cuales no cabe hablar de derechos adquiridos. Esa norma prevé causal de inhabilitada para ser elegido alcalde y es de aplicación inmediata conforme a lo previsto en los artículos 2° y 3° de la Ley 153 de 1887.

ALCALDE - Inhabilidades / INHABILIDAD PARA SER ALCALDE - Alcance / EMPLEADO NACIONAL Y EMPLEADO DEPARTAMENTAL - Ejercicio de autoridad

Respecto del alcance del artículo 95-3 de la Ley 136 de 1994, del cual se afirma que extiende sus efectos únicamente a los empleados del respectivo municipio y no a quienes ejercen como empleados jurisdicción, autoridad o dirección administrativa en el respectivo municipio aunque no sean empleados municipales, es de advertir que de ser válida esa tesis se concluiría que empleado del orden nacional o departamental con dirección administrativa en el municipio no estaría inhabilitado para ser elegido alcalde, no obstante la influencia que en razón del cargo puede ejercer sobre el electorado, lo cual sería ilógico.

ALCALDE - Inhabilidades / AUTORIDAD ADMINISTRATIVA - Inexistencia / INHABILIDADES - Personales e Intransferibles / CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO - Función administrativa colegiada

Quien como empleado público haya ejercido autoridad civil, política o militar, jurisdicción o cargo de dirección administrativa dentro del término señalado en la norma no es elegible ni designable para el cargo de alcalde. Excepcionalmente estipula la Constitución Política en su artículo 116 que "los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia como árbitros o conciliadores, en los términos que determine la ley...", y en su artículo 123 autoriza para que los particulares temporales desempeñen funciones públicas, bajo el régimen que determine la ley "...que regulará su ejercicio...", materia aún no reglamentada de modo general, pero acerca de la cual sí existen disposiciones particulares, como las que atañen a la función administrativa de los concejales, la norma en examen, entonces, en sana lógica, debe interpretarse de modo armónico con la del artículo 43 de la misma Ley 136 de 1994, para no llegar a conclusiones equívocas. El artículo 95 de la Ley 136 de 1994 alude a dirección administrativa, no idéntica al ejercicio de autoridad administrativa, lo que explica la precisión en cuanto prescribe que aquella también inhabilita para ser elegido alcalde, siempre que se lo haga en ejercicio de un cargo dentro de los seis meses anteriores a la elección. Es innegable que dicho Consejo Superior Universitario, cuyas funciones son las previstas en el

artículo 65 de la Ley 30 de 1992, regladas en el artículo 15 del Acuerdo 120 de 1993, cumple funciones de dirección administrativa. Pero esa función de dirección administrativa la ejerce de modo corporativo, con decisiones tomadas, al menos, por la mayoría de sus integrantes. No la cumplen los miembros del Consejo de modo individual, razón por la cual no puede atribuirse a cada uno de ellos en particular la decisión que se adopte, por ello no cabe tener, como causal de inhabilidad para ser elegido alcalde, el ejercicio de la función de miembros de dicho Consejo. A ello se llega porque es de que las inhabilidades son personales e intransferibles, no siendo dable predicar la existencia de una condición de inelegibilidad recurriendo a deducción indirecta, cual sería la de sostener que toda decisión de Consejo Superior integrado por pluralidad de miembros es atribuible, de manera particular, a estos y, por tanto, la inhabilidad predicable del ejercicio de esa función sea atribuible también a cada uno de los integrantes del mismo organismo.

Cuando la norma presuntamente violada habla de haber ejercido cargo de dirección administrativa debe entenderse de quien lo desempeñó, en cumplimiento de funciones asignadas por mandato legal o estatutario, en forma directa y personal; no así cuando son varias personas las integrantes del ente corporativo que realiza la función de dirección.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., dos (2) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Amado Gutiérrez Velásquez.*

Radicación número 1435.

Actor: Hugo Hernando Porras Rodríguez.

Por apelación interpuesta tanto por los terceros intervinientes como por el opositor, conoce la Sala de la sentencia que profirió el 17 de julio del presente año el honorable Tribunal Administrativo de Boyacá mediante la cual declaró la nulidad del acto de elección del señor Manuel Arias Molano como alcalde de Tunja para el período 1995-1997, dispuso la cancelación de la credencial que como tal le fue expedida y denegó las restantes súplicas de la demanda.

Cumplida la ritualidad propia de la segunda instancia y no encontrando en lo actuado motivo alguno de invalidez, se decide lo que en derecho corresponde partiendo del examen de los siguientes:

ANTECEDENTES

El ciudadano Hugo Hernando Porras Rodríguez, obrando en su propio nombre, demandó la nulidad del acto declaratorio de la elección del señor Manuel Arias Molano como alcalde de Tunja para el período 1995-1997; también que se declare la nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda la Corporación electoral para la aludida elección, que se ordenen medidas cautelares, se condene en costas y finalmente se cancele la credencial de alcalde expedida al citado Arias Molano.

Los hechos que sustentan esas pretensiones, en los cuales se contiene simultáneamente el concepto de violación, se hacen consistir en que el señor Manuel Arias Molano está inhabilitado para ser elegido alcalde de Tunja por haber ejercido cargo de dirección administrativa en esa ciudad como "...miembro del Consejo Superior de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección". La inhabilidad se da, agrega el actor, porque el Estatuto General de dicho Centro Educativo Superior confiere el carácter de administrativo al Consejo Superior en el cual actuó aquél en varias sesiones entre abril y junio de 1994.

Invoca como normas violadas el artículo 95 de la Ley 136 de 1994 en su numeral 3° y el artículo 223 numeral 5° del C. C. A. en armonía con el artículo 228 *ibidem.*

El *a quo* declaró sin fundamento las excepciones propuestas, declaró improcedente el incidente que con base en ellas se formuló y acogió parcialmente las pretensiones de la demanda.

Con apoyo en los documentos aportados al proceso sostiene que la U.P.T.C. es un centro de educación superior, vinculado al Ministerio de Educación Nacional y que "... por sus funciones, organización y autonomía participa de la naturaleza jurídica de los establecimientos públicos que son una forma de descentralización administrativa, atendiendo al factor funcional, y por tanto hace parte de la rama administrativa del poder público...". Su Consejo Superior ejerce tareas de dirección y gobierno en la Universidad, efectuando "importante labor administrativa con capacidad suficiente de subordinar todo el aparato administrativo de la entidad..." en el orden académico, administrativo, planeación, expedición del Estatuto Orgánico, reglamentos, designar rector y aprobar presupuesto. "...Por ello no cabe duda acerca del tipo de organismo que integró el doctor Arias Molano en cuanto a su caracterización política administrativa y funcional".

Al analizar las hipótesis que propone la norma pretensamente infringida para que se dé la causal invocada, sostiene:

"*En síntesis si el ejercicio del cargo de dirección administrativa en el respectivo municipio contiene un concepto no restringido a la estructura administrativa municipal, sino por el contrario abierto a supuestos que con todo, deben ocurrir en su sede en el municipio de que se trata; las conclusiones posibles de extraer para el asunto que ocupa la Sala son las siguientes:*

a) *El alcalde electo ejerció un cargo corporativo en un establecimiento público del orden nacional, vinculado al Ministerio de Educación Nacional, por ende integrante de la rama administrativa del poder público;*

b) *El organismo que integró el alcalde electo contiene en acervo funcional, atribuciones inequívocas de dirección administrativa;*

c) *La U.P.T.C., en su condición de universidad pública tiene su sede y domicilio principal en la ciudad de Tunja, por decisión legal y reglamentaria;*

d) *El ejercicio de tales funciones, por el alcalde electo, históricamente ocurrieron dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección, 30 de octubre de 1994*".

El recurso de apelación.

Carlos Alberto Hernández, tercero interviniente, interpuso recurso de apelación con transcripción de criterio doctrinal, con apoyo en el cual aduce que la U.P.T.C. ejerce autoridad administrativa; pero, agrega, lo que debe dilucidarse es si el Consejo Superior de la Universidad ostentó o no dicha autoridad. El interrogante lo resuelve a la luz del artículo 190 de la Ley 136 de 1994, norma que lo lleva a manifestar que la alegada autoridad administrativa no la ejerce el órgano corporativo sino el rector, según lo dispuso la Ley 30 de 1992. Agrega que al precitado Arias Molano no se le puede atribuir calidad de servidor público. Además, que el inciso 3° del artículo 123 de la Carta Política no ha sido desarrollado en la ley para determinar el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas.

Amplía la sustentación del recurso con apartes de sentencia de la honorable Corte Constitucional relacionada con la inconstitucionalidad de norma de la Ley 30 de 1992, que organiza el servicio público de la Educación Superior de las universidades oficiales; también anexa y hace suyo concepto de conocido tratadista de derecho público y profesor universitario.

El apoderado del opositor recurre la sentencia y como soporte transcribe apartes de los salvamentos de votos de los magistrados que no compartieron el fallo.

También lo hace el tercero opositor Ciro Nolberto Guecha Medina, no reconocido con esa calidad en el proceso no obstante su comparecencia a los autos antes de quedar en firme el auto que dispuso el traslado a las partes para alegar (folios 79 a 83).

El apoderado sustituto del opositor Arias Molano amplía la sustentación de la alzada. Al efecto resume toda la actuación procesal y crítica la posición dividida del Tribunal, que llevó a "discrepantes interpretaciones" para erigir inhabilidades no creadas por el legislador. Para llegar a dicho aserto, dijo:

> "*Las causales de inhabilidades, como las de nulidad, no sólo son específicas sino que también, por consiguiente, han de ser concretas, determinadas, directas y expresas, referidas a hechos particulares debidamente comprobados por lo cual no es dable o permisible deducirlas o inferirlas mediante razonamientos teóricos e interpretaciones discutibles; ello sería tanto como vulnerar el debido proceso y la presunción constitucional de inocencia con grave quebranto o menoscabo del derecho de defensa*".

Alude a las previsiones de los artículos 179, 180 y 183 de la Constitución Política, que no consideran causal de nulidad para ser elegido congresista la condición de miembro de junta o consejo directivo de entidad oficial descentralizada de cualquier nivel, pero sí motivo de incompatibilidad que constituye causal de pérdida de la investidura. Al respecto agrega:

> "*...quienes son miembros de esas juntas o consejos directivos pueden ser elegidos congresistas pero, una vez posesionados como tales, les está vedado continuar desempeñando las funciones correspondientes, so pena de perder la investidura.*
>
> *Si el orden jurídico es, o debe ser, un todo congruente y armónico sería reprochable e inadmisible para cualquier ciudadano que, por pertenecer a una junta o consejo directivo de entidad oficial descentralizada de cualquier nivel, no pudiera ser elegido Alcalde, Concejal, Gobernador o Diputado, pero sí ungido o exaltado al Congreso Nacional. Ello vulneraría, con lesión irreparable, los derechos fundamentales de igualdad y de elegir y ser elegido, consagrados expresamente como garantías constitucionales de los colombianos en la Carta de 1991. Y no existe, ni puede existir duda alguna, que ser miembro del Consejo*

Superior de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, como lo fue el doctor Manuel Arias Molano, es tanto o lo mismo que haber sido miembro del Consejo Directivo de una entidad oficial descentralizada del nivel nacional, luego podía ser válidamente elegido alcalde de la ciudad de Tunja".

También el señor Ciro Nolberto Guecha Medina, como tercero interviniente, presenta escrito de sustentación del recurso con análisis de la inhabilidad reconocida por el *a quo*. Se apoya en providencia de esta Sección del pasado 17 de agosto del año en curso y analiza apartes de las Leyes 30 de 1992 y 115 de 1994, así como el Estatuto General de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Plantea, finalmente, la no aplicabilidad de la Ley 136 de 1994 al caso de autos, por irretroactividad.

El actor, por su parte, solicita confirmar el fallo apelado, reiterando sus argumentos de la demanda y del alegato de conclusión.

Concepto del Ministerio Público.

La señora Procuradora Novena Delegada en lo Contencioso (E.) solicita infirmar la sentencia impugnada. Aduce que de la prueba aportada se tiene claro que las funciones asignadas al Consejo Superior Universitario constituyen "...el ejercicio de autoridad administrativa, aspecto inherente al cargo de dirección administrativa". Pero apoyándose en sentencias de esta Corporación, proferidas con ponencias de los honorables Consejeros Carmelo Martínez Conn (15 de noviembre de 1982) y Mirén de la Lombana de Magyaroff (7 de septiembre de 1992), concluye:

"*...no se puede desconocer que el régimen de inhabilidades constituye una excepción a la norma general y al derecho que tiene todo ciudadano de elegir y ser elegido, circunstancia que hace predicable de estas causales, su interpretación restrictiva, sin que sea susceptible de ampliar su cobertura a aquellas situaciones no previstas en forma concreta por el legislador. No tiene cabida que por vía de la interpretación de la norma, el operador termine creando una nueva causal o haciéndola extensiva a situaciones no previstas expresamente en la ley.*

Otro aspecto a considerar y quizá el más relevante en el análisis del caso ***sub examine****, es la forma como se ejerce el poder de mando y la toma de decisiones, en tratándose de los Organismos Colegiados. En ellos la decisión depende del querer de la colectividad por mayoría o por unanimidad, según así esté establecido, pero en ningún caso depende de la voluntad de uno de sus miembros en particular; y la naturaleza de la*

inhabilidad, es la que se predica de una persona en particular y concreto, que ejerce su imperium en pro de sus particulares propósitos".

Por ello disiente de la conclusión a la que llegó el *a quo,* y solicita revocar la sentencia en cuanto anuló el acto de elección acusado.

CONSIDERACIONES

1. La demanda se encamina a obtener la nulidad del acto declaratorio de la elección del señor Manuel Arias Molano como alcalde de Tunja para el período 1995-1997, contenido en el acta parcial de escrutinio de votos de fecha 2 de noviembre de 1994 de la Comisión Escrutadora Municipal.

Para ello afirma que aquél "...al ser elegido violó lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, que trata de las inhabilidades para los alcaldes, al haber ejercido cargo de dirección administrativa en la ciudad de Tunja por ser miembro del Consejo Superior de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección".

Además de esa disposición, para demandar la declaratoria de nulidad invoca el numeral 5°, artículo 223 del C. C. A.

2. Fueron allegados al proceso los siguientes elementos probatorios, de carácter documental:

a) En copia autenticada, el acta parcial de escrutinio y declaratorio de elección de Manuel Arias Molano como alcalde de Tunja (folios 43 - 46 - 49) (folios 3 Cdno. número 2);

b) Ejemplar de la edición del Acuerdo número 120 de diciembre 20 de 1993, contentivo del Estatuto General de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, autorizado por ese centro de educación superior (folios 1-18);

c) Copia auténtica de certificación expedida por la Secretaría General de la U.P.T.C., relacionada con la elección de Arias Molano como representante de los ex alumnos ante el Consejo Superior Universitario, posesión, calidad de miembro principal de esa Corporación, su renuncia a la misma y aceptación de ésta, así como relación de las reuniones del Consejo en las que participó. Se acompañó el material documentario que así lo acredita (folios 19-33);

d) Constancia original respecto del carácter oficial de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, su creación, seccionales y representación legal, expedida el 19 de enero del presente año por el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (Icfes) (folio 5 Cdno. número 3).

Además, el testimonio rendido bajo juramento por el doctor Jorge Palacios Preciado sobre las funciones inherentes al cargo de miembro del Consejo Superior de la U.P.T.C. (folio 37 Cdno. número 3).

3. **Excepciones e incidente de nulidad**

El apoderado del opositor propuso las excepciones que calificó de mérito bajo los nombres de "Genérica" y de "Inepta demanda", esta última por no contener ese libelo concepto de violación. Y el tercero interviniente Carlos Alberto Hernández las previas de "Indebida acumulación de pretensiones" y de "Inepta demanda". También formuló incidente de nulidad con apoyo en las susodichas excepciones.

Al respecto basta observar que la denominada "genérica" no es distinta de la de reconocimiento oficioso prevista en el artículo 306 del C. P. Civil, que implica el examen de los hechos sobre los que se sustenta la defensa del acto acusado. Por tanto, su dilucidación sólo será posible en la sentencia (artículo 164 del C. C. A.).

Las enunciadas y sustentadas como de "Inepta demanda" e "Indebida acumulación de pretensiones", corresponden a excepciones previas que por mandato legal no tienen cabida en los procesos que se adelantan ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Su análisis sólo procede en cuanto conciernan con irregularidades que impidan la conformación de la relación procesal, situación que nó se da en el caso en examen porque las fallas que se atribuyen a la demanda carecen de virtualidad para concluir en fallo inhibitorio.

En aquella se encuentran elementos suficientes para determinar cuál es el acto acusado y la finalidad de las pretensiones, así no aparezcan formuladas con la técnica jurídico procesal que sería de desear, pero no cabe exigir habida cuenta el carácter de pública de la acción ejercitada.

Respecto del incidente propuesto por el tercero interviniente es obvio que por estar apoyado en las susodichas excepciones, de no prosperar ellas tampoco podría serlo la nulidad impetrada.

Bien estuvo, por tanto, que el *a quo* no tramitara el incidente, pues su éxito dependía de otros medios de defensa sólo dilucidables en el fallo.

4. **La cuestión contenciosa**

Se formula por pretensa violación del artículo 95, numeral 3º de la Ley 136 de 1994, que preceptúa:

Artículo 95. No podrá ser elegido ni designado alcalde quien:

3. Haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar o cargo de dirección administrativa en el respectivo municipio dentro de los seis meses anteriores a la elección".

Consideraciones previas

a) Respecto de la aplicación de la norma transcrita al caso en examen, que el opositor y los terceros intervinientes objetan calificándolo de retroactividad de la ley, conviene advertir que dicha ley no es retroactiva porque se la tenga en consideración por la invocación que de ella hizo el actor, sino apenas retrospectiva, pues simplemente se la aplica a situaciones no consolidadas cuando empezó a regir y respecto de las cuales no cabe hablar de derechos adquiridos. Esa norma prevé causal de inhabilidad para ser elegido alcalde y es de aplicación inmediata conforme a lo previsto en los artículos 2° y 3° de la Ley 153 de 1887. La Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación también lo entendió así en concepto de 24 de agosto de 1994;

b) Respecto del alcance de la norma invocada, de la cual se afirma que extiende sus efectos únicamente a los empleados del respectivo municipio y no a quienes ejercen como empleados jurisdicción, autoridad o dirección administrativa en el respectivo municipio aunque no sean empleados municipales, es de advertir que de ser válida esa tesis se concluiría que empleado del orden nacional o departamental con dirección administrativa en el municipio no estaría inhabilitado para ser elegido alcalde, no obstante la influencia que en razón del cargo puede ejercer sobre el electorado, lo cual sería ilógico. Esta Sala dilucidó esa cuestión en los siguientes términos:

> "Por lo que atañe a las funciones de ...dirección administrativa en el respectivo municipio..., conviene en principio observar que la exigencia legal no versa exclusivamente con funciones administrativas municipales, que son a las que se refiere el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, sino a las de dirección administrativa que se ejerzan en el municipio, pudiendo predicarse de funcionarios administrativos de los órdenes nacional o departamental. Es esta la interpretación acertada de la norma, por cuanto lo que buscó el legislador fue impedir el ejercicio de influencias indebidas sobre el electorado para hacerse elegir o hacer elegir a determinadas personas; mantener la igualdad de condiciones entre los candidatos, evitar que se rompa el equilibrio entre quienes aspiran al favor popular en la elección política.
>
> Ello, como es apenas lógico, no sólo pueden conseguirlo quienes ejercen cargo de dirección administrativa del orden municipal, sino también quienes ejercen esa función en el territorio del municipio como empleados departamentales o nacionales de los niveles central o descentralizado" (Sentencia agosto 17 de 1995. Expediente 1346, Consejero Ponente doctor Amado Gutiérrez Velásquez. Actor Pedro Pablo Velandia Rincón y otros);

c) En la norma transcrita se observa, de entrada, que no tiene idéntica formulación a la que respecto de la elección de concejales consagra inhabilidad semejante en el artículo 43, numeral 2º de la Ley 136 de 1994, pues esta disposición es explícita en prever que quien como empleado público hubiere ejercido jurisdicción o autoridad civil, administrativa o militar dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la inscripción, es inelegible como cabildante.

La norma que se examina guarda silencio por ese primer aspecto, el de empleado público, pero agrega en sus previsiones impeditivas el ejercicio de autoridad política.

Es bien precisa, en cambio, al señalar que el desempeño de cargo de dirección administrativa inhabilita para ser elegido o designado alcalde, siempre que aquello haya ocurrido dentro de los seis meses anteriores a la elección.

Con ello, sin embargo, lejos de establecer régimen personal distinto para los hechos inhabilitantes presume lo que es obvio, es decir, que quien como empleado público haya ejercido autoridad civil, política o militar, jurisdicción o cargo de dirección administrativa dentro del término señalado en la norma no es elegible ni designable para el cargo de alcalde. Excepcionalmente estipula la Constitución Política en su artículo 116 que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia como árbitros o conciliadores, "...en los términos que determine la ley...", y en su artículo 123 autoriza para que los particulares temporalmente desempeñen funciones públicas, bajo el régimen que determine la ley "...que regulará su ejercicio...", materia aún no reglamentada de modo general, pero acerca de la cual sí existen disposiciones particulares, como las que atañen a la función administrativa de los concejales. La norma en examen, entonces, en sana lógica, debe interpretarse de modo armónico con la del artículo 43 de la misma Ley 136 de 1994, para no llegar a conclusiones equívocas.

El artículo 95 de la Ley 136 de 1994 alude a dirección administrativa, no idéntica al ejercicio de autoridad administrativa, lo que explica la precisión en cuanto prescribe que aquella también inhabilita para ser elegido alcalde, siempre que se lo haga en ejercicio de un cargo dentro de los seis meses anteriores a la elección. Al respecto esta Sala precisó en anterior oportunidad:

> *"Pero con esa precisión la norma antes citada sí suministra, en su inciso 2º, orientación bien clara acerca de lo que se debe entender por dirección administrativa.*
>
> *Es la que ejercen los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar*

horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados; reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta. También los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno, y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias" (Sentencia agosto 17 de 1995. Proceso 1346).

Examen del cargo

En orden a aplicar los anteriores criterios al caso en examen se encuentra que la prueba allegada acredita indubitablemente lo siguiente:

El señor Manuel Arias Molano fue elegido el 30 de octubre de 1994 alcalde de Tunja para el período 1995-1997; también, que entre abril y julio de 1994 actuó como miembro del Consejo Superior de la U.P.T.C., es decir, dentro de los seis meses anteriores a su referida elección de burgomaestre.

Dicha universidad, la Pedagógica y Tecnológica de Colombia, es un ente autónomo de carácter nacional, creado mediante Decreto número 2655 de 1953, vinculado al Ministerio de Educación y dotado de personería jurídica, régimen especial y además provisto de autonomía académica, presupuestal y administrativa (Acuerdo número 120 de 1993, expedido en cumplimiento de la Ley 30 de 1992, artículo 2°). Significa ello que su organización corresponde al régimen de descentralización administrativa por servicios o funcional, con autonomía que no es absoluta dada su sujeción o vinculación al Ministerio de Educación Nacional en lo concerniente a la observancia de las políticas y planeación del sector educativo, y a la inspección, y vigilancia en materia educativa.

El aludido centro de educación superior tiene sus propios órganos de dirección, de los cuales el más importante es el Consejo Superior Universitario que según el artículo 7° del Acuerdo 120 de 1993 "...es el máximo órgano de dirección y gobierno...".

Entonces,

a) El actor sostiene que el señor Manuel Arias Molano ejerció Dirección Administrativa en los seis meses anteriores a la elección de alcalde como miembro que fue, en representación de los ex alumnos, del aludido Consejo Superior Universitario de la U.P.T.C.

Es innegable que dicho Consejo Superior, cuyas funciones son las previstas en el artículo 65 de la Ley 30 de 1992, regladas en el artículo 15 del Acuerdo 120 de 1993, cumple funciones de dirección administrativa, así el ejecutor sea el rector de la Universidad, particularmente en cuanto define las políticas generales de la

Institución "...y en particular las relacionadas con los aspectos académico, administrativo..."; también porque concede comisiones de acuerdo con la ley, autoriza al rector para celebrar contratos, fija los derechos de matrícula, impone sanciones disciplinarias, expide las plantas de personal de la Institución, etc.

Pero esa función de dirección administrativa la ejerce de modo corporativo, con decisiones tomadas, al menos, por la mayoría de sus integrantes. No la cumplen los miembros del Consejo de modo individual, razón por la cual no puede atribuirse a cada uno de ellos en particular la decisión que se adopte. Por ello no cabe tener, como causal de inhabilidad para ser elegido alcalde, el ejercicio de la función de miembro de dicho consejo, el ejercicio de la función de miembro de dicho consejo. En caso similar así lo precisó esta Sala, en sentencia de fecha septiembre 7 de 1992 de la que fue ponente la honorable Consejera doctora Mirén de la Lombana de Magyaroff. Allí expreso:

> "Ahora bien, aparece demostrado que el doctor Mendivil Ciodaro fue elegido como miembro del Consejo Superior de la Universidad en representación del profesorado.
>
> En reiteradas oportunidades, la Sala ha sostenido que son diferentes los miembros de un organismo colegiado y el ente que integran, como son diferentes las decisiones de aquellos y de éste.
>
> En verdad, salvo norma expresa en contrario, las inhabilidades son personales y directas. En consecuencia, para el caso de autos, si las decisiones o actuaciones se realizan por un órgano integrado por un conjunto de personas, tales actuaciones o decisiones no pueden ser endilgadas a ninguna de las personas en particular porque no es una sola voluntad la que actúa, sino una mayoría de voluntades, y en algunos casos, según la transcripción hecha antes, la validez de la decisión del Consejo está supeditada al voto favorable de quien la presida, que en el presente caso no fue quien resultó elegido".

A ello se llega porque sabido es que las inhabilidades son personales e intransferibles, no siendo dable predicar la existencia de una condición de inelegibilidad recurriendo a deducción indirecta, cual sería la de sostener que toda deducción indirecta, cual sería la de sostener que toda decisión de Consejo Superior integrado por pluralidad de miembros es atribuible, de manera particular, a estos y, por tanto, la inhabilidad predicable del ejercicio de esa función sea atribuible también a cada uno de los integrantes del organismo.

Cuando la norma presuntamente violada habla de haber ejercido cargo de dirección administrativa debe entenderse de quien lo desempeñó, en cumplimiento de funciones asignadas por mandato legal o estatutario, en forma directa y personal;

no así cuando son varias personas las integrantes del ente corporativo que realiza la función de dirección;

b) A esta primera conclusión se agrega la que resulta de no haber tenido el señor Arias Molano, como miembro del Consejo Superior de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia la condición de empleado público, pues así se desprende de las normas legales aplicables (Decreto 2400 de 1968, artículo 3°, parágrafo 2° y Decreto 1960 de 1973, artículo 5°). La noción de empleo, dentro del concepto de función pública se equipara por la doctrina, la jurisprudencia y el mismo Diccionario de la Lengua al concepto de cargo, por lo que es fácil concluir que aquél no está inhabilitado para ser elegido alcalde de Tunja.

En síntesis: no pudiendo atribuirse a cada uno de los miembros del Consejo Superior de la Universidad las decisiones proferidas por la colegiatura, ni tampoco sostener que quien desarrolla esa función pública como particular, en forma transitoria y *ad honorem,* ejerce cargo público, no se podrá colegir, por analogía o interpretación extensiva, que la condición de miembro de ese cuerpo directivo, tenida transitoriamente por Manuel Arias Molano, fundamente la invalidez de su elección.

Estas consideraciones, que obran acordes con el concepto de la Procuradora Novena Delegada ante lo Contencioso, imponen que se revoque el fallo recurrido y se niegue la pretensión de nulidad del acto acusado.

A mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. Revócase la sentencia apelada, que profirió el honorable Tribunal Administrativo de Boyacá con fecha 17 de julio del año en curso para, en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda.

2. Reconócese al señor Ciro Nolberto Guecha Medina como tercero interviniente.

Cópiese, notifíquese y absuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Mirén de la Lombana de M., Luis Eduardo Jaramillo M., Mario Rafael Alario Méndez.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: Menciona el concepto del 24 de agosto de 1994 de la Sala de Consulta y Servicio Civil.

NOTA DE RELATORIA: Transcribe aparte sobre el tema de autoridad administrativa de la sentencia del 17 de agosto de 1995. Expediente 1346. Ponente: Doctor Amado Gutiérrez Velásquez. Actor: Pedro Pablo Velandia Rincón y otros.

NULIDAD DE LA ELECCION DE ALCALDE - Causales

Al respecto, la Sala Observa que además de las establecidas en el C.C.A. (art. 223) el art. 29 de la Ley 78 de 1986 señala otras causales de nulidad de elección de alcaldes, entre las cuales está la violación del régimen de inhabilidades previsto para esos funcionarios, contenido hoy en el art. 95 de la Ley 136 de 1994, cuyo numeral 8, invoca el actor en su libelo para impetrar la nulidad de la elección demandada.

ALCALDE - Inhabilidades / TESORERO MUNICIPAL - Naturaleza del cargo / AUTORIDAD POLITICA MUNICIPAL - Titularidad

Según el art. 189 de la Ley 136 de 1994, la autoridad política es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio y agrega dicho precepto, del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y los jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal ejercen, con el alcalde, la autoridad política. En consecuencia, de conformidad con lo establecido en los precitados arts. 189 de la Ley 136 de 1994 y 22 del Decreto 0067/93, resulta forzoso concluir que el tesorero municipal no ejerce autoridad política, pues, a más de que no aparece relacionado dentro de los funcionarios en listados en el primero de los preceptos citados, la tesorería municipal es una dependencia de la alcaldía, siendo el alcalde superior jerárquico del tesorero, según el segundo de dichos preceptos. La naturaleza del cargo, las funciones del manejo de asuntos relacionados con el recaudo y gastos del municipio constituyen aspectos que permiten concluir que el cargo de tesorero municipal no lleva implícito ejercicio de autoridad administrativa.

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

Consejero Ponente: Doctor *Luis Eduardo Jaramillo Mejía*

Santa Fe de Bogotá, D.C., dos (2) noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Radicación número 1446.

Referencia: Electoral - Segunda Instancia.

Actor: Eduar de la Cruz Góngora Llerena.

Decide La Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de julio 4 de 1995, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Bolívar denegó las peticiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1. Lo que se demanda. (fls. 2-7 anexo 1236). Actuando en su propio nombre y como apoderado del actor, el abogado David Bustos Cantillo demandó, del Tribunal Administrativo de Bolívar, la nulidad de la elección del alcalde del municipio de Santa Catalina (Bolívar) para el período constitucional 1995-1997, recaída en el señor Efraín Antonio Varela Ramírez; como consecuencia de esa nulidad solicitó la aplicación del artículo 107 de la Ley 136 de 1994 y la cancelación de la credencial expedida en favor del demandado.

El demandante afirma que el señor Varela Ramírez estaba inhabilitado para ser elegido alcalde, en razón de que hasta el mes de agosto de 1994 su esposa, María del Carmen Ramírez Muñoz, desempeñó el cargo de Tesorero Municipal en la localidad de Santa Catalina, violando así el artículo 95-8 de la Ley 136 de 1994, pues, de conformidad con el artículo 189 ibídem, la señora Ramírez Muñoz ejercía autoridad política y administrativa y al no haber renunciado dentro de los tres meses anteriores a la elección mencionada, inhabilitó a su legítimo esposo para aspirar a la alcaldía. En capítulo separado de la misma demanda, el actor solicitó la suspensión provisional del acto impugnado, aduciendo infracción manifiesta del artículo 95-8 de la Ley 136 de 1994.

Por auto fechado el 12 de diciembre de 1994 (fls. 25-29 anexo a 1236), el Tribunal de Bolívar admitió la demanda y denegó la solicitud de suspensión provisional aduciendo que, para poder determinar si el demandado estaba incurso en la inhabilidad anotada, era necesario precisar si el cargo desempeñado por su esposa es de los considerados por la ley como de aquellos que ejercen autoridad civil, política, administrativa o militar, estudio que no consideró pertinente en la suspensión provisional, ya que esa medida sólo es procedente cuando la violación de la norma superior resulta de la confrontación de las normas que se alegan como transgredidas sin necesidad de realizar estudio de fondo. Esta última decisión fue apelada (fls. 30-

35 anexo # 1236) y confirmada por esta sala mediante providencia de febrero 24 de 1995 (fls. 42-46 anexo # 1236).

2. *La contestación de la demanda* (fls. 41-54 *cdo. ppl.*). Por conducto de apoderado, el señor Efraín Varela Ramírez contestó la demanda manifestando que se oponía a las declaraciones; afirmó que al momento de su inscripción, el demandado estaba habilitado para desempeñar el cargo al que aspiraba en razón de que no se probó el vínculo matrimonial entre este y la señora María del Carmen Ramírez Muñoz, ni que ella desempeñara el cargo de tesorero municipal, pero en el evento de resultar demostrado el primero de los hechos referidos, resulta que la citada ex funcionaria no ejercía autoridad política ni administrativa, tal como la definen los artículos 189 y 190 de la Ley 136 de 1994, pues el tesorero es un empleado de manejo y presta asistencia financiera a la administración municipal, tal como señala el artículo 22 del Decreto número 0067 de noviembre 30 de 1993, emanado de la alcaldía de Santa Catalina, "Por medio del cual se establece el manual de funciones específicas y de requisitos mínimos de la alcaldía municipal y sus dependencias".

Como excepción de fondo propuso la "carencia de causal legal de nulidad electoral por la parte actora", porque en el libelo no se invocó motivo alguno de los establecidos para los procesos electorales en el artículo 223 del C.C.A.; considera que el demandante debió señalar expresamente en cuál de tales motivos fundamentaba su acción, indicando además el respectivo concepto de violación, pero como este presupuesto no se cumplió en el *sub judice*, el fallo debe ser inhibitorio.

3. *La sentencia recurrida* (fls. 168-177 *cdo. ppl.*) El Tribunal Administrativo de Bolívar declaró no probada la excepción planteada por el demandado y denegó las peticiones de la demanda, con los fundamentos que se resumen así:

3.1. En relación con la excepción propuesta en la contestación de la demanda, el Tribunal señaló que el actor cumplió con todos los presupuestos enumerados en el artículo 137 del C.C.A., y que para efectos de admitir el libelo era necesario referirse a una de las causales de nulidad de las establecidas en el artículo 223 del C.C.A., con base en lo cual declaró no probada la excepción.

3.2. El *a quo* encontró demostrado que el demandado y la señora María del Carmen Ramírez Muñoz se encuentran unidos por vínculo de matrimonio y que el 6 de agosto de 1994 (sic) la señora Ramírez Muñoz fue nombrada como Tesorera del Municipio de Santa Catalina, cargo del que renunció el 15 de julio de 1994, habiendo devengado el salario correspondiente hasta el mes de agosto del mismo año.

Para determinar si el desempeño del cargo de tesorero municipal implica el ejercicio de autoridad civil, política o administrativa, el *a quo* invocó concepto de la Sala de consulta y Servicio Civil 001666 del 5 de noviembre de 1991.

El Tribunal sostuvo que, como consecuencia del cambio de tratamiento dado a los alcaldes por el constituyente de 1986, al disponer su elección por el voto directo de los ciudadanos, la ley incorporó, al personal de la administración central del municipio, tanto al tesorero como a los funcionarios subalternos de la tesorería, por lo tanto, todos ellos son agentes del alcalde, sujetos al procedimiento de libre nombramiento y remoción (L.78/86 D. 1001/88), observó además que la titularidad de la jurisdicción coactiva reside en el alcalde, pudiendo delegarla en el tesorero municipal mediante la expedición de un acto administrativo (art. 5 regla 5ª L. 49/87).

El Decreto 0067 del 30 de noviembre de 1993, por el cual "se establece el manual de funciones específicas y de requisitos mínimo de la alcaldía municipal y sus dependencias", determina en su artículo 22 que el cargo de tesorero municipal es de asistencia financiera a la administración municipal, relacionado con la dirección, organización y control de los gastos efectuados por el municipio, señala además que es un empleado de manejo, por lo cual debe prestar fianza a fin de responder por los dineros públicos; seguidamente, la norma prealudida enlista las funciones específicas del tesorero de las cuales, dijo el *a quo* ninguna está comprendida en las contenidas en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, de donde infirió que sus facultades no implican poder decisorio.

Determinado lo anterior, el fallador de primera instancia concluyó que el tesorero de Santa Catalina (Bolívar) es un funcionario que dentro del municipio no ejerce autoridad civil, política, administrativa, ni militar; por lo tanto, el señor Efraín Antonio Varela Ramírez no estaba incurso en la causal de mulidad alegada por el demandante.

4. *Fundamentos del recurso de apelación* (fls 178-179 *cdo. ppl.*). El actor considera que la sentencia referida ante no está acorde con los fundamentos de ley y de derecho contenidos en la Ley 136 de 1994, sino que se fundamenta en normas anteriores como la Ley 78 de 1996, pues el señor Efraín Antonio Varela Ramírez violó flagrantemente el régimen de incompatibilidades e inhabilidades previstos en la primera de dichas leyes al ser candidato a la alcaldía municipal de Santa Catalina (Bolívar) y su esposa ser tesorera en esa misma localidad.

5. *El concepto del Ministerio Público* (fls. 190-204 *cdo. ppl.*). La Procuradora Novena Delegada ante el Consejo de Estado (E) solicito la confirmación de la sentencia apelada por las siguientes razones:

En relación con la excepción de "carencia de causal legal de nulidad electoral de parte de la actora", consideró que el actor cumplió los requisitos establecidos en

el artículo 137 del C.C.A., señalando, como acusado, el acto de elección del señor Efraín Antonio Varela Ramírez, alcalde del municipio de Santa Catalina (Bolívar), al igual que el artículo 95-8 de la Ley 136 de 1994 como norma violada, exponiendo el respectivo concepto de violación; indicó el trámite por seguir en el juicio e invocó, para fundamentar la acción, el artículo 223 del C.C.A., con lo que consideró satisfechos los requisitos legales de la demanda (arts. 137, 224, 229 del C.C.A.).

Encontró demostrado el vínculo, por matrimonio católico, del demandado con María del Carmen Ramírez Muñoz y que desde el 6 de agosto de 1993 y hasta el 15 de julio de 1994, la señora Ramírez Muñoz desempeño el cargo de Tesorera del municipio de Santa Catalina, quedando con ello establecido el primero de los supuestos contenidos en la norma invocada como transgredida en la demanda.

Considera que el cargo de tesorero municipal no conlleva autoridad política ni administrativa, coincidiendo al efecto con los argumentos expuestos por el *a quo*, atinentes a que los tesoreros municipales además de ser nombrados por el alcalde, entraron a formar parte del personal subalterno de la alcaldía; que el artículo 22 del Decreto 0067 del 30 de noviembre de 1993, determina que ese funcionario es un asistente financiero del alcalde, un empleado de manejo y que el cargo referido no está incluido dentro de los que comportan autoridad política y dirección administrativa (arts. 189 y 190 L. 136/94).

En opinión de la Procuraduría Décima, el actor incurre en error al señalar que los tesoreros municipales son jefes de unidades administrativas especiales, por cuanto la tesorería es una dependencia subordinada de la alcaldía y el tesorero es un empleado subalterno del alcalde.

Concluye la Procuradora que, en su calidad de Tesorera Municipal de Santa Catalina, la señora María del Carmen Ramírez Muñoz, no ejerció autoridad política ni administrativa, por lo que no se configura el segundo supuesto de la norma que consagra la inhabilidad señalada en el libelo.

Consideraciones.

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 78 de 1986, este proceso tiene dos instancias y el recurso fue interpuesto dentro del término previsto en el artículo 250 del C.C.A. (fls. 177 vto. y 179 *cdo. ppl.*).

2. *De la excepción planteada.* La denominó el demandado "carencia de causal legal de nulidad electoral de parte de la actora", fundamentada en que el libelista no señaló ninguna de las causales de nulidad de las establecidas en el artículo 223 del C.C.A., considerándola razón suficiente para proferir sentencia inhibitoria en el *sub judice*.

Al respecto, la Sala observa que además de las establecidas en el C.C.A. (art. 223), el artículo 29 (inc. seg.) de la Ley 78 de 1986 señala otras causales de nulidad de elección de alcaldes, entre las cuales está la violación del régimen de inhabilidades previsto para esos funcionarios, contenido hoy en el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, cuyo numeral 8 invoca el actor en su libelo para impetrar la nulidad de la elección demandada. En estas condiciones, no tiene razón el apelante.

3. La disposición que el actor invoca como transgredida con el acto acusado expresa:

Artículo 95. *Inhabilidades:* No podrá se elegido ni designado Alcalde quien:

(...)

b) Tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil con funcionarios del respectivo municipio que dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección estuvieren ejerciendo autoridad civil, política, administrativa o militar.

Afirma el demandante que el señor Efraín Antonio Varela Ramírez estaba inhabilitado para ser elegido alcalde de Santa Catalina (Bolívar) en razón de que, hasta el mes de agosto de 1994, su cónyuge María del Carmen Ramírez Muñoz, se desempeñó como Tesorera en el mismo municipio y en tal calidad, de conformidad con el artículo 189 de la Ley 136 de 1994, ejercía Dirección Administrativa...." (fl. 147 *cdo. ppl.*); este argumento fue reiterado posteriormente al fundamentar el recurso de apelación, aduciendo que se violaron los artículos 189 y 190 de la citada Ley 136/94.

Al proceso se allegó copia del Registro Civil del matrimonio entre el demandado Efraín Antonio Varela Ramírez y María del Carmen Ramírez Muñoz (fl. 141 *cdo. ppl.*) documento que, como en otras ocasiones ha dicho esta Sala, constituye prueba de los actos y hechos que refiere; también se allegó oficio número 084 del 29 de marzo de 1995 (fl. 142 *cdo. ppl.*), suscrito por el Secretario de Servicios Administrativos de la Alcaldía de Santa Catalina (Bolívar) en el que da cuenta que la señora María del Carmen Ramírez Muñoz fue nombrada como tesorera de ese municipio el día 6 de agosto de 1993; que su renuncia se produjo el 15 de julio de 1994 y que el último sueldo devengado correspondió al del mes de agosto del mismo año.

El artículo 315 de la C.N. dispone en su numeral 7:

(...)

Son atribuciones del alcalde:

(...)

7. Crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes. No podrá crear obligaciones que excedan el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado.

(...)

Con base en la norma transcrita, el alcalde municipal de Santa Catalina dictó el Decreto número 0067 de noviembre 30 de 1993 (fls. 55-127 *cdo. ppl.*), por el cual establece el manual de funciones específicas y de requisitos mínimos de la alcaldía municipal y sus *dependencias* administrativas, las que el artículo 3° ibídem denomina unidades administrativas, entre las cuales figura la tesorería; la naturaleza del cargo de tesorero municipal (art. 22 D. 0067/93) es de asistencia financiera a la administración municipal, relacionada con la dirección, organización y control de los gastos efectuados por el municipio, señalándole las siguientes funciones específicas:

a) recaudar impuestos, contribuciones y demás ingresos provenientes de rentas municipales;

b) Pagar las cuentas debidamente legalizada (sic) que correspondan a gastos u obligaciones municipales;

c) Dentro de esta función quedan incluidos los pagos de las transferencias forzosas autorizadas por la ley, con destino a las unidades descentralizadas de orden nacional, tales como el Sena, ICBF y la Escuela de Administración Pública, ESAP;

d) Rendir mensualmente a la Contraloría Municipal las cuentas del movimiento de la oficina;

e) El tesorero como empleado de manejo está obligado a rendir cuentas mensuales en el término de los cinco (5) días siguientes al mes que se refieren las operaciones.

El informe debe contener:

(...)

e) Dirigir la contabilidad de la tesorería;

f) Responder por los dineros que están bajo su custodia y manejo;

g) Consignar diariamente en los bancos el producto de los recaudos efectuados;

h) Remitir diariamente al Alcalde el boletín de caja de los ingresos y pagos efectuados y del manejo de valores a su cargo;

i) Mantener actualizado el kárdex de contribuyente de cada uno de los diferentes impuestos y contribuciones municipales;

j) Expedir certificaciones de paz y salvo a los que lo soliciten, previa verificación de que se encuentran al día en el fisco municipal;

k) Elaborar los balances mensuales de las rentas del municipio;

l) Ejercer la jurisdicción coactiva por delegación del alcalde municipal;

(...).

Según el artículo 189 de la Ley 136 de 1994, la autoridad política es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio y, agrega dicho precepto, del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y los jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal ejercen, con el alcalde, la autoridad política.

En consecuencia, de conformidad con lo establecido en los precitados artículos 189 de la Ley 136 de 1994 y 22 del Decreto 0067/93, resulta forzoso concluir que el tesorero municipal de Santa Catalina no ejerce autoridad política pues, a más de que no aparece relacionado dentro de los funcionarios enlistados en el primero de los preceptos citados, la tesorería municipal de Santa Catalina es una dependencia de la alcaldía, siendo el alcalde superior jerárquico del tesorero, según el segundo de dichos preceptos.

En cuanto tiene que ver con la autoridad administrativa que si bien no aparece definida en la Ley 136 de 1994 esta Sala se refirió a ella en los siguientes términos:

(...)

Para efectos del caso en estudio debe analizarse en qué consiste la autoridad administrativa, que es la que se alega se ejerció en el presente caso.

La autoridad administrativa es aquella capacidad de mando inherente al ejercicio de empleos públicos cuyas funciones confieren poder subordinante.

Respecto a los cargos con autoridad administrativa, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación en concepto del 5 de noviembre de 1991, que esta sección comparte, dijo:

(...)

b) Los cargos con autoridad administrativa son todos los que corresponden a la administración nacional, departamental y municipal, incluidos los órganos electorales y de control, que impliquen poderes decisorios, de mando o imposición, sobre los subordinados o la sociedad. Tales son, por ejemplo, los cargos de directores o gerentes de establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, de los departamentos y municipios; gobernadores y alcaldes;

Contralor General de la República, contralores departamentales y municipales; Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, miembros del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil.

(Radicación número 413. Consejero Ponente Dr. Humberto Mora Osejo. Revista Foro Colombiano número 272 pág. 180).

Así las cosas, la autoridad administrativa es propia únicamente de aquellos cargos que corresponden a la administración pública en sus niveles nacional, departamental o municipal que conllevan poder decisorio de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad[1].

Así las cosas, el antecedente jurisprudencial citado, la naturaleza del cargo, las funciones de manejo de asuntos relacionados con el recaudo y gasto del municipio constituyen aspectos que permiten concluir que el cargo de tesorero municipal de Santa Catalina (Bolívar) no lleva implícito ejercicio de autoridad administrativa.

Lo dicho antes es suficiente para despachar adversamente las pretensiones de la demanda, por esta razón la providencia recurrida habrá de ser confirmada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto de la Procuraduría y de acuerdo con él,

FALLA:

Primero: *Revócase* la Sentencia apelada en su numeral 1 y en su lugar no es procedente resolver sobre el particular.

Segundo: *Confírmase* la sentencia dictada el 4 de julio de 1995 por el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta Providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente, *Mirén De la Lombana de Magyaroff, Mario Alario Méndez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

---

[1] Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta.Sentencia septiembre 7 de 1992, Consejera Ponente Dra. Mirén De la Lombana de Magyaroff. Exp. 0617. Actor: Rafael E. Díaz Padilla.

ALCALDE - Inhabilidades / CELEBRACION DE CONTRATOS - Intervención del funcionario / INHABILIDAD - Término para celebración de contrato

Ha dicho la Sala, en anteriores oportunidades, que la inhabilidad contenida en el citado art. 95, numeral 5, de la Ley 136 de 1994, contempla dos hipótesis: la primera es la intervención en interés propio o de terceros en la celebración de contratos con entidades públicas; la segunda, la celebración de contratos con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo. Uno y otro eventos, la intervención en la celebración de contratos y la celebración de los mismos han de tener lugar dentro del año anterior a la inscripción de la candidatura, y se trata en todo caso de contratos que deban ejecutarse o cumplirse en el municipio donde resultare elegido el candidato. También ha dicho que la disposición en comento señala el período de inhabilidad, en el segundo de los supuestos, como el comprendido entre la celebración del contrato y la inscripción de la candidatura. Y reitera la Sala, que es preciso establecer separación entre dos actividades distintas, cuales son la celebración de un contrato y su ejecución, y que para efectos de la inhabilidad ha de tenerse en cuenta la actuación que determina su celebración, sin consideración a los tractos de su ejecución. Es claro que no puede deducirse la existencia de contratos celebrados directamente por el señor González Azuero con el municipio de San Francisco dentro del año anterior a su inscripción como candidato y, en consecuencia, por lo que a este aspecto se refiere, el cargo debe desestimarse. Teniendo en cuenta que el art. 95, numeral 5, de la Ley 136 de 1994 determina el tiempo de inhabilidad comprendido este entre la fecha de inscripción de la candidatura a alcalde y la fecha de celebración del contrato, y no estando probado este extremo en el presente caso, carece de sustento el cargo que se atribuye al demandado, por lo que la Sala debe concluir que por ese aspecto

tampoco aparece establecido el motivo de inhabilidad que alega el demandante.

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

Santa Fe de Bogotá, D.C., tres (3) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Mario Alario Méndez.*

Referencia: Expediente número 1428 Demandante *Alirio Ramírez Acero.*

Electoral.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandado, señor Libardo González Azuero, contra la sentencia de 24 de julio de 1995 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, mediante la cual declaró nulo el acto de elección impugnado.

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Alirio Ramírez Acero demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca fuera declarada la nulidad de la elección del señor Libardo González Azuero como Alcalde del municipio de San Francisco para el período de 1995 a 1997 y, en consecuencia, se ordenara la cancelación de la respectiva credencial y se convocará a nuevas elecciones.

Dice el demandante que realizado el escrutinio de las elecciones que tuvieron lugar el 30 de octubre de 1994, se estableció que el señor Libardo González Azuero obtuvo la mayoría de los votos para Alcalde del municipio de San Francisco, pero que este, durante el año inmediatamente anterior a su inscripción como candidato, "intervino en la celebración de contratos en interés propio, por sí o por interpuesta persona, abasteciendo de combustibles y efectuando mantenimiento a los vehículos y maquinaria del municipio, tales como gasolina, aceites, filtros, lavado y demás derivados que necesariamente requerían de una cuenta de cobro y el reconocimiento de una obligación económica a cargo del municipio y a favor del señor demandado".

Dice también que es un hecho cierto e indiscutible que el señor González Azuero es propietario y administrador de la Serviteca Damasco, que tiene sede en San Francisco, donde permanentemente ha venido suministrando combustibles al municipio "concepto por el cual se emitieron y cobraron cheques a cargo del erario público".

En consecuencia, dice el demandante, el señor Libardo González Azuero se halla incurso en la causal de inhabilidad establecida en el artículo 95, numeral 5, de

la Ley 136 de 1994, que estima transgredido, y también el artículo 293 de la Constitución.

Contestó la demanda el señor Libardo González Azuero y dijo que no es cierto que haya celebrado o mantenido relaciones contractuales con el municipio de San Francisco dentro de los doce meses anteriores a la inscripción de su candidatura ni en ningún tiempo; que es propietario de un inmueble donde funciona un servicentro, pero que nada le consta acerca del suministro del combustible al municipio de San Francisco, ya que ha tenido arrendado dicho inmueble al señor Miguel Antonio Linares desde el 2 de enero de 1993 hasta el 31 de diciembre del mismo año, a la señora María Yolanda Baracaldo Piñeros desde el 2 de enero de 1994 hasta el 30 de noviembre de 1994 y al señor Víctor Bernal Acero desde el 4 de diciembre de 1994 y por el término de un año.

Propuso el demandado la que denominó excepción de ausencia de *causa petendi*, alegando que nunca ha mantenido relaciones contractuales con el municipio de San Francisco y que la demanda carece de razones de hecho y de derecho y de respaldo probatorio.

II. LA SENTENCIA APELADA

Es la sentencia de 24 de julio de 1995 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, mediante la cual declaró la nulidad de la elección del señor Libardo González Azuero como Alcalde del municipio de San Francisco para el período de 1995 a 1997 y dispuso, en consecuencia, la cancelación de la respectiva credencial y se comunicara lo decidido a la señora Gobernadora de Cundinamarca para los efectos indicados en el artículo 107 de la Ley 136 de 1994.

Dijo el Tribunal, refiriéndose a la ausencia de *causa petendi* alegada por el demandado, que no es esta una excepción, pues no se trata de un hecho impeditivo o extintivo de las pretensiones de la demanda, sino un medio de defensa que ha de examinarse conforme con el material probatorio.

Dijo también el Tribunal que no se demostró que el señor González Azuero hubiese intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas, en interés propio o en el de terceros, ni que hubiese celebrado directamente contrato con autoridades y organismos del sector central o descentralizado que hubieran de ejecutarse o cumplirse en el municipio de San Francisco.

Pero el demandado, dijo el Tribunal, celebró contratos con el dicho municipio por interpuesta persona, a través de la Serviteca Damasco, para el suministro de combustibles; que ese establecimiento es de propiedad del elegido, como dijo este en la contestación a la demanda y en el interrogatorio rendido ante el Tribunal; que aunque el demandado alegó que celebró contratos de arrendamiento del

establecimiento desde el 2 de enero de 1993 con Miguel Antonio Linares, María Yolanda Baracaldo Piñeros y Víctor Bernal Acero, los establecimientos de comercio, como la referida estación de servicio, pueden ser objeto de contrato de arrendamiento, pero ha de hacerse constar en escritura pública o en documento privado reconocido por los otorgantes ante funcionario competente para que produzca efectos entre las partes, según lo establecido en los artículos 526 y 533 del Código de Comercio, y que los documentos allegados al proceso como contentivos de los contratos de arrendamiento del nombrado establecimiento, no fueron reconocidos oportunamente por los otorgantes ante funcionario público y que por ello no son prueba de su existencia ni produjeron efectos entre las partes.

De lo anterior concluyó el Tribunal que las actividades realizadas en la Serviteca Damasco por los señores Linares y Baracaldo no fueron realizadas por estos en su condición de arrendatarios sino de dependientes del propietario González Azuero. Y así lo dedujo también de las declaraciones rendidas por estos y del interrogatorio del señor González Azuero.

Y existen elementos probatorios suficientes, dijo el Tribunal, para considerar demostrado que el elegido celebró contrato, por interpuestas personas, con el municipio de San Francisco, durante el año anterior a la inscripción de su candidatura.

Así, la certificación de la Tesorería del citado municipio, en la cual consta que los señores Miguel Antonio Linares y Yolanda Baracaldo fueron proveedores de combustibles y mantenimiento de maquinaria o vehículos durante el período comprendido entre el 30 de octubre de 1993 y el 30 de octubre de 1994; y las declaraciones Baracaldo y Linares y el interrogatorio absuelto por el demandado.

III. LA APELACION

El demandado interpuso recurso de apelación contra la sentencia anterior, reiterando que nunca ha tenido vínculos contractuales directos ni por interpuestas personas con el municipio de San Francisco.

Dijo que el Tribunal de primera instancia "no le otorgó el valor probatorio a los contratos de arrendamiento, ya que si bien son documentos privados se le debe dar todo el valor legal como prueba documental pues se encuentran suscritos por dos (2) testigos constituyendo así plena prueba sumaria, al tenor del artículo 279 del Código de Procedimiento Civil concordante con el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo, además si bien estos contratos están desprovistos de autenticación ello no es necesario en virtud de la prescripción contenida en el artículo 25 del Decreto 2561 de 1991".

Dijo además que los contratos de arrendamiento gozan de presunción legal de autenticidad, se encuentran reconocidos por las partes intervinientes y los testigos

y no han sido tachados de falsos, y que por ello no puede decirse que los arrendatarios, señores Miguel Antonio Linares Bejarano y María Yolanda Baracaldo Piñeros, fueron dependientes del elegido, pues no obra prueba de contrato laboral sino de un contrato que surtió efectos entre las partes, arrendador y arrendatarios, por reunir los requisitos de capacidad, consentimiento, objeto, causa lícita y precio, enunciados en el artículo 1.502 del Código Civil.

Dijo que no compartía la apreciación del Tribunal cuando manifestó que el señor González Azuero por interpuestas personas suministró combustibles y gestó el mantenimiento de vehículos del municipio de San Francisco por el hecho de haber recibido algunos cheques del municipio girados a los arrendatarios por los servicios prestados en la Serviteca Damasco, pues considera normal y correcto que hubiesen pagado al arrendador, en alguna oportunidad, con un cheque del municipio una renta de arrendamiento o pedido el cambio de cheques provenientes del fisco municipal; y que los señores Miguel Antonio Linares Bejarano y María Yolanda Baracaldo Piñeros contrataron parcialmente servicios con el municipio de San Francisco "en razón a que actuaron a título personal y en razón a que habían tomado en arriendo la estación de servicio Damasco".

Se anotó finalmente que el señor González Azuero es un líder comunitario de reconocida trayectoria en el municipio de San Francisco, que no se encontraba inhabilitado para regir los destinos de esa municipalidad y que ni siquiera arrendó el inmueble un año antes de la inscripción de su candidatura sino 19 meses y 24 días antes de esa época.

IV. LA OPINION DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuraduría Décima Delegada ante el Consejo de Estado rindió el concepto 7.795 presentado el 3 de octubre de 1995, en el sentido de solicitar fuera confirmada la sentencia apelada.

Dijo la Procuraduría, en relación con la excepción de ausencia de *causa petendi*, que esta se fundamenta en razones que obedecen a la defensa misma contra la nulidad invocada y que por ello no puede haber sido pronunciamiento de fondo.

En relación con los contratos de arrendamiento del nombrado establecimiento de comercio dijo la Procuraduría que, al momento de su celebración, dichos contratos no cumplieron los requisitos para su validez establecidos en los artículos 526 y 533 del Código de Comercio, y que no puede pretenderse que por efectos de haberse reconocido las firmas con motivo de las pruebas practicadas en el presente proceso "dicho reconocimiento pueda tener efectos hacia el pasado, convalidando de esta manera la omisión de las partes contratantes", de lo cual concluyó que los alegados contratos de arrendamiento nunca existieron.

Respecto de la prueba testimonial y el interrogatorio al demandado, consideró la Procuraduría que de ellos surgía una serie de elementos que permiten concluir que el señor González Azuero, "durante el año anterior a su inscripción, siempre estuvo al frente del establecimiento de su propiedad, atendiéndolo personalmente, haciendo actos de administración, vinculado con el mismo establecimiento y realizando transacciones y operaciones afines con su objeto, sólo que lo hacía por interpuesta persona".

Y respecto de la certificación de la Tesorería Municipal que obra en el expediente, manifestó que allí figuraban como proveedores del municipio los señores Miguel Antonio Linares Bejarano y María Yolanda Baracaldo Piñeros por el período de 30 de octubre de 1993 a 30 de octubre de 1994, y si estas personas no tenían la calidad de arrendatarios de la Serviteca Damasco, los suministros al municipio durante el año de 1994 los hizo su propietario a través de la señora Baracaldo Piñeros.

Concluyó la Procuraduría que no estando demostrada la existencia de un contrato de arrendamiento de la Serviteca Damasco entre el elegido y los señores Miguel Antonio Linares Bejarano y María Yolanda Baracaldo Piñeros, para el suministro de combustibles al municipio de San Francisco existió contratación en la modalidad de interpuesta persona, lo que origina la causal de inelegibilidad establecida en el artículo 95, numeral 5, de la Ley 136 de 1994.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La excepción propuesta

El demandado propuso la que denominó ausencia de *causa petendi,* que sustentó diciendo que nunca ha tenido relaciones contractuales con el municipio de San Francisco.

Pues bien, puede el demandado oponerse a la demanda simplemente negando el derecho invocado o los hechos de los que se pretende derivarlo, o bien planteando hechos distintos de los alegados por el demandante para destruir sus pretensiones, modificarlas o diferir sus efectos. Sólo estos últimos constituyen excepciones, que son de fondo, en los términos del artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, cuando se oponen a la prosperidad de las pretensiones.

La alegada circunstancia de no haber tenido relaciones contractuales con el municipio de San Francisco, entonces, no constituye excepción, según lo expuesto, porque no es más que la negación de los hechos de los que pretende el demandante deducir el fundamento de sus pretensiones.

Pero es esa materia sobre la que versa el examen que sigue.

2. El aspecto de fondo

Afirma el demandante que el señor Libardo González Azuero, elegido Alcalde del municipio de San Francisco para el período de 1995 a 1997, está incurso en la causal de inhabilidad establecida en el artículo 95, numeral 5, de la Ley 136 de 1994, que dice:

"Artículo 95. Inhabilidades. No podrá ser elegido ni designado alcalde quien:

(...)

5. Durante el año anterior a su inscripción haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio, o en el de terceros o haya celebrado por sí, o por interpuesta persona, contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

(...)".

La infracción a la norma transcrita la hace derivar el demandante de supuestos contratos celebrados por el demandado con el municipio de San Francisco, para el suministro de combustibles y mantenimiento a los vehículos y maquinaria de dicho municipio.

Afirma el demandante que es un hecho cierto que el señor Libardo González Azuero es el propietario y administrador del establecimiento de comercio denominado Serviteca Damasco, que tiene sede en San Francisco, y que es allí donde permanentemente ha suministrado los combustibles para la maquinaria del municipio, "concepto por el cual se emitieron y cobraron cheques a cargo del erario público".

Ha dicho la Sala, en anteriores oportunidades, que la inhabilidad contenida en el citado artículo 95, numeral 5, de la Ley 136 de 1994, contempla dos hipótesis: la primera es la intervención en interés propio o de terceros en la celebración de contratos con entidades públicas; la segunda, la celebración de contratos con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo.

Uno y otro eventos, la intervención en la celebración de contratos y la celebración de los mismos, han de tener lugar dentro del año anterior a la inscripción de la candidatura, y se trata en todo caso de contratos que deban ejecutarse o cumplirse en el municipio donde resultare elegido el candidato.

También ha dicho que la disposición en comento señala el período de inhabilidad, en el segundo de los supuestos, como el comprendido entre la celebración del contrato y la inscripción de la candidatura. Y, reitera la Sala, que es preciso establecer separación entre dos actividades distintas, cuales son la celebración de

un contrato y su ejecución, y que para efectos de la inhabilidad ha de tenerse en cuenta la actuación que determina su celebración, sin consideración a los tractos de su ejecución.

Hechas las anteriores precisiones, la Sala no encuentra que en el presente caso tenga lugar el motivo de inhabilidad alegado.

Está demostrado en el proceso que el señor Libardo González Azuero se inscribió el 26 de agosto de 1994 como candidato a Alcalde del municipio de San Francisco para las elecciones que habrían de celebrarse el 30 de octubre del mismo año, según consta en la correspondiente acta de solicitud, constancia de aceptación o inscripción de candidatos (formulario E-6AG) (folio10). Y que el mencionado ciudadano fue elegido Alcalde de ese municipio para el período comprendido de 1995 a 1997, como aparece en el acta parcial del escrutinio de los votos para alcalde de 1° de noviembre de 1994 (formulario E-26 A) (folio 12).

También está acreditado, con la certificación expedida el 30 de diciembre de 1994 por la Alcaldesa encargada del municipio de San Francisco, que el demandado no aparece inscrito en el registro de proponentes, proveedores o contratistas que se llevan en el despacho de esa Alcaldía, y que "en los últimos dieciocho meses, revisados los archivos del municipio de San Francisco no ha celebrado contrato alguno con el señor LIBARDO GONZALEZ AZUERO" (folio 36).

De acuerdo con lo anterior, es claro que no puede deducirse la existencia de contratos celebrados directamente por el señor González Azuero con el municipio de San Francisco dentro del año anterior a su inscripción como candidato y, en consecuencia, por lo que a este aspecto se refiere, el cargo debe desestimarse.

Respecto de la imputación de haber celebrado contratos por interpuesta persona, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia apelada concluyó que el señor Libardo González Azuero está incurso en la causal de inhabilidad alegada, porque celebró contratos con el municipio de San Francisco por intermedio de Miguel Antonio Linares Bejarano y María Yolanda Baracaldo Piñeros, personas que en calidad de supuestos arrendatarios de la Serviteca Damasco, establecimiento de propiedad del demandado, fueron proveedores de combustibles y mantenimiento de maquinaria o vehículos del citado municipio entre el 30 de octubre de 1993 y el 30 de octubre de 1994.

No comparte la Sala las apreciaciones del Tribunal, por cuanto de los distintos elementos probatorios allegados al expediente no se deduce la situación anotada.

En efecto, al absolver el interrogatorio de parte practicado en este proceso, el señor González Azuero confesó ser propietario de la Serviteca Damasco (folio 66). Y en declaración extrajuicio rendida ante el Notario Unico de San Francisco

por él mismo el 30 de julio de 1994, decretada como prueba por el Tribunal, dijo éste que "en el momento cuento con un servicentro" (folio 15), lo que lleva a suponer que se trata del referido establecimiento.

Ahora bien, obran en originales dos contratos de arrendamiento suscritos, cada uno, en presencia de dos testigos, el primero entre el señor Libardo González Azuero y Miguel Antonio Linares Bejarano el 2 de enero de 1993 y con vigencia hasta el 31 de diciembre de ese año (folios 32 y 33); el segundo, entre el mismo señor González Azuero y la señora María Yolanda Baracaldo Piñeros el 31 de diciembre de 1993 con duración de doce meses a partir de la fecha indicada (folios 34 y 35), ambos en relación con el establecimiento denominado Serviteca Damasco, que comprende los servicios de montaje de llantas, lavado, engrase, combustibles, lubricantes, etc.

Fue traído también al proceso el certificado del Secretario de la Cámara de Comercio de Facatativá expedido el 28 de noviembre de 1994, según el cual no aparece inscrito documento alguno ni matrícula a nombre de Serviteca Damasco (folio 13).

De otra parte, en declaración rendida en este proceso la señora María Yolanda Baracaldo Piñeros, al ser preguntada si había tenido vínculos con la Serviteca Damasco del municipio de San Francisco, respondió: "Tuve esa serviteca arrendada por un año pero no lo complete (sic); fue sólo por once meses, a partir del 2 de enero de 1994 y hasta el 30 de noviembre de 1994. Libardo González me arrendó esa Serviteca con la maquinaria y todo" (folio 62).

El señor Miguel Antonio Linares Bejarano, a la pregunta de si había realizado negocios comerciales con el señor Libardo González Azuero, dijo que sí, que tuvo en arriendo la nombrada estación de servicios "desde el 2 de enero de 1993 a diciembre, un año" (folio 68).

En el interrogatorio de parte, dijo el demandado que nunca ha administrado la Serviteca Damasco, "siempre la he mantenido en arriendo" (folio 65).

Y los señores Víctor Manuel Bernal Acero y Julio César Mora Guevara afirmaron en sus declaraciones que fueron testigos del contrato de arrendamiento de la Serviteca Damasco celebrado entre los señores Libardo González Azuero y María Yolanda Baracaldo Piñeros, y manifestaron que reconocían como suyas las firmas que aparecen en el mencionado contrato (folios 69 a 72).

El Tribunal de primera instancia en la sentencia que es objeto de impugnación dedujo que la Serviteca Damasco es un establecimiento comercial, y restó valor probatorio a los pretendidos contratos de arrendamiento celebrados sobre el mismo porque, dijo, carecen de existencia jurídica en razón de que no cumplen los requisitos

señalados en los artículos 526 y 533 del Código de Comercio, cuales son "constar en escritura pública o en documento privado reconocido por los otorgantes ante funcionario competente para que produzca efectos jurídicos".

La Sala no se detiene a examinar esos aspectos porque, aun admitiendo el criterio del Tribunal para suponer que el demandado por intermedio de los señores Miguel Angel Linares Bejarano y María Yolanda Baracaldo Piñeros celebró contratos con el municipio de San Francisco, no sería suficiente razón para concluir que se da la causal de inhabilidad alegada, porque no está demostrado que tales contratos hayan sido celebrados dentro del año anterior a la fecha de inscripción del demandado como candidato a Alcalde.

En efecto, no hay prueba alguna en el expediente de resolución motivada o contrato escrito, como tampoco facturas de entrega ni comprobantes de pago, que indiquen que entre el municipio de San Francisco y los señores Linares Bejarano y Baracaldo Piñeros se celebraron los supuestos contratos de suministro, para deducir la fecha de su celebración.

De acuerdo con el oficio del Tesorero Municipal de San Francisco de 21 de febrero de 1995, los señores Miguel Antonio Linares Bejarano y María Yolanda Baracaldo Piñeros figuran como proveedores de combustibles y mantenimiento de la maquinaria o vehículo del municipio "según libro de ingresos y gastos sección caja de maquinaria para las vigencias comprendidas entre el 30 de octubre de 1993 y 30 de octubre de 1994" (folio 60), pero nada se dice respecto a la fecha en que fueron celebrados contratos con esas personas, que bien pudo ser antes de que comenzara el término de inhabilidad a que se refiere la norma legal.

En la declaración recibida a la señora María Yolanda Baracaldo Piñeros, ésta se limitó a afirmar que por intermedio de la Serviteca Damasco se suministraban combustibles al municipio de San Francisco; que el Alcalde de entonces, señor Luis Eduardo Cárdenas, "firmaba los vales por la cantidad que fuera y los conductores llegaban allí y se les atendía. Uno ya sabía qué servicio se requería, si era gasolina, si era lavado y si les hacía el mantenimiento general. Tanto para mí como para ellos quedaba original y copia de los vales y al cabo de uno o dos meses, según la cuenta que hubiera, yo les hacía la cuenta de cobro y la mandaba y el (sic) la Tesorería me giraba el cheque" (folio 63).

Y el señor Miguel Antonio Linares Bejarano dijo en su declaración no saber si en la Serviteca Damasco se le suministraba combustible al municipio y mantenimiento a sus vehículos, aunque luego afirmó que recibió dineros del tesoro municipal por concepto de venta de combustibles, sin más explicaciones (folios 68 y 69).

Así las cosas, teniendo en cuenta que el artículo 95, numeral 5, de la Ley 136 de 1994 determina el tiempo de inhabilidad comprendido éste entre la fecha de inscripción de la candidatura a alcalde y la fecha de celebración del contrato, y no estando probado este extremo en el presente caso, carece de sustento el cargo que se atribuye al demandado, por lo que la Sala debe concluir que por ese aspecto tampoco aparece establecido el motivo de inhabilidad que alega el demandante.

En consecuencia se revocará la sentencia apelada para, en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda.

VI. **DECISION**

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:

Revócase la sentencia de 24 de julio de 1995 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, mediante la cual declaró nula la elección del señor Libardo González Azuero como Alcalde municipal de San Francisco para el período de 1995 a 1997, ordenó la cancelación de la respectiva credencial y dispuso se comunicara lo decidido a la señora Gobernadora de Cundinamarca para los fines pertinentes.

En su lugar, deniéganse las pretensiones de la demanda.

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

Notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de dos (2) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente, *Mario Alario Méndez, Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Competencia controversias contractuales / CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Competencia / NULIDAD PROCESAL - Falta de jurisdicción.

A la jurisdicción de lo contencioso administrativo corresponde conocer de las controversias contractuales derivadas de todos los contratos estatales y de los procesos de ejecución o de cumplimiento, de manera que las entidades públicas nacionales sólo tienen la facultad de cobrar coactivamente los créditos que tuvieren a su favor cuando no se trate de obligaciones derivadas de contratos estatales, en cuyo caso, se repite, corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa conocer de los procesos de ejecución. Es verdad que en el artículo 19 del Decreto 679 de 1994 se dispuso que cuando no se pagaran voluntariamente las garantías únicas, a que se refiere el artículo 25, numeral 19, de la Ley 80 de 1993, continuarían haciéndose efectivas a través de la jurisdicción coactiva. Pero, sea como fuere, esa disposición reglamentaria no puede ser aplicada en lo que contraríe lo establecido en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, como resulta lógico hacerlo frente a disposiciones inconciliables y como está dispuesto en los artículos 12 de la Ley 153 de 1887 y 240 de la Ley 4ª de 1913, según las cuales la ley prefiere al reglamento. Se ha incurrido en la causal de nulidad de falta de jurisdicción, de que trata el artículo 140, numeral 1 del Código de Procedimiento Civil, que es insaneable y debe ser declarada de oficio en cualquier estado del proceso según lo dispuesto en los artículos 144, último inciso, y 145 del mismo Código.

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

Santa Fe de Bogotá, D.C., siete (7) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Referencia: Expediente número 0544 Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Telecom) contra La Nacional Compañía de Seguros Generales S.A. Jurisdicción Coactiva.

En oportunidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la sociedad La Nación Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A. contra el auto de mandamiento de pago de 19 de abril de 1995, se advierte:

Mediante las resoluciones 300000-8231 de 27 de diciembre de 1993 y 30000-373 de 14 de abril de 1994, el Vicepresidente Administrativo de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones declaró incumplido el contrato CVT-0037-92 celebrado con la señora Beatriz Suárez Quintero, por falta de ejecución, impuso una pena pecunaria por la suma de $18.838.101,40 y declaró ocurrido el riesgo amparado por la póliza 557024 expedida por La Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A.; asimismo, declaró el incumplimiento del contrato por falta de amortización del anticipo que le fue entregado a la contratista por la cantidad de $23.546.799,33 y, consecuentemente, ocurrido el riesgo amparado por la póliza 557022 expedida por la misma sociedad.

La liquidación de dicho contrato se adoptó unilateralmente mediante la resolución 30000-853 de 29 de agosto de 1994, aclarada por la resolución 30000-895 de 21 de septiembre de 1994 y confirmada por medio de resolución 30000-1077 de 23 de noviembre del mismo año.

Con base en los anteriores documentos, la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Oficina Jurídica, Unidad de Ejecuciones Fiscales, el 19 de abril de 1995 dictó auto de mandamiento ejecutivo contra La Nacional Compañía de Seguros Generales de Colombia S.A. por la suma total de $36.986.417,21, más los intereses y las costas.

El mandamiento de pago fue notificado personalmente a la sociedad ejecutada el 30 de mayo de 1995, que interpuso los recursos de reposición y, en subsidio, apelación, alegando que la notificación no se surtió en legal forma, porque la Empresa Nacional de Telecomunicaciones no entregó copia de la demanda y sus anexos, como señala el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil, y alegando también que el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento es el de la jurisdicción contencioso administrativa, según lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993.

Solicitó por tanto la sociedad ejecutada al despacho que dictó el mandamiento de pago la revocación de la providencia referida y se abstuviera de conocer de este asunto.

Por auto de fecha 5 de julio del año en curso, la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Oficina Jurídica, Unidad de Ejecuciones Fiscales, confirmó la providencia impugnada porque consideró que en esta clase de procesos no se requiere de la presentación de la demanda y que no es aplicable en todo su concepto el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil; porque esa empresa fue investida de jurisdicción coactiva por ministerio de la Ley 6ª de 1992 y el Decreto 2174 del mismo año, y porque mediante el artículo 19 del Decreto 679 de 1994, reglamentario de la Ley 80 de 1993, fue establecido que cuando no se pagaren voluntariamente las garantías únicas se continuaría haciéndolas efectivas por la jurisdicción coactiva.

Pues bien, en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 se estableció:

"Artículo 75. *Del juez competente.* Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la Jurisdicción Contencioso Administrativa...".

Al respecto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en auto de 29 de noviembre de 1994 (expediente S-414), señaló que la disposición transcrita había adscrito a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la competencia para conocer de las controversias contractuales derivadas de todos los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento, en este último caso de procesos de ejecución de obligaciones ya definidas por voluntad de las partes o por decisión judicial, y si bien nada se dijo sobre el trámite que correspondía, debe concluirse que ha de aplicarse en lo pertinente el Código de Procedimiento Civil por virtud de la remisión dispuesta en el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo.

Ahora bien, mediante el artículo 112 de la Ley 6ª de 1992 se dio a las entidades públicas del orden nacional la facultad de cobro coactivo para hacer efectivos los créditos a su favor. No obstante, y de conformidad con lo establecido en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, que es posterior y especial, a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo corresponde conocer de las controversias contractuales derivadas de todos los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento, de manera que las entidades públicas nacionales sólo tienen la facultad de cobrar coactivamente los créditos que tuvieren a su favor cuando no se trate de obligaciones derivadas de contratos estatales, en cuyo caso, se repite, corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa conocer de los procesos, de ejecución.

Es verdad que en el artículo 19 del Decreto 679 de 1994 se dispuso que cuando no se pagaren voluntariamente las garantías únicas, a que se refiere el artículo 25, numeral 19, de la Ley 80 de 1993, continuarían haciéndose efectivas a través

de la jurisdicción coactiva. Pero, sea como fuere, esa disposición reglamentaria no puede ser aplicada en lo que contraríe lo establecido en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, como resulta lógico hacerlo frente a disposiciones inconciliables y como está dispuesto en los artículos 12 de la Ley 153 de 1887 y 240 de la Ley 4ª de 1913, según las cuales la ley prefiere al reglamento.

Así las cosas se ha incurrido en la causal de nulidad de falta de jurisdicción, de que trata el artículo 140, numeral 1, del Código de Procedimiento Civil, que es insaneable y debe ser declarada de oficio en cualquier estado del proceso según lo dispuesto en los artículos 144, último inciso, y 145 del mismo Código.

Por lo expuesto, se *resuelve:*

Declárase la nulidad de todo lo actuado en este proceso, por corresponder su conocimiento íntegramente a la jurisdicción contencioso administrativa.

En firme este proveído, vuelva el expediente al despacho de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Mario Alario Méndez.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NULIDAD ELECTORAL - Inexistencia / CIRCUNSCRIPCION ELECTORAL / INSCRIPCION DE CANDIDATO - Efectos

La violación del artículo 316 constitucional no determina la nulidad de la elección. En tales casos, según lo establecido en el artículo 4° de la Ley 163 de 1994, sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar y cuando mediante un procedimiento breve y sumario se compruebe que el inscrito no reside en el respectivo municipio, el Consejo Nacional Electoral declarará sin efecto la inscripción.

ALCALDE - Requisitos para su elección / DOMICILIO / RESIDENCIA

Señala el artículo 86 Ley 136 de 1994 que para ser elegido alcalde es necesario, además de ser ciudadano en ejercicio, uno cualquiera de estos tres requisitos, alternativamente; haber nacido, haber residido durante el año anterior a la fecha de inscripción o haber residido durante un período de por lo menos tres años consecutivos en cualquier época, en el respectivo municipio o área metropolitana. De manera que la inelegibilidad surge cuando el candidato carece de todos esos requisitos, pues uno cualquiera le habilita para ser elegido. No puede ponerse en duda que el demandado hubiera nacido o residido en el municipio de Nariño durante un período por lo menos tres años consecutivos en cualquier época, porque ello no fue planteado por el demandante y no es por tanto materia de la controversia. La inelegibilidad del demandado, se repite, resultaba del incumplimiento de todos los requisitos señalados, de manera que la satisfacción de uno cualquiera le habilitaba para ser elegido. Por lo demás ha de recordarse que, según lo establecido en el artículo 137, numerales 3 y 4 del Código Contencioso Administrativo, en la demanda, entre otros requisitos, deben indicarse los hechos u omisiones que sirven de fundamento a las

pretensiones y señalarse las normas pretendidamente violadas y expresar el concepto de la violación, lo que indica, como reiteradamente ha explicado el Consejo de Estado, que en el proceso contencioso administrativo no se da un control general de legalidad, sino limitado a los hechos u omisiones alegados y a las normas que fueron citados como violadas y al motivo de la violación.

ALCALDE - incompatibilidad / EMPLEO DE ELECCION POPULAR - Inscripción / ALCALDE - Período / INCOMPATIBILIDAD E INELEGIBILIDAD - Diferencia

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-194 de 4 de mayo de 1995, declaró contraria a la Constitución la expresión "así medie renuncia previa de su empleo" contenida en el numeral 7 del artículo 96 de la Ley 136 de 1994. Advirtió la Corte que la voz "período" contenida en el numeral 7 es constitucional tan sólo en su alcance subjetivo, esto es, como el lapso efectivo de la función desempeñada por una persona en concreto, lo cual implica que quien renuncie previamente queda incurso en la prohibición de inscribirse como candidato o cualquier cargo de elección popular, pero solamente durante los seis meses siguientes a la aceptación de la renuncia, con la precisión de que si el período en sentido objetivo, es decir, el tiempo para el cual se contempla en abstracto la gestión del alcalde, concluye antes, concluye igualmente la prohibición. Además y como está expresado en la sentencia y se infiere de la misma, la referida prohibición no tiene alcance absoluto, que así impediría desempeñar cualquier otro cargo o empleo sin distinción en cuanto a niveles administrativos o territoriales, sino que tiene sentido solamente del ámbito territorial del municipio correspondiente. Declaró también la Corte inexequible el parágrafo segundo, en su totalidad. Sea como fuere, sólo el artículo 95 de la Ley 136 de 1994 tiene establecidos motivos de inelegibilidad "No podrá ser elegido ni designado alcalde quien ...") ninguno de los cuales fue planteado, no así el artículo 96, cuya transgresión trae aparejadas consecuencias de otro orden, pero no la nulidad de la elección, en ello es de advertirlo, difiere la Sala del parecer expresado por la Corte Constitucional en la nombrada sentencia, según la cual señala en el numeral 7 del artículo 96 de la Ley 136 de 1994 es causa de inelegibilidad en lo que excede al tiempo durante el cual se ejerce el cargo.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., siete (7) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Mario Alario Méndez.*

Radicación número Expediente 1415.

Referencia: Demandante Jorge E. Gutiérrez Mora, Electoral.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandado, señor Carlos Enrique Albadán, contra la sentencia del 22 de junio de 1995 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, mediante la cual declaró la nulidad de su elección como Alcalde del municipio de Nariño para el período de 1995 a 1997.

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Jorge E. Gutiérrez Mora demandó del Tribunal Administrativo de Cundinamarca sean anulados el acto de 1° de noviembre de 1994, mediante el cual se declaró elegido Alcalde del municipio de Nariño para el período de 1995 a 1997 al señor Carlos Enrique Albadán, y las actas de escrutinio de los jurados de votación que funcionaron en ese municipio el 30 de octubre de 1994, y solicitó, en consecuencia, se dejara sin efecto la respectiva credencial.

Dijo el demandante que en las elecciones celebradas el 8 de marzo de 1992 el ciudadano Carlos Enrique Albadán se presentó como candidato a la alcaldía del municipio de Guataquí; que resultó elegido para el período comprendido entre el 1° de junio de 1992 y el 31 de diciembre de 1994; que mediante oficio 49 de 16 de febrero de 1994 el elegido presentó renuncia a ese cargo, la que aceptó el Gobernador del departamento mediante Decreto 509 del 17 de marzo del mismo año; que desempeñándose como alcalde del municipio de Guataquí, el señor Carlos Enrique Albadán inscribió su cédula de ciudadanía en el municipio de Nariño; que el 25 de agosto de 1994, estando dentro del período para el que fue elegido alcalde de Guataquí, se inscribió como candidato a la alcaldía de Nariño para las elecciones que tuvieron lugar el 30 de octubre de 1994.

Concluyó el demandante que la inscripción y elección del señor Carlos Enrique Albadán como alcalde del municipio de Nariño violan los artículos 316 de la Constitución, 86 de la Ley 136 de 1994 y 4° de la Ley 163 del mismo año, porque en la fecha de su inscripción como candidato a la alcaldía de Nariño el demandado no residía en ese municipio sino en el municipio de Guataquí donde se desempeñaba como alcalde y se encontraba inscrito en el registro electoral: y el artículo 96 de la

Ley 136 de 1994, pues el demandado no podía presentarse como candidato a cargos de elección popular, por cuanto se hallaba dentro del período para el que había sido elegido alcalde de Guataquí, así hubiera mediado renuncia, siendo que la incompatibilidad se extendía hasta un año después del vencimiento de dicho período.

El señor Carlos Enrique Albadán contestó la demanda. Aceptó como ciertos los hechos de la demanda y manifestó que para la fecha en que se inscribió como candidato a la alcaldía de Nariño, ya no se desempeñaba como alcalde de Guataquí, puesto que había presentado y le había sido aceptada renuncia de su cargo el 17 de marzo de 1994 y la inscripción se realizó el 25 de agosto siguiente y que la residencia habitual y el lugar de sus negocios es el municipio de Nariño, por lo cual, dijo, su actuación no resulta violatoria del artículo 316 constitucional; que tampoco fue violado el artículo 86 de la Ley 136 de 1994, por la misma razón, y que según lo dispuesto en la norma referida al postulante le basta haber nacido o ser residente en el respectivo municipio o la correspondiente área metropolitana durante el año anterior a la fecha de inscripción, y el demandado ha vivido por más de un año en el municipio de Nariño.

Admitió el demandado que para la fecha de inscripción se encontraba inscrito en el registro electoral de Guataquí, pues allí participó como candidato a la alcaldía y fue elegido para el período comprendido entre el 1° de junio de 1992 y el 31 de diciembre de 1994, pero afirmó que este hecho no es violatorio de norma alguna, ya que 1987 cuando se inscribió en el censo electoral de Guataquí allí residía, pero al cambiar al municipio de Nariño se inscribió en éste; que el artículo 96, numeral 7, de la Ley 136 de 1994 es inaplicable al caso, pues cuando el demandado presentó renuncia, 17 de marzo de 1994, regía la Ley 78 de 1986, que debe aplicarse porque es más favorable, y además tal inhabilidad opera sólo en la circunscripción electoral en la que se viene ejerciendo el cargo público, y, finalmente, que el municipio de Nariño forma parte de la asociación de municipios de Alto Magdalena y, conforme prevé el artículo 349 del Decreto 1333 de 1986, el hecho de ser vecino de uno de los municipios integrantes del área metropolitana le permite, por ficción legal, extender su residencia para efectos electorales a cualquiera de las localidades que integran dicha asociación.

II. LA SENTENCIA APELADA

Es la sentencia de 22 de junio de 1995 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, mediante la cual declaró nulo el acto de 1° de noviembre de 1994 por el cual se declaró elegido alcalde del municipio de Nariño, para el período de 1995 a 1997, al señor Carlos Enrique Albadán y se dispuso la cancelación de la respectiva credencial.

Dijo el Tribunal, en primer lugar, que el artículo 316 constitucional estará dirigido a los electores, para evitar que en las votaciones para la elección de autoridades y la decisión de asuntos locales participen ciudadanos que no residan en el respectivo municipio, pero que son otras las normas constitucionales y legales que señalan requisitos, inhabilidades e incompatibilidades para el ejercicio de determinados cargos a las cuales en concreto habrá de acudirse para el examen de legalidad del acto declaratorio de elección.

Respecto del segundo de los cargos planteados dijo el Tribunal que es requisito para ser elegido alcalde, en términos del artículo 86 de la Ley 136 de 1994, ser oriundo o haber residido en el respectivo municipio durante el año inmediatamente anterior a la inscripción de la candidatura o durante tres años consecutivos en cualquier época; que en la demanda se adujo que el señor Carlos Enrique Albadán no era residente del municipio de Nariño; que es esa una afirmación de carácter indefinido que correspondía al demandado desvirtuar, según lo establecido en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, lo que no consiguió, y que como el demandado trató de probar sólo el requisito de residencia, se entiende que tampoco es oriundo de ese municipio. Dijo también el Tribunal que, según lo establecido en el artículo 86 de la Ley 136 de 1994, se entiende cumplido el requisito de residencia cuando ésta tiene lugar en uno de los municipios que integran el área metropolitana respectiva, no así cuando se trata de asociación de municipios, que es un concepto diferente.

En lo que se refiere a la pretendida violación del artículo 4° de la Ley 163 de 1994, explicó el Tribunal que tal precepto está dirigido a los electores y que su infracción tiene consecuencias de carácter penal pero no hace nula la elección demandada.

Finalmente, y en cuanto a la alegada infracción del artículo 96, numeral 7, de la Ley 136 de 1994, tal incompatibilidad legal, dijo el Tribunal, que se convierte en motivo de inhabilidad para el futuro, se predica sólo de cargos de elección popular en el mismo municipio.

El Tribunal, entonces, encontró próspero el segundo de los cargos planteados y por ello, ya se dijo, declaró que era nulo el acto de 1° de noviembre de 1994 por el cual se declaró la elección y dispuso la cancelación de la respectiva credencial.

III. LA APELACION

Contra la sentencia anterior el demandado, señor Carlos Enrique Albadán interpuso el recurso de apelación, y alegó de conclusión en el curso de la segunda instancia.

En esa oportunidad solicitó el demandado se pronunciara la Sala sobre la pretensión relacionada con la nulidad de las actas de escrutinio, que dice

indebidamente acumulada; solicitó también que, bajo el presupuesto de que es rogada la justicia administrativa, se limite la Sala a resolver únicamente sobre los cargos planteados, en los que se sostuvo que para la fecha de su inscripción como candidato a la alcaldía de Nariño el demandado no era residente de ese municipio sino de Guataquí, donde se desempeñaba como alcalde, lo que no constituye una afirmación indefinida y que por tanto debió probarse y no se hizo; que el Tribunal, en cuanto dejó de practicar algunos testimonios, dio aplicación incompleta al artículo 234 del Código Contencioso Administrativo, cuyo segundo inciso prevé que podrán concederse 15 días más cuando haya necesidad de practicar pruebas fuera de la sede de la Sala, y cuyo último inciso tiene establecido que podrá ésta disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda; que erró el Tribunal al aceptar la reserva que adujo el Departamento Administrativo Nacional de Estadística para abstenerse de certificar si en el último censo de población el señor Carlos Enrique Albadán fue censado en el municipio de Nariño, y que con los documentos aportados al proceso fue acreditada la residencia del demandado.

IV. LA OPINION DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuraduría Décima Delegada en lo Contencioso emitió su concepto número 7.295, recibido el 22 de septiembre de 1995, en el sentido de que se confirme la sentencia apelada.

Dijo la Procuraduría que la violación del artículo 316 de la Constitución no determina la nulidad de la elección, sino que genera las consecuencias establecidas en el artículo 4° de la Ley 136 de 1994.

Dijo también que según lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 136 de 1994, es necesario que el elegido haya nacido o residido en el respectivo municipio o área metropolitana durante el año anterior a la fecha de su inscripción o durante un período de tres años consecutivos en cualquier época; que el elegido alcalde del municipio de Nariño se inscribió el 25 de agosto de 1994 y fue declarado elegido el 1° de noviembre de 1994; que según lo dispuesto en la norma referida y para efectos de establecer su residencia, por cuanto se descarta que hubiera nacido allí, lo cual además es asunto que no fue materia de impugnación, era necesario que hubiera residido al menos desde el 24 de agosto de 1994 en el municipio de Nariño, lo que no fue probado, siendo que la carga de la prueba correspondía al demandado, para desvirtuar la negación indefinida del demandante en el sentido de que el aquél no era residente del nombrado municipio.

Y compartió también la Procuraduría el criterio expresado por el Tribunal en el sentido de que eran diferentes los conceptos de área metropolitana y asociación de municipios.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Estudiará la Sala cada uno de los cargos, en el orden en que fueron planteados en la demanda y examinados por el Tribunal.

1. **Primer cargo**

Dijo el demandante que el acto acusado transgrede el artículo 316 de la Constitución, según el cual en las votaciones que se realicen para la elección de autoridades locales y para la decisión de asuntos del mismo carácter, sólo podrán participar los ciudadanos residentes en el respectivo municipio.

Una vez más reitera la Sala que la violación del artículo 316 constitucional no determina la nulidad de la elección. En tales casos, según lo establecido en el artículo 4º de la Ley 163 de 1994, sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar y cuando mediante un procedimiento breve y sumario se compruebe que el inscrito no reside en el respectivo municipio, el Consejo Nacional Electoral declarará sin efecto la inscripción.

Lo brevemente expuesto es suficiente para desestimar el cargo.

2. **Segundo cargo**

Alega el demandante que fue violado el artículo 86 de la Ley 136 de 1994, que dice:

"Artículo 86. *Calidades.* Para ser elegido alcalde se requiere ser ciudadano colombiano en ejercicio y haber nacido o ser residente en el respectivo municipio o de la correspondiente área metropolitana durante un (1) año anterior a la fecha de la inscripción o durante un período mínimo de tres (3) años consecutivos en cualquier época

..."

Es preciso señalar primero, como hubieron de hacerlo la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto de 24 de agosto de 1994 (expediente 631) y esta Sala en sentencias de 14 de julio (expediente 1.310), 24 de agosto (expediente 1.362) y 11 de septiembre (expediente 1.361), todas de 1995, entre otras muchas, que la nombrada Ley 136 entró en vigencia el 2 de junio de 1992, fecha de su promulgación, y regía por tanto para las elecciones que se celebrarían próximamente, siendo además que, según lo establecido en el artículo 18 de la Ley 153 de 1887, las leyes que por motivos de moralidad, salubridad o utilidad públicas restrinjan derechos amparados por ley anterior, y aquélla lo fue, tienen efecto general inmediato.

Pues bien, señala la disposición transcrita que para ser elegido alcalde es necesario, además de ser ciudadano en ejercicio, uno cualquiera de estos tres

requisitos, alternativamente: haber nacido, haber residido durante el año anterior a la fecha de inscripción o haber residido durante un período de por lo menos tres años consecutivos en cualquier época, en el respectivo municipio o área metropolitana. De manera que la inelegibilidad surge cuando el candidato carece de todos esos requisitos, pues uno cualquiera le habilita para ser elegido.

El demandante hace consistir la transgresión en que, para la fecha de su inscripción como candidato a la alcaldía del municipio de Nariño, el señor Carlos Enrique Albadán no residía en ese municipio, es decir, que no cumplió con el requisito de haber residido allí durante el año anterior a la fecha de la elección.

Pero nada dijo el demandante acerca de que el demandado no hubiera nacido en el municipio de Nariño o residido en el mismo durante un período de por lo menos tres años consecutivos en cualquier época, uno cualquiera de tales requisitos, se repite, le habilitaba para ser elegido.

Entonces, no habiendo sido alegadas siquiera tales circunstancias, la legalidad del acto de elección ha de suponerse, porque en los requisitos no discutidos encuentra apoyo bastante. Es decir, que no puede ponerse en duda que el demandado hubiera nacido o residido en el municipio de Nariño durante un período de por lo menos tres años consecutivos en cualquier época, porque ello no fue planteado por el demandante y no es por tanto materia de la controversia. La inelegibilidad del demandado, se repite, resultaba del incumplimiento de todos los requisitos señalados, de manera que la satisfacción de uno cualquiera le habilitaba para ser elegido.

Por lo demás, ha de recordarse que, según lo establecido en el artículo 137, numerales 3 y 4 del Código Contencioso Administrativo, en la demanda, entre otros requisitos, deben indicarse los hechos u omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones y señalarse las normas pretendidamente violadas y expresar el concepto de la violación, lo que indica, como reiteradamente ha explicado el Consejo de Estado, que en el proceso contencioso administrativo no se da un control general de legalidad, sino limitado a los hechos u omisiones alegados y a las normas que fueron citadas como violadas y al motivo de la violación.

Siendo así, el cargo debe también desestimarse.

3. **Tercer cargo**

Respecto de la alegada violación del artículo 4º de la Ley 163 de 1994, que es desarrollo del artículo 316 constitucional, ha de decirse igualmente que no determina la nulidad de la elección sino, según lo dispuesto en ese mismo artículo, que en tales casos, sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar y cuando mediante un procedimiento breve y sumario se compruebe que el inscrito no reside en el respectivo municipio, el Consejo Nacional Electoral declarará sin efecto la inscripción.

4. **Cuarto cargo**

Estima el demandante transgredido el artículo 96, numeral 7, de la Ley 136 de 1994, cuyo texto y el del parágrafo segundo del mismo artículo, son los siguientes:

"Artículo 96. *Incompatibilidades.* Los alcaldes, así como los que lo (sic) reemplacen en el ejercicio del cargo no podrán:

"...

7. Inscribirse como candidato (sic) a cualquier cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido, y durante los seis (6) meses siguientes al mismo, así medie renuncia previa de su empleo.

...

Parágrafo Segundo. Las incompatibilidades a que se refiere este artículo se mantendrán durante el año siguiente a la separación definitiva del cargo. Sin embargo, quienes ejerzan profesiones liberales podrán celebrar contratos, actuar como gestores o apoderados ante autoridades administrativas o jurisdiccionales de entidades distintas al respectivo municipio.

..."

Esta disposición fue posteriormente subrogada por el artículo 5° de la Ley 177 de mismo año, que no es del caso considerar, porque se trata de disposición posterior a la elección.

Es de señalar que la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-194 de 4 de mayo de 1995, declaró contraria a la Constitución la expresión "así medie renuncia previa de su empleo" contenida en el numeral 7 transcrito.

Advirtió la Corte que la voz "período" contenida en el numeral 7 es constitucional tan sólo en su alcance subjetivo, esto es, como el lapso efectivo de la función desempeñada por una persona en concreto, lo cual implica que quien renuncie previamente queda incurso en la prohibición de inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular, pero solamente durante los seis meses siguientes a la aceptación de la renuncia, con la precisión de que si el período en sentido objetivo, es decir, el tiempo para el cual se contempla en abstracto la gestión del alcalde, concluye antes, concluye igualmente la prohibición.

Además, y como está expresado en la sentencia y se infiere de la misma, la referida prohibición no tiene alcance absoluto, que así impediría desempeñar cualquier otro cargo o empleo sin distinción en cuanto a niveles administrativos o territoriales, sino que tiene sentido solamente dentro del ámbito territorial del municipio correspondiente.

Declaró también la Corte inexequible el parágrafo segundo, en su totalidad.

Sea como fuere, sólo el artículo 95 de la Ley 136 de 1994 tiene establecidos motivos de inelegibilidad ("No podrá ser elegido ni designado alcalde quien..."), ninguno de los cuales fue planteado, no así el artículo 96, cuya transgresión trae aparejadas consecuencias de otro orden, pero no la nulidad de la elección.

En ello, es de advertirlo, difiere la Sala del parecer expresado por la Corte Constitucional en la nombrada sentencia, según la cual la señalada en el numeral 7 del artículo 96 de la Ley 136 de 1994 es causa de inelegibilidad en lo que excede al tiempo durante el cual se ejerce el cargo.

El cargo, entonces habrá de desestimarse.

5. **Conclusión**

Es conclusión de lo anterior que la sentencia habrá de ser revocada para, en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda.

V. DECISION

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:

Revócase la sentencia del 22 de junio de 1995 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. En su lugar se inhibe la Sala para decidir de fondo acerca de las actas de escrutinio de los jurados de votación que funcionaron en el municipio de Nariño el 30 de octubre de 1994 y se deniegan las demás pretensiones.

En firme de esta providencia remítase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de tres (3) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Mario Alario Méndez, Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

LEY POSTERIOR - Prevalencia / INSUBSISTENCIA DE LA LEY / RETROACTIVIDAD DE LA LEY - Inexistencia / RETROSPECTIVIDAD DE LA LEY / DERECHOS ADQUIRIDOS / DEROGATORIA DE LA LEY / CONCEJAL - Régimen Aplicable

La Corporación no abriga duda en cuanto a que las súplicas de la demanda deben decidirse en relación con lo previsto en la Ley 136 de 1994, particularmente con las normas que el actor invocó, por cuanto el artículo 2º de la Ley 153 de 1887 dispone que la ley posterior prima sobre la anterior; y el 3º *ibidem*, que la disposición legal es insubsistente por la declaración expresa del legislador o porque exista nueva ley que regle en su totalidad la materia a que se refería la disposición anterior. Además, la aplicación de esa normatividad a los actos de elección resultantes de los comicios del 30 de octubre del pasado año no implica retroactividad de la ley sino efectos retrospectivos de la misma, en cuanto se aplica tomando en cuenta situaciones anteriores no consolidadas, respecto de las cuales no cabe hablar de derechos. La Ley 136 de 1994, en su artículo 43, regulaba para la fecha de la inscripción de las candidaturas a concejales y también para cuando se produjo la elección, íntegramente lo concerniente al régimen de inhabilidades para esa investidura, a más de lo cual en forma expresa el artículo 203 *ibidem* derogó toda norma que fuere contraria a lo previsto en esa codificación, entre las cuales debe entenderse comprendido el artículo 83 del decreto que pide aplicar el opositor.

CONCEJAL - Inhabilidades / AUTORIDAD CIVIL, POLITICA O ADMINISTRATIVA / RENUNCIA - Efectos / ALCALDE - Ejercicio de autoridad

El demandado fue alcalde de Tolú hasta el 26 de abril de 1994, por lo cual el tiempo transcurrido desde entonces hasta cuando se hizo la inscripción de la lista de candidatos al Concejo de esa

municipalidad que él encabezó, acto efectuado el 26 de agosto del mismo año, fue apenas de cuatro (4) meses, obviamente inferior a los seis (6) meses que prevé el artículo 43 del numeral 2° dentro de los cuales se da la inhabilidad. Ello conduce a inferir que contrario a lo que determinó el *a quo*, quien erró al estimar como fundamental para resolver el asunto el hecho de la renuncia presentada por aquel al cargo de alcalde, cuando la esencia del asunto reside en conocer si dentro de los seis (6) meses anteriores a la inscripción de la candidatura a concejal ejerció autoridad civil, política o administrativa, se da la causal alegada por el actor con apoyo en el susodicho numeral 2° del artículo 43 y, por ende, debe revocarse el fallo apelado para reconocer prosperidad a la pretensión nulatoria.

CONCEJAL - Incompatibilidades / INSCRIPCION EN CARGO DE ELECCION POPULAR DURANTE EL PERIODO - Falta disciplinaria

En lo que atañe a la alegada violación del artículo 96, numeral 7 de la Ley 136 de 1994, también invocada como causal de nulidad del acto acusado, habrá de desecharse por cuanto el legislador la consagró como incompatibilidad, no asimilable a motivo de inelegibilidad electoral. Podrá ser motivo de sanción disciplinaria, pues corresponde a las incompatibilidades de los alcaldes, y como pudo darse violación de ese régimen se pondrán los hechos en conocimiento de la Procuraduría General de la Nación para lo de su cargo.

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

Santa Fe de Bogotá, D.C., siete (7) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Amado Gutiérrez Velásquez.*

Radicación número 1449.

Actor: Fulgencio Pérez Díaz.

Por apelación que interpuso el actor conoce la Sala de la sentencia que profirió el 19 de julio del año en curso el honorable Tribunal Administrativo de Sucre, mediante la cual negó la nulidad del acto declaratorio de la elección del señor Tulio César Villalobos Támara como concejal del municipio de Santiago de Tolú para el período 1995 - 1997.

Satisfecho el trámite dispuesto para la segunda instancia y no encontrando en lo actuado motivo alguno de invalidez, se decide lo que en derecho corresponde partiendo del examen de los siguientes:

ANTECEDENTES

Fulgencio Pérez Díaz, en su doble condición de ciudadano y abogado, en ejercicio de la acción contencioso especial electoral demandó la nulidad del acto de elección del señor Tulio César Villalobos Támara como concejal de Santiago de Tolú para el período 1995 - 1997. Igualmente, que del cómputo general de votos se excluyan los depositados a nombre de dicho candidato, se ordene la cancelación de su credencial, se llame a ocupar la curul a quien en la lista de inscripción le sigue en turno y se expidan las comunicaciones de rigor.

El fundamento de la demanda se hace consistir en que el señor Tulio César Villalobos Támara se desempeñó como alcalde de Santiago de Tolú hasta el 26 de abril de 1994, cuando dimitió del cargo y le fue aceptada la renuncia, por lo cual cuando se inscribió su candidatura al concejo se hallaba incurso en causal de inhabilidad – porque "... ejercía autoridad civil, administrativa y política en dicho municipio"–.

Plantea también que la conducta desplegada por el ex alcalde viola el régimen de incompatibilidades previsto en la ley.

Invoca como norma violada el artículo 43, numeral 2° de la Ley 136 de 1994, porque Tulio César Villalobos Támara, como alcalde, fue "... funcionario investido de autoridad civil que ejerció, en la respectiva circunscripción electoral seis (6) meses antes de la inscripción como aspirante al concejo, ...". Sustenta ese cargo con los artículos 188, 189 y 190 de la precitada ley.

Señala como infringido, igualmente, el artículo 95, numeral 7° de la misma compilación legal, porque cuando se llevó a cabo la inscripción de su candidatura al concejo "no había fenecido" su período de alcalde.

La sentencia recurrida

El *a quo*, con cita de apartes de sentencia de esta Sala fechada a 26 de abril de 1991, de la cual fue ponente el honorable Consejero doctor Jorge Penen Deltieure (expediente 0516) concluyó que "... no prospera..." (sic) la excepción de "Inepta demanda" que propuso el opositor. Y para resolver de fondo, expresó:

> "La Sala considera que la norma que debe tenerse en cuenta sobre el tiempo que debe contarse con respecto a inhabilidades en relación con la elección de concejal del señor Tulio César Villalobos Támara es el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986 (Código de Régimen Municipal), por cuanto esa era

la que se encontraba vigente el día 26 de abril de 1994 fecha en que aquel renunció a la alcaldía del municipio de Santiago de Tolú y no el artículo 43, numeral 2° de la Ley 136 de 1994 invocada por el actor".

Apoyado en dicha norma del Decreto 1333 de 1986 y con cita contradictoria de concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, relacionada con la retrospectividad y la aplicación inmediata de las inhabilidades para ser alcalde previstas en la Ley 136 de 1994, artículo 95, concluyó que el primer cargo no tiene vocación de prosperidad.

Y en cuanto al segundo, siguiendo la misma tesis de la irretroactividad de la Ley 136 de 1994 y con transcripción de apartes de sentencia de la honorable Corte Constitucional fechada a 4 de mayo del año en curso, que declaró, entre otras normas, exequible parcialmente el numeral 7°, artículo 96, de la susodicha ley, decidió que tampoco prospera, por lo cual negó las súplicas de la demanda.

Recurso de apelación

El actor interpuso recurso de apelación contra dicho fallo, para lo cual invoca el artículo 19 transitorio de la Constitución Política en cuanto prescribió que los alcaldes que resultaran elegidos en 1992 ejercerán sus funciones hasta el 31 de diciembre de 1994. Argumenta que "...En vigencia de la Ley 136 de 1994 el señor Villalobos Támara se inscribió como candidato al concejo de la Circunscripción Electoral del municipio de Santiago de Tolú...", cuando no habían transcurrido seis (6) meses de la aceptación de su renuncia a la alcaldía del mismo municipio, por lo cual está inhabilitado para ser concejal de ese ente territorial; y agrega: "...Considero que nuestro caso, es muy *sui generis*, ya que se trata de una situación en donde la persona inscrita y electa en una corporación de elección popular, viene de otro cargo también de elección popular...".

Concepto del Ministerio Público

La señora Procuradora Décima Delegada en lo Contencioso ante esta Corporación solicita revocar la decisión impugnada, para que se acojan las súplicas de la demanda. A dicha conclusión llega mediante análisis de la prueba aportada y con criterio de aplicación de la Ley 136 de 1994, que entró en vigencia el 2 de junio de 1994, por lo que concurre en el concejal Villalobos Támara la causal de inhabilidad invocada por el actor.

CONSIDERACIONES

I. La demanda se encamina a obtener la declaratoria de nulidad del acto de elección del señor Tulio César Villalobos Támara como concejal de Santiago de Tolú para el período 1995 - 1997, contenido en el acta parcial del escrutinio de

votos efectuado por la Comisión escrutadora municipal, fechada a 1° de noviembre de 1994 (folios 44 a 49), pero que también se contiene en acta parcial de escrutinio efectuado el 6 del mismo mes por los delegados del Consejo Nacional Electoral para la circunscripción de Sucre, posiblemente por haberse presentado reclamaciones o apelación contra lo resuelto inicialmente por aquella.

Ese último escrutinio y la declaratoria de elección allí contenida se ratifican en Resolución número 12 de los delegados del Consejo Nacional Electoral, fechada también a 6 de noviembre de 1994 (folios 24 a 26). Como pretensiones igualmente se solicita exclusión de los votos depositados a favor de la lista que encabezó Villalobos Támara, la cancelación de su credencial y que se llame a ocupar la curul a quien en la lista de inscripción sigue en orden descendente, con expedición de las comunicaciones de rigor.

Los cargos que sustentan las pretensiones se hacen consistir en que "...Tulio César Villalobos Támara hasta el mes de abril de 1994 ejercía sus funciones como alcalde municipal de Santiago de Tolú...", pues fue aceptada su renuncia a ese cargo el día 26, presentándose la causal de inhabilidad del numeral 2, artículo 43 de la Ley 136 de 1994, que toma en consideración la fecha de inscripción de la candidatura, "...pues contando dicho término de 6 meses hacia atrás comprobamos que para la época de su renuncia, ejercía autoridad civil, administrativa y política en dicho municipio".

Igualmente plantea como motivo de acusación la violación por Villalobos Támara de incompatibilidad de los alcaldes, particularmente la prescrita en el numeral 7, artículo 96, de la Ley 136 de 1994.

II. El material probatorio allegado al proceso está constituido por los siguientes documentos, en copia:

a) Carta de renuncia del cargo de alcalde de Santiago de Tolú que presentó al Gobernador del departamento de Sucre el señor Tulio César Villalobos T. el 26 de abril de 1994, así como del respectivo decreto de aceptación;

b) Acta de escrutinio de votos para el concejo de Santiago de Tolú, y acto declaratorio de la elección de Villalobos Támara como concejal para el período 1995 - 1997 (formulario E-26 - fls. 8 a 13 y 44 a 49). También de la Resolución número 12 de los delegados del Consejo Nacional Electoral para la circunscripción de Sucre, fechada a 6 de noviembre de 1994 (folios 24 a 26);

c) Presupuesto municipal de Tolú para la vigencia fiscal de 1994;

d) Acta de solicitud de inscripción y constancia de aceptación de lista de candidatos al Concejo de Tolú encabezada por Tulio César Villalobos Támara según la cual esa inscripción se realizó el 26 de agosto de 1994 a las 10:00 a.m.;

e) Y constancia original expedida por la Directora Nacional Electoral de la Registraduría Nacional de Estado Civil con fecha 24 de abril de 1995, sobre la elección de César Tulio Villalobos Támara como alcalde de Tolú para el período 1992 - 1994.

III. **De las excepciones.**

La de ineptitud sustantiva de la demanda, propuesta por el apoderado del señor Villalobos Támara, por "... no haberse demandado el verdadero acto que declaró la elección...", y por no haber acompañado el actor con su demanda la copia del acto acusado, no es procedente definirlas como tales habida cuenta que no cabe la formulación de excepciones previas en procesos contencioso administrativos. Sólo será dable su examen en cuanto constituyan irregularidades que impidan trabar la relación procesal, como ausencia de presupuestos procesales, para lo cual no hay oportunidad de pronunciarse sino en la sentencia.

En el caso de autos la demanda se dirige contra el acto de elección del señor Tulio César Villalobos como concejal de Tolú para el período 1995 - 1997, individualizado de modo bien preciso en el acto acusado. Además, se acompañó copia del acto declaratorio de elección de la Comisión escrutadora municipal, pero de una vez se solicitó pedir al Consejo Nacional Electoral que enviara copia del acto acusado, posiblemente enterado el actor de reclamaciones o de apelación contra lo decidido por dicha Comisión, viniendo a resultar que también hicieron declaración de elección de concejales de Tolú los delegados del Consejo Nacional Electoral, en decisión refrendada con la Resolución número 12 de noviembre 6 de 1994. Así, entonces, no por culpa del demandante sino de posible error de la Comisión escrutadora municipal aparece doblemente producido el acto acusado, no obstante lo cual en autos obra copia de ambos, subsanando toda duda acerca de su expedición.

Por ello, como lo resolvió el *a quo*, no cabe duda de la inexistencia de los vicios alegados como excepciones.

IV. **Examen de los cargos.**

El artículo 43, numeral 2° de la Ley 136 de 1994 preceptúa:

"*Inhabilidades*. No podrá ser concejal:

2. Quien como empleado público, hubiere ejercido, jurisdicción o autoridad civil, administrativa o militar, dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la inscripción".

Esta disposición fue modificada por el artículo 11 de la Ley 177 de diciembre 28 de 1994, lo cual ninguna incidencia tiene en el asunto en examen por ser posterior al proceso que culminó con el acto acusado.

El opositor Tulio César Villalobos Támara contradice las pretensiones de la demanda, pues arguye que el contencioso debe resolverse con base en la normatividad vigente al momento de su renuncia al cargo de alcalde y no con la vigente a la fecha de la inscripción de su candidatura, esto es, que la norma aplicable es el artículo 83 del Decreto 1333 de 1986 y no los artículos 43 y 96 de la Ley 136 de 1994.

Empero, por ese aspecto la Corporación no abriga duda en cuanto a que las súplicas de la demanda deben decidirse en relación con lo previsto en la Ley 136 de 1994, particularmente con las normas que el actor invocó, por cuanto el artículo 2° de la Ley 153 de 1887 dispone que la ley posterior prima sobre la anterior; y el 3° *ibidem*, que la disposición legal es insubsistente por la declaración expresa del legislador o porque exista nueva ley que reglé en su totalidad la materia a que se refería la disposición anterior. Además, la aplicación de esa normatividad a los actos de elección resultantes de los comicios del 30 de octubre del pasado año no implica retroactividad de la ley sino efectos retrospectivos de la misma, en cuanto se aplica tomando en cuenta situaciones anteriores no consolidadas, respecto de las cuales no cabe hablar de derechos adquiridos.

La misma transcripción del concepto de la Sala de Consulta de fecha 24 de agosto de 1994, que el *a quo* hace para decidir el primer cargo, es bien clara al respecto.

Además, la Ley 136 de 1994, en su artículo 43, regulaba para la fecha de la inscripción de las candidaturas a concejales y también para cuando se produjo la elección, íntegramente lo concerniente al régimen de inhabilidades para esa investidura, a más de lo cual en forma expresa el artículo 203 *ibidem* derogó toda norma que fuere contraria a lo previsto en esa codificación, entre las cuales debe entenderse comprendido el artículo 83 del decreto que pide aplicar el opositor.

Ahora bien: el precitado Villalobos Támara fue alcalde de Tolú hasta el 26 de abril de 1994, por lo cual el tiempo transcurrido desde entonces hasta cuando se hizo la inscripción de la lista de candidatos al concejo de esa municipalidad que él encabezó, acto efectuado el 26 de agosto del mismo año, fue apenas de cuatro (4) meses, obviamente inferir a los seis (6) meses que prevé el artículo 43 numeral 2°, dentro de los cuales se da la inhabilidad. Ello conduce a inferir que contrario a lo que determinó el *a quo*, quien erró al estimar como fundamental para resolver el asunto el hecho de la renuncia presentada por aquel al cargo de alcalde, cuando la esencia del asunto reside en conocer si dentro de los seis (6) meses anteriores a la inscripción de la candidatura a concejal ejerció autoridad civil, política o administrativa, se da la causal alegada por el actor con apoyo en el susodicho numeral 2° del artículo 43 y, por ende, debe revocarse el fallo apelado para reconocer prosperidad a la pretensión nulatoria.

En cambio, en lo que atañe a la alegada violación del artículo 96, numeral 7 de la Ley 136 de 1994, también invocada como causal de nulidad del acto acusado, habrá de desecharse por cuanto el legislador la consagró como incompatibilidad, no asimilable a motivo de inelegibilidad electoral.

Podrá ser motivo de sanción disciplinaria, pues corresponde a las incompatibilidades de los alcaldes, y como pudo darse violación de ese régimen se pondrán los hechos en conocimiento de la Procuraduría General de la Nación para lo de su cargo.

A mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, de acuerdo con el concepto de la Procuradora Décima Delegada ante la Corporación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Revócase la sentencia apelada, proferida por el honorable Tribunal Administrativo de Sucre con fecha 19 de julio del año en curso, denegatoria de las pretensiones de la demanda para, en su lugar,

Declarar nulo el acto de elección del señor Tulio César Villalobos Támara como concejal de Santiago de Tolú para el período 1995 - 1997, contenido en el acta parcial de escrutinios de votos suscrito por la Comisión escrutadora municipal con fecha 1° de noviembre de 1994, así como en el acta parcial de escrutinio de votos para el concejo de Santiago Tolú, producida por los delegados del Consejo Nacional Electoral con fecha 6 de noviembre de 1994 y en Resolución número 12 de los delegados del Consejo Nacional Electoral de Sucre, de fecha noviembre 6 del mismo año.

Comuníquese esta decisión al señor Presidente del Concejo de Santiago de Tolú para que disponga lo pertinente a la forma de llenar la vacante absoluta que en esa Corporación origina esta sentencia (artículo 63 de la Ley 136 de 1994). Igualmente comuníquese lo resuelto al señor alcalde y el Registrador del Estado Civil de ese municipio.

Envíese copia de este proceso a la Procuraduría General de la Nación, para que determine si Tulio César Villalobos Támara violó el régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 136 de 1994.

Cópiese, notifíquese y, ejecutoriado este fallo, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Este proveído fue leído y aprobado por la Sala en sesión del tres (3) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Mirén de la Lombana de M., Luis Eduardo Jaramillo M., Mario Rafael Alario Méndez.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS - Efectos

La fuerza ejecutoria de los actos administrativos a que se refiere el artículo 66 del C.C.A. es la capacidad de que goza la Administración para hacer cumplir por sí misma sus propios actos, es decir, que tal cumplimiento no depende de la intervención de autoridad distinta a la de la misma administración. Debe precisarse que la pérdida de la fuerza ejecutoria hace relación a la imposibilidad de efectuar los actos propios de la Administración para cumplir lo ordenado por ella misma, cuando ha dejado pasar el término señalado en la norma sin haber realizado la actuación correspondiente.

JURISDICCION COACTIVA - Objeto / MANDAMIENTO EJECUTIVO - Término de notificación / EXCEPCION DE PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA - Configuración

La jurisdicción coactiva de que se ha investido a ciertos funcionarios de la Administración para el cobro de deudas fiscales se ha entendido como un privilegio exhorbitante en favor de la Administración, por el cual no tiene que acudir a la jurisdicción para lograr el pago de lo adeudado por el concepto en estudio sino que ella misma puede hacerlo directamente mediante el procedimiento establecido para tal efecto. Conforme lo previsto en el Código de Procedimiento Civil y como sucede con cualquier actuación de autoridad, hay obligación en el caso en estudio de enterar al interesado del proceso de cobro que se inicia al proferirse el mandamiento ejecutivo y por ello establece la vinculación del deudor y que la misma debe hacerse a la mayor brevedad posible, bien sea por la notificación al mismo o, en su defecto, al curador *ad litem* que la ley prevé se designe para tal fin. En tales condiciones se concluye para el caso de autos que la pérdida

de la fuerza ejecutoria se presenta cuando dentro de los cinco años siguientes a la fecha en la cual alcanzó firmeza el acto correspondiente, no se notifica al deudor o al curador *ad litem* el mandamiento ejecutivo dictado por el funcionario de la administración investido de jurisdicción coactiva.

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

Santa Fe de Bogotá, D.C., siete (7) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: Doctora *Mirén de la Lombana de Magyaroff.*

Radicación número 0479.

Actora: Superintendencia Bancaria C/ Banco Tequendama.

APELACIÓN AUTO

Se resuelve el recurso de apelación del auto del 5 de octubre de 1994, proferido por la Secretaría Administrativa Subsecretaría Jurídica, Grupo de Cobro Coactivo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, interpuesto oportunamente por el apoderado de la parte ejecutada.

ANTECEDENTES

Mediante Resolución número 1970 del 30 de abril de 1985, notificada el 6 de mayo del mismo año, el Superintendente Bancario impuso al Banco Tequendama la obligación de pagar a la Nación, la suma de cuatro millones quinientos ochenta y nueve mil cuatrocientos veintiún pesos ($4.589.421) moneda corriente, confirmada por Resolución número 1591 del 18 de mayo de 1989, por medio de la cual la Superintendencia Bancaria resolvió, entre otros, el recurso de reposición contra la citada providencia, agotándose así la vía gubernativa.

El 5 de octubre de 1994 la Secretaría Administrativa, Subsecretaría Jurídica, Grupo de Cobro Coactivo, libró orden de pago por la vía ejecutiva de jurisdicción coactiva a favor del Tesoro Nacional y en contra del Banco Tequendama por la suma de $4.589.421, más las costas que se causaren y los intereses legales.

El 11 de noviembre de 1994, el Despacho Ejecutor notificó el mandamiento ejecutivo al apoderado del Banco Tequendama, quien manifestó que apelaba.

Mediante oficio, el jefe del grupo de cobro remitió el expediente de la referencia a esta Corporación, para darle trámite al recurso interpuesto.

Durante el término de traslado el apoderado del Banco Tequendama sustentó la alzada, con base en la falta de exigibilidad del título sustentada así:

I. Uno de los requisitos que prevé el artículo 68 del C.C.A. es la exigibilidad, la cual no existe en este caso, ya que mediante una sola resolución se resolvieron varios recursos de reposición contra distintas resoluciones que imponían multas por motivos diferentes y el honorable Consejo de Estado por auto del 22 de marzo de 1991 (exp. 3059, Consejero Ponente: Doctor Jaime Abella Zárate) revocó el mantenimiento de pago por indebida acumulación.

Pero la administración inició un nuevo proceso por cada una de las resoluciones; apelado el correspondiente mandamiento ejecutivo esta Corporación por auto del 23 de septiembre de 1994 (Consejero Ponente: Doctor Amado Gutiérrez Velásquez, exp. 0420), lo revocó con el argumento de no poder pronunciarse de nuevo sobre el particular. Con posterioridad, por auto del 27 de enero de 1995, en otro caso, el honorable Consejo de Estado negó la revocatoria del mandamiento de pago apelado.

II. La falta de exigibilidad también aparece por cuanto la Resolución número 1591 de mayo 8 de 1989 (sic), fue expedida y quedó en firme hace más de cinco años, pues ésta fue notificada al representante legal del Banco el 30 de mayo de 1989 y la fecha en que se entabló la relación procesal de cobro coactivo vale decir, la notificación del mencionado mandamiento de pago dictado el 5 de octubre de 1994, se llevó a cabo el 11 de noviembre de 1994, habiendo transcurrido el lapso que fija la ley en el artículo 66 del C.C.A.

La pérdida de ejecutoria de los actos administrativos, determina la pérdida del derecho de acción por parte de la administración pública generadora de dicho acto: la caducidad del acto mismo.

Lo anterior aparece ratificado por el artículo 67 del C.C.A. que invoca en oposición a la ejecución del acto administrativo.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por su parte, considera que un acto administrativo queda en firme cuando se agota la vía gubernativa y en ese momento adquiere la calidad de ejecutorio y definitivo y se hace exigible conforme al artículo 50 del C.C.A.

Por otra parte, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el apoderado del Banco Tequendama contra las resoluciones que sancionaron a la entidad ejecutada, se desestimaron todas las pretensiones demandatorias mediante sentencia de 19 de mayo de 1994, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, confirmada a su vez por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante sentencia del 4 de noviembre de 1994.

Solicita se dé aplicación a la decisión contenida en el auto del 27 de enero de 1995, de esta Sección (Consejero Ponente, doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía) y a las sentencias de la Sección Primera del Tribunal de Cundinamarca y de la Sección Cuarta de esta Corporación.

En lo que respecta a la pérdida de la fuerza ejecutoria, manifiesta que la Administración profirió auto de mandamiento ejecutivo el 22 de enero de 1990, cuando no había transcurrido ni un año de quedar en firme la Resolución 1591 de mayo 18 de 1989, realizando posteriormente una serie de actuaciones jurídicas, con lo cual se demuestra que sí se iniciaron oportunamente los actos correspondientes para obtener el cobro de la sanción.

Aspecto diferente es la revocatoria de dicho mandamiento de pago por parte del Consejo de Estado, cuyo fundamento no fue la falta de exigibilidad sino la necesidad de que los mandamientos fueran independientes, uno por cada resolución, para preservar el derecho de defensa.

CONSIDERACIONES

Competencia

Esta Sala es competente para conocer del recurso de apelación, del conformidad con lo preceptuado en el artículo 129, inciso 3° del C.C.A., en concordancia con el artículo 265, *ibidem* y el artículo 1° del Acuerdo número 39 de 1990, expedido por el Consejo de Estado.

El asunto en estudio

I. Sobre el primero de los aspectos alegados, la Sala se ha pronunciado en repetidas oportunidades, y considera oportuno transcribir los apartes pertinentes de la providencia en la cual se hizo el estudio correspondiente:

> "Entrando en el pertinente estudio se observa que la falta del presupuesto sobre exigibilidad del título que alega el recurrente, se apoya en lo expresado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en auto de marzo 22 de 1991 expediente número 3059 y la conclusión a que llegó, la Sección Quinta en el auto de septiembre 23 de 1994, expediente número 0420.
>
> Dijo la Sección Cuarta:
>
> "Parte la Sala de la consideración de que el título ejecutivo, en el caso que se estudia, encaja dentro de los enumerados en el artículo 68 del Decreto 01 de 1984 en el ordinal 1 que indica a '1. Todo acto administrativo ejecutoriado que imponga a favor de la Nación... la obligación de pagar una suma líquida de dinero, en los casos previstos en la ley'.

De aquí se deduce claramente que el título está constituido por cada una de las resoluciones del Superintendente que impuso la respectiva sanción con base en cada caso con las autorizaciones de ley correspondientes (artículo 23 literal a) Ley 7ª de 1973 y Resolución 48 de 81 J.M. en unos casos y artículo 32 Ley 45 de 1923 en otros).

Esto fueron los actos administrativos mediante los cuales el Superintendente, impuso unas obligaciones claras y expresas al Banco ejecutado. La Resolución 1591 de mayo 18 de 1989 que resolvió en forma conjunta los recursos de reposición corresponde a la etapa de discusión por vía gubernativa de los actos creadores de las obligaciones, y les dio fuerza ejecutoria y las convirtió en 'exigibles', completando así los elementos fundamentales para adquirir la naturaleza de 'títulos ejecutivos' según el mismo artículo 68 ya citado.

Cierto es que las autoridades administrativas tienen la facultad para acumular de oficio o a petición del interesado, los documentos relacionados con una misma actuación o actuaciones que tengan el mismo efecto y tengan relación íntima, con el objeto de evitar que la autoridad encargada de resolverlos incurra en decisiones contradictorias, tal como lo autoriza el artículo 29 del Decreto 01 de 1984.

Pero este procedimiento autorizado, como se dice, cuando los asuntos tengan 'relación íntima' no es plenamente aplicable cuando hay sólo similitud pero independencia de los asuntos a resolver.

Las consideraciones anteriores llevan a la Sala a invalidar el mandamiento de pago conjunto porque ha debido ser individual para cada obligación pues éstas son independientes, pueden tener causas y motivos de defensa distintas y cada una de ellas constituye por sí misma un título ejecutivo completo.

Esta solución sigue de cerca la adoptada en Sala Plena por Auto del 9 de febrero de 1982 (expediente 10790 Consejero Ponente: Doctor Carmelo Martínez Conn) con relación a las liquidaciones de impuestos que las tomó como títulos independientes, aunque hubieran sido acumuladas en un solo 'certificado' del Administrador de Impuestos.

Igualmente el principio de la independencia de las situaciones particulares así sean iguales o similares entre sí, se sostuvo en el evento de una resolución conjunta relativa a varios particulares pero notificados en distintas fechas, dándole valor a la notificación individual sobre la general o colectiva (auto de noviembre 23 de 1990 expediente 2590. Banco de Occidente-Superbancaria)."

"Y la conclusión de la Sección Quinta dice: 'Dilucidado lo anterior, la Sala no puede pronunciarse de nuevo sobre el particular y en atención a lo resuelto

deberá revocar el auto apelado' y en efecto en la parte resolutiva se adoptó esta decisión.

"Considera la Sala, que en el caso *sub judice* no puede sostenerse el mismo criterio, porque si bien la Sección Quinta basó la decisión de revocatoria en la providencia transcrita, específicamente en lo que respecta a la indebida acumulación de recursos, con posterioridad (sic) a este proveído el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al ejercer por competencia el control de legalidad de las Resoluciones números 4799 de septiembre 10 de 1985 y 1591 de mayo 18 de 1989, precisamente las que originaron el mandamiento de pago en este proceso, al considerar en fallo de noviembre (sic) 19 de 1994 visto a folios 146 y s.s. que los supuestos vicios de procedimiento administrativo, por indebida acumulación de recursos allí alegados no tuvieron existencia, determinando en cambio, que la acumulación se ajustó a la legalidad y bien podía realizarse, como se hizo, en un solo acto administrativo, o sea, en la Resolución número 1591 de 1989.

De idéntico criterio fue el Consejo de Estado, quien a través de la Sección Cuarta, en sentencia calendada el 4 de noviembre de 1994, obrante a folios 168 y s.s., confirmó la del *a quo* y sobre el punto materia de examen, luego de otras pertinentes consideraciones, concluyó que, siendo uno solo el trámite a seguir, unas mismas las normas aplicables, idénticos los motivos y unos mismos los efectos, atendiendo primordialmente principios de la actuación administrativa consagrados de manera general en el artículo 3° del Decreto 01 de 1984, bien podía la administración proceder a expedir un solo acto administrativo, sin que por ello haya incurrido en manera alguna en violación del derecho de defensa.

No resulta entonces viable, en este caso, el argumento del recurrente en cuanto a la informalidad del título ejecutivo, sobre la base de la indebida acumulación, porque queda claro hubo un pronunciamiento definitivo y ejecutoriado, que hizo tránsito a cosa juzgada, mediante el cual se analizó y descartó totalmente la existencia de ese vicio y que por el contrario juzgó y encontró legales los actos administrativos que conforman dicho título." [1]

De las transcripciones anteriores se deduce claramente que la Sección Cuarta de la Corporación el 22 de marzo de 1991, revocó el mandamiento ejecutivo con el fundamento de que un único mandamiento de pago no podía fundamentarse, entre

[1] Expediente número 0443, Autor: Superintendencia Bancaria C/Banco Tequendama, honorable Consejero ponente: Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía.

otros, en un acto singular confirmatorio de un número plural de provisiones sancionatorias apeladas separadamente.

La Sección Quinta, el 23 de septiembre de 1994, estuvo a lo decidido en la providencia antes citada al considerar que el mismo camino debía seguir el segundo mandamiento de pago que, aunque individual, fue proferido con base en la resolución inicial y en la fotocopia de la misma resolución confirmatoria única, sobre la cual ya había pronunciamiento.

No obstante, la misma Sección Cuarta de esta Corporación en sentencia de conocimiento del 4 de noviembre de 1994 se pronunció en favor de la legalidad del acto único por el cual se resolvió el número plural de apelaciones.

En este orden de ideas, el mandamiento ejecutivo proferido con soporte en múltiples resoluciones sancionatorias y una sola decisión confirmatoria debía considerarse ajustado a la ley y esa fue la fundamentación de la providencia del 27 de enero de 1995 a que se hace referencia.

A la misma conclusión llega la Sala en la presente oportunidad, por lo que por este aspecto no prospera la pretensión de la parte apelante.

II. Considera el apoderado del Banco Tequendama que el lapso previsto por el artículo 66 del C.C.A. ya estaba vencido cuando se entabló la relación procesal de cobro coactivo, por lo cual no se debe continuar con la ejecución.

El artículo 66 del C.C.A. dice:

"Artículo 66. Pérdida de fuerza ejecutoria. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

...

3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le corresponda para ejecutarlos."

La fuerza ejecutoria de los actos administrativos a que se refiere el artículo 66 del C.C.A. es la capacidad de que goza la Administración para hacer cumplir por sí misma sus propios actos, es decir, que tal cumplimiento no depende de la intervención de autoridad distinta a la de la misma administración.

Debe precisarse que la pérdida de la fuerza ejecutoria hace relación a la imposibilidad de efectuar los actos propios de la Administración para cumplir lo ordenado por ella misma, cuando ha dejado pasar el término señalado en la norma sin haber realizado la actuación correspondiente.

Al respecto dijo la Corte Constitucional en Sentencia C-69/95 del 23 de febrero de 1995, Expediente D-699:

"**Fuerza ejecutoria del acto administrativo.** La fuerza ejecutoria del acto administrativo está circunscrita a la facultad que tiene la Administración de producir los efectos jurídicos del mismo, aun en contra de la voluntad de los administrados. El artículo 64 del Decreto 01 de 1984 consagra:

"Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados."

En esta forma, el acto administrativo tiene carácter ejecutorio, produce sus efectos jurídicos una vez cumplidos los requisitos de publicación o notificación, lo cual faculta a la Administración a cumplirlo o a hacerlo cumplir. La fuerza ejecutoria de los actos administrativos, es decir, su ejecutividad, depende entonces de dos aspectos fundamentales: la presunción de legalidad del acto administrativo, siempre que no haya sido desvirtuada y su firmeza, que se obtiene según el artículo 62 del Decreto 01 de 1984, cuando contra los actos administrativos no proceda ningún recurso, o los recursos interpuestos se hayan decidido, o no se interpongan recursos o se renuncie expresamente a ellos, o cuando haya lugar a la perención, o se acepten los desistimientos.

El profesor Jorge Olivera Toro considera las condiciones de ejecutoriedad de los actos administrativos son:

"a) La existencia de un acto administrativo;

"b) Que ese acto sea perfecto;

"c) Que tenga condiciones de exigibilidad, es decir, que sea capaz de producir efectos jurídicos, que sea ejecutivo, y

"d) Que ordene positiva o negativamente al particular y éste no lo acate voluntariamente.

"Los fundamentos de la ejecutoriedad del acto administrativo son de carácter político y jurídico. El primero deriva de la urgencia de la satisfacción de las necesidades sociales que la administración debe atender, las cuales no permiten demora de ninguna naturaleza. Los intereses generales no pueden tener obstáculo o retraso en su satisfacción. El segundo de los fundamentos, o sea el jurídico, radica en la presunción de legitimidad que tiene el acto administrativo, presunción *juris tantum*, o sea que admite prueba en

contrario." ("Manual de Derecho Administrativo". Ed. Porrúa, México 1976, pág. 190).

Así mismo, el profesor José Roberto Dromi al referirse a la ejecutoriedad de los actos administrativos, señala:

"La ejecutoriedad puede considerarse como una manifestación especial de la eficacia de los actos administrativos, que pueden ser realizados aun contra la voluntad de ellos, por medio de los órganos administrativos." (Manual de Derecho Administrativo", t. I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, págs. 145 y 146).

Los actos administrativos, –por regla general–, son obligatorios mientras no hayan sido suspendidos o declarados nulos por la jurisdicción contencioso administrativa. Por ello, la norma demandada comienza por señalar que "Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo." La pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos, ocurre de manera excepcional, de conformidad con las causales establecidas por la ley y, en particular, por el artículo 66 del Decreto 01 de 1984, parcialmente acusado.

De esta manera, el citado precepto consagra, por una parte, la obligatoriedad de los actos administrativos como regla general "salvo norma expresa en contrario", y como excepciones la pérdida de fuerza ejecutoria, por suspensión provisional, por desaparición de sus fundamentos de hecho o de derecho, eventos denominados por la jurisprudencia y la doctrina, el decaimiento del acto administrativo; por el transcurso del tiempo, es decir, cuando al cabo de cinco años de estar en firme, la Administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos; por cumplimiento de la condición resolutoria a que esté sometido, y cuando pierdan su vigencia (vencimiento del plazo).

.....

Referente a la pérdida de ejecutoria de los actos administrativos "cuando al cabo de cinco años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos" y "cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto". –De que tratan los numerales 3 y 4 del artículo 66 del Decreto 01 de 1984, materia de la demanda–, estima la Corporación que dichas causales se ajustan al mandato contenido en el artículo 209 de la Carta Política, según el cual la función administrativa se desarrolla con fundamento en los principios de **eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad**, correspondiendo a las autoridades

administrativas coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado". [2]

Es procedente, entonces, determinar cuál es la actuación que desvirtúa la circunstancia prevista en la norma:

La jurisdicción coactiva de que se ha investido a ciertos funcionarios de la Administración para el cobro de deudas fiscales se ha entendido como un privilegio exhorbitante en favor de la Administración, por el cual no tiene que acudir a la jurisdicción para lograr el pago de lo adeudado por el concepto en estudio sino que ella misma puede hacerlo directamente mediante el procedimiento establecido para tal efecto. Para el caso de autos es el previsto por el Capítulo VIII Ejecutivo Singular, de la Sección Segunda Proceso de Ejecución, del Libro Tercero Los procesos, artículos 561 y siguientes del C. de P. C.

Conforme lo previsto en el Código de Procedimiento Civil y como sucede con cualquier actuación de autoridad, hay obligación en el caso en estudio de enterar al interesado del proceso de cobro que se inicia al proferirse el mandamiento ejecutivo y por ello establece la vinculación del deudor y que la misma debe hacerse a la mayor brevedad posible, bien sea por la notificación al mismo o, en su defecto, al curador *ad litem* que la ley prevé se designe para tal fin.

Así las cosas es claro que la actuación que tiene el efecto de desvirtuar la previsión del artículo 66-3 del C.C.A. transcrito, es la notificación al deudor del mandamiento ejecutivo dictado por el funcionario ejecutor.

No son eficaces, por lo expuesto y para efectos de evitar la pérdida de la fuerza ejecutoria, la realización de actuaciones que aunque previas o distintas a la señalada no tiene el efecto requerido, por las razones expuestas.

En tales condiciones se concluye para el caso de autos que la pérdida de la fuerza ejecutoria se presenta cuando dentro de los cinco años siguientes a la fecha en la cual alcanzó firmeza el acto correspondiente, no se notifica al deudor o al curador *ad litem* el mandamiento ejecutivo dictado por el funcionario de la Administración investido de jurisdicción coactiva.

En el presente caso, la Resolución 1591 de mayo 18 de 1989, por medio de la cual se agotó la vía gubernativa, fue notificada el 30 de mayo de 1989. Por su parte, la orden de pago por la vía ejecutiva de jurisdicción coactiva a que hace relación el presente juicio fue librada el 5 de octubre de 1994, y notificada el 11 de noviembre de 1994 o sea que para cuando se dictó, habían transcurrido los

---

[2] Foro Colombiano, Tomo 51, número 308, febrero de 1995, págs. 129-135.

cinco años de que trata el artículo 66-3 del C.C.A., por lo que prospera la pretensión del recurrente y, en consecuencia, la providencia apelada debe ser revocada.

Debe precisar la Sala que este aspecto, no fue alegado en el caso que dio origen al pronunciamiento del 27 de enero de 1995 que se ha citado; por ello no fue tratado en dicha oportunidad y no resulta aplicable al presente.

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

RESUELVE:

1. Revócase el auto de mandamiento de pago, proferido por la Secretaría Administrativa, Subsecretaría Jurídica, Grupo de Cobro Coactivo, de fecha 5 de octubre de 1994, dictado con base en la Resolución número 1970 de 8 de abril de 1985 confirmada por Resolución número 1591 de 18 de mayo de 1989, emanadas de la Superintendencia Bancaria.

2. Declárase terminado el presente proceso.

En firme esta decisión, vuelva el expediente a la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente a la oficina de origen y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha tres (3) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de la Sala; *Mario Alario Méndez, Mirén de la Lombana de M., Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO EN FIRME - Características – EJECUTORIEDAD Y EJECUTIVIDAD DEL ACTO - Diferencias

Dos características, pues se atribuyen al acto administrativo firme, su carácter ejecutivo y su carácter ejecutorio, que son conceptos distintos. El carácter ejecutivo dice relación a la obligatoriedad y a la idoneidad del acto administrativo firme como título de ejecución, en tanto que el carácter ejecutorio consiste en la facultad de la administración para ejecutar por sí misma tales actos. No siempre la administración tiene la facultad de ejecutar por sí misma sus decisiones, no obstante de ser obligatorias. Se trata así de actos administrativos ejecutivos, mas no ejecutorios. Actos administrativos como las Resoluciones 1970 de 30 de abril de 1985 y 1591 de 18 de mayo de 1989, mediante las cuales la Superintendencia Bancaria impuso al Banco Tequendama multa por la suma de $ 4.589.421, tienen, indudablemente, carácter ejecutivo, pero no son ejecutorios, porque la administración no puede ejecutarlos por sí misma, o, mejor, no puede ejecutarlos en sede administrativa, sino que debe recurrir a un procedimiento judicial, el de jurisdicción coactiva, instituido en los artículos 561 a 568 del Código de Procedimiento Civil y 68 y 252 del Código Contencioso Administrativo. También los mandamientos ejecutivos librados por las autoridades administrativas investidas de jurisdicción coactiva son providencias judiciales, autorizadas por el artículo 116, inciso 3 de la Constitución según el cual excepcionalmente la ley puede atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Por virtud de lo establecido en el artículo 66, numeral 3, del Código Contencioso Administrativo, los actos administrativos pierden su fuerza ejecutoria cuando al cabo de cinco años de estar en firme la administración no realiza los actos que le correspondan para ejecutarlos. Pero no por ello pierden tales actos su carácter

ejecutivo, esto es, su idoneidad como títulos de ejecución. Para el caso es verdad, como dice el ejecutado, que entre la fecha en que ordenaron en firme los actos administrativos referidos y la en que se dictó el mandamiento de pago y, más aún, la fecha en que fue notificado ese mandamiento, transcurrieron más de cinco años. Sin embargo, no perdieron por ello, según lo explicado, su carácter ejecutivo. Habrían perdido así, su carácter ejecutorio, pero ya se dijo que tales actos no eran ejecutorios, nunca lo fueron, porque la administración no podía ejecutarlos por sí misma o, mejor, en sede administrativa, sino que debía recurrir al procedimiento judicial de jurisdicción coactiva.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta.

Santa Fe de Bogotá, D. C., ocho (8) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: Doctora *Mirén de la Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente número 0479.

Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Superintendencia Bancaria, contra Banco Tequendama, Jurisdicción Coactiva.

SALVAMENTO DE VOTO

Por auto de 7 de noviembre de 1995 resolvió la Sala el recurso de apelación interpuesto por el ejecutado contra el mandamiento de pago proferido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Secretaría Administrativa, Subsecretaría Jurídica, Grupo de Cobro Coactivo, el 5 de octubre de 1994. No compartí la decisión adoptada, por las razones que expreso a continuación:

I

Teniendo como título ejecutivo la Resolución 1970 de 30 de abril de 1985, por medio de la cual la Superintendencia Bancaria impuso al Banco Tequendama multa por la suma de $4.589.421, y la Resolución 1591 de 18 de mayo de 1989, confirmatoria de la anterior, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Secretaría Administrativa, Subsecretaría Jurídica, Grupo de Cobro Coactivo, libró mandamiento de pago el 5 de octubre de 1994 contra el Banco Tequendama por la suma indicada más los intereses y las costas del proceso.

Este auto fue notificado personalmente el 11 de noviembre de 1994.

Contra la providencia referida interpuso el ejecutado el recursos de apelación, que sustentó alegando falta de exigibilidad del título, básicamente por dos razones, según se explicará.

Para el mejor entendimiento de la primera de tales razones, cabe señalar que la Superintendencia Bancaria mediante la Resolución 1591 de 18 de mayo de 1989 resolvió los recursos de reposición interpuestos contra 32 Resoluciones, en el sentido de confirmarlas todas, y entre éstas la resolución 1979 de 30 de abril de 1985 por la cual se impuso la multa al Banco Tequendama. Una y otra resoluciones, que fueron notificadas y están ejecutoriadas, se aducen en este proceso como título ejecutivo.

Pues bien, dijo el ejecutado que la obligación no es exigible porque, para agotar la vía gubernativa, mediante una sola resolución se desataron los recursos de reposición interpuestos contra diferentes resoluciones por las cuales se impusieron diversas multas por motivos distintos; que en este caso específico, en proceso en que se pretendía adelantar conjuntamente cobro coactivo respecto de las 32 resoluciones referidas, ya se pronunciaron el Consejo de Estado por auto de 22 de marzo de 1991, en el sentido de revocar el mandamiento de pago, porque carecía de validez la acumulación pretendida (expediente 3.059); que más recientemente se ha pretendido iniciar un proceso de cobro coactivo respecto de cada una de tales resoluciones y que el Consejo de Estado, en uno de esos casos, por auto de 23 de septiembre de 1994, al resolver el recurso de apelación interpuesto contra el mandamiento de pago, advirtió que no podía pronunciarse de nuevo sobre el particular y decidió revocar la providencia apelada (expediente 420); y que cuando el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado, al decidir la demanda de nulidad y restablecimiento presentada por el Banco Tequendama denegaron los pedimentos de nulidad de la totalidad de las nombradas resoluciones, y entre éstas la que acumuló todas las inicialmente dictadas para decidir el recurso de reposición en un solo acto, esas sentencias en nada pueden afectar ni tienen que ver con los procesos ejecutivos que nuevamente se adelanten contra el Banco Tequendama por las mismas obligaciones, porque no puede aceptarse que puedan volverse a renovar los juicios por jurisdicción coactiva.

Dijo también el ejecutado, y esta es la segunda de las razones de su apelación, que la Resolución 1591 de 18 de mayo de 1989 fue notificada el 30 de los mismos, lo que quiere decir que cuando fue dictado el mandamiento de pago, 5 de octubre de 1994, y, más aún, cuando se entabló la relación procesal de cobro coactivo, lo cual se realiza con la notificación del mandamiento de pago, que se efectuó el 11 de noviembre de 1994, habían transcurrido ya más de cinco años. Y señaló que de conformidad con lo establecido en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo los actos administrativos pierden su fuerza ejecutoria, esto es, su

carácter de exigibles, en el evento de que hayan transcurrido más de cinco años de estar en firme sin que la administración haya realizado los actos que le correspondan para poder ejecutarlos que, en el caso de autos, era simplemente iniciar el proceso de cobro coactivo.

Y con base en las razones expuestas solicitó fuera revocado el mandamiento de pago.

II

El ejecutado, ya se dijo, sustentó el recurso de apelación alegando falta de exigibilidad del título, por dos razones que se examinarán en su orden.

1. **Primera razón**

Dispone el artículo 68, numeral 1, del Código Contencioso Administrativo, que prestan mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y exigible, todo acto administrativo ejecutoriado que imponga a favor de la Nación, entre otras entidades, la obligación de pagar una suma líquida de dinero, en los casos previstos en la ley.

La Superintendencia Bancaria, diciendo ejercer su atribuciones y mediante la Resolución 1970 de 30 de abril de 1985, impuso al Banco Tequendama una multa por valor de $4.589.421, por el defecto de encaje en que, según se lee en esa resolución, incurrió durante el mes de agosto de 1984. La multa impuesta debía ser pagada dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esa providencia, según lo dispuesto en la misma.

Contra la resolución anterior se interpuso el recurso de reposición, que fue decidido mediante la 1591 de 18 de mayo de 1989, en el sentido de confirmarla.

Estas resoluciones se encuentran ejecutoriadas.

Luego, prestan mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva contra el Banco Tequendama.

No desvirtúa la conclusión anterior la circunstancia de que mediante la Resolución 1591 de 18 de mayo de 1989 hubieran sido decididos conjuntamente los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 1970 de 30 de abril de 1985 y contra otras varias resoluciones, porque esa circunstancia no resta firmeza a tales actos, ni por ello la obligación que contienen deja de ser clara, expresa o exigible.

Por otra parte, alega el demandante que mediante auto de 22 de marzo de 1991 decidió el Consejo de Estado revocar el mandamiento de pago conjunto porque debió ser individual (expediente 3.059), y que posteriormente, cuando se

pretendió iniciar un proceso de cobro coactivo respecto de cada una de esas resoluciones, el Consejo de Estado, en uno de tales casos, por auto de 23 de septiembre de 1994, al resolver el recurso de apelación, advirtió que no podía pronunciarse de nuevo sobre el particular y decidió en consecuencia revocar el mandamiento de pago (expediente 420).

Sin embargo de lo anterior es de advertir que el auto por el cual se revoca un mandamiento de pago dictado frente a varios títulos ejecutivos, por considerar que debió haberse dictado un mandamiento de pago por cada uno en sendos procesos, no impide la iniciación de nuevos procesos, porque la providencia que así lo disponga no es sentencia de aquéllas a que la ley, concretamente el artículo 331 del Código de Procedimiento Civil, atribuye fuerza de cosa juzgada que la haga inmutable y definitiva.

Finalmente debe advertirse que el mandamiento ejecutivo debe dictarse, dice el artículo 497 del Código de Procedimiento Civil, cuando se encuentran establecidos dos requisitos, a saber, que la demanda se haya presentado con arreglo a la ley y que a la misma se haya acompañado documento que preste mérito ejecutivo. Satisfechos uno y otro presupuestos, establece la norma, el juez ha de ordenar al demandado que cumpla la obligación. Entonces, los recursos que proceden contra el mandamiento de pago tienen por objeto, exclusivamente, verificar si dicho auto se dictó en presencia de una demanda en forma y de un documento que presta mérito ejecutivo. Demanda en forma y título ejecutivo son los factores de discusión admisibles como razones para interponer los recursos. Así, pues, el superior deberá confirmar el mandamiento de pago dictado sobre tales supuestos. Debe señalarse, no obstante, que por la especial naturaleza del proceso de jurisdicción coactiva no es necesario que medie demanda; basta el título ejecutivo.

Quiere lo anterior decir que hechos como los planteados por el ejecutado no son razones para recurrir, sino que deben ser propuestos como excepciones y ser probados. Son excepciones, como es sabido, los hechos que el demandado opone a los alegados por el demandante, para destruir sus pretensiones o modificarlas o diferir sus actos.

2. **Segunda razón**

Dice el ejecutado que la Resolución 1591 de 18 de mayo de 1989, confirmatoria de la 1970 de 30 de abril de 1985, fue notificada el 30 de mayo de 1989, es decir, que el 5 de octubre de 1994, fecha en que se dictó el mandamiento de pago, y, más aún, cuando se entabló la relación procesal de cobro coactivo con la notificación de ese mandamiento el 11 de noviembre de 1994, habían transcurrido más de cinco años, y que por lo mismo, de conformidad con lo establecido en el

artículo 66 del Código había perdido su fuerza ejecutoria, esto es, su carácter de exigible.

Pues bien, el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo, dice así:

"Artículo 64. Carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos. Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismo, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados.

Dos características, pues, se atribuyen al acto administrativo firme, su carácter ejecutivo y su carácter ejecutorio, que son conceptos distintos. El carácter ejecutivo dice relación a la obligatoriedad y a la idoneidad del acto administrativo firme como título de ejecución, en tanto que el carácter ejecutorio consiste en la facultad de la administración para ejecutar por sí misma tales actos.

Ese, que es el sentido de la norma, es también el criterio de los más autorizados doctrinantes. Así, Sayagés Laso enseña al respecto:

"En principio el acto administrativo una vez perfeccionado produce todos sus efectos y por lo mismo, cuando requiere ser llevado a los hechos, puede y debe ser ejecutado. Es la regla general. Esta particular característica del acto administrativo se denomina ejecutividad.

No debe confundirse ese carácter con la ejecutoriedad, que es la posibilidad de la administración de ejecutar el acto por sí misma, incluso en caso de resistencia abierta o pasiva de las personas afectadas, pudiendo acudir en tal caso diversas medidas de coerción." (SAYAGUES LASO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo. Montevideo, 1963, t. I, p. 490).

Gordillo caracteriza el acto administrativo como exigible u obligatorio, señalando con ello que debe cumplirse, y toma como característica aparte su eventual ejecutoriedad. Así, dice, el acto administrativo "es ejecutorio cuando la administración tenga otorgados por el orden jurídico, expresamente o en forma razonablemente implícita, los medios para hacerlos cumplir ella misma por la coerción, y que no lo es cuando deba recurrir a la justicia para lograr su cumplimiento." (GORDILLO, Agustín, Teoría General del Derecho Administrativo. Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1984, p. 336).

Marienhoff es de la siguientes opinión:

"La 'ejecutoriedad' del acto administrativo significa que, por principio, la administración misma y con sus propios medios lo hace efectivo, poniéndolo en

práctica. Tal es el 'principio' que, desde luego, reconoce excepciones. Estas últimas dependen del sistema jurídico imperante en el lugar de que se trate.

La posibilidad de que la propia administración pública haga efectivos o ponga en práctica los actos administrativos que emita, integra una de las tantas 'potestades' de la administración: la imperativa o de mando.

A esa 'ejecutoriedad', los autores franceses –inicialmente Hauriou– la llaman 'action d'office' o 'preálable', entendiendo por 'privilége du préalable' , la posición que tiene la administración pública al atenerse a su propia decisión 'antes' de toda verificación por la justicia.

La ejecutoriedad, cuyo concepto ya quedó expuesto, no debe ser confundida con la 'ejecutividad', o sea con la 'exigibilidad'. Estas últimas son características de todo acto administrativo que esté en condiciones de ser exigido o cumplido. La 'ejecutoriedad', en cambio, es la potestad que, por principio, tiene la administración pública de hacer cumplir por sí misma los actos que emita." (MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Abeledo–Perrot, 1988, t. II, ps. 374 y 375.

Cassagne, quien con Fiorini entiende que la ejecutividad caracteriza el acto administrativo como título suficiente de ejecución, advierte que esa característica nada tiene que ver con la ejecutoriedad, que es "la posibilidad de ejecutar el acto por parte de la administración pública sin acudir al órgano judicial". (CASSAGNE, Juan Carlos, La Ejecutoriedad del Acto Administrativo. Buenos Aires, Abeledo–Perrot, 1971, pp. 50 a 52).

Dromi, por su parte, señala:

"La ejecutividad es sinónimo de eficacia del acto, es la regla general de los actos administrativos y consiste en el principio de que todo acto una vez perfeccionado produce todos sus efectos, sin que se difiera su cumplimiento.

Este carácter de exigibilidad proviene del cumplimiento de todos los requisitos que hacen a la existencia del acto, no se lo debe confundir con la ejecutoriedad del acto, que como veremos luego, es la posibilidad de la administración, otorgada por el orden jurídico de ejecutar por sí misma el acto, pudiendo acudir a diversas medidas de coerción para asegurar su cumplimiento. Exigibilidad, ejecutividad u obligatoriedad inmediata significan lo mismo, y son expresiones distintas de lo que representa la ejecutoriedad y pueden existir sin ella. La ejecutividad proviene de la validez del acto, mientras la ejecutoriedad se asienta en la eficacia.

. . .

La ejecutoriedad del acto adminsitrativo significa que la misma administración por medios propios lo pone en práctica y lo hace efectivo, en ejercicio de facultades

otorgadas por el ordenamiento jurídico en forma expresa o, razonablemente implícita." (DROMI, José Roberto, Acto Administrativo, Ejecución, Suspensión y Recursos . Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1973, pp 21 y 22).

Entre los doctrinantes nacionales, Sánchez Torres, al referirse a la ejecutoriedad de los actos administrativos, dice así:

"Hace referencia a que ese acto administrativo, que busca la producción de unos determinados efectos jurídicos, que se presume expedido de acuerdo con la ley y que es obligatorio para el administrado, puede ser ejecutado directamente por la administración, sin necesidad de que intervenga ninguna otra autoridad del Estado.

. . .

La ejecutoriedad no se confunde con la ejecutividad. Esta es propia de cualquier acto administrativo, en cuanto significa la condición del acto que puede ser efectuado. Ejecutividad equivale, por lo tanto, a eficacia en general. La ejecutoriedad es propia solamente de los actos que imponen deberes positivos o negativos; ella presupone que el acto sea ejecutivo, es decir, eficaz, y consiste en un modo particular de comportarse tal eficacia que no tiene razón de ser sino en los actos de esta categoría: la posibilidad para la administración de realizar el contenido del acto con el uso inmediato de los medios coercitivos.

. . .

La ejecutividad es sinónimo de eficacia del acto, es la regla general de los actos administrativos y consiste en el principio de que todo acto una vez perfeccionado produce todos sus efectos, sin que se diera su cumplimiento.

Este carácter de exigibilidad proviene del cumplimiento de todos los requisitos que hacen a la existencia del acto, con la posibilidad de acudir a diversas medidas de coerción para asegurar su cumplimiento.

Exigibilidad, ejecutividad y obligatoriedad inmediata significan lo mismo, y son expresiones distintas de lo que representa la ejecutoriedad y pueden existir sin ella.

La ejecutoriedad, expresa el contenido operativo, que tiene el acto administrativo, independientemente del procedimiento de ejecución, para relizarse directamente por medio de los órganos estatales en ejercicio de la función administrativa." (SANCHEZ TORRES, Carlos Ariel, Teoría General del Acto Administrativo. Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1995, pp. 103 a 106).

No siempre la administración tiene la facultad de ejecutar por sí misma sus decisiones, no obstante ser éstas obligatorias. Se trata así de actos administrativos ejecutivos, mas no ejecutorios. Dice Dromi, citando un ejemplo de Gordillo, que "la

declaración impositiva de que un habitante debe una determinada suma de dinero al fisco, es ejecutiva pues debe cumplirse, pero no es ejecutoria, pues la administración no puede ella misma vender los bienes del individuo para cobrar la deuda, pues deberá recurrir a la justicia para que dicha ejecución se efectúe" (op. cit., p. 24).

Actos administrativos como las Resoluciones 1979 de 30 de abril de 1985 y 1951 de 18 de mayo de 1989, mediante las cuales la Superintendencia Bancaria impuso al Banco Tequendama multa por la suma de $4.589.421 tienen, indudablemente, carácter ejecutivo, pero no son ejecutorios, porque la administración no puede ejecutarlos por sí misma o, mejor, no puede ejecutarlos en sede administrativa, sino que debe recurrir a un procedimiento judicial, el de jurisdicción coactiva, instituido en los artículos 561 a 568 del Código de Procedimiento Civil y 68 y 252 del Código Contencioso Administrativo. También los mandamientos ejecutivos librados por las autoridades administrativas investidas de jurisdicción coactiva son providencias judiciales, autorizadas por el artículo 116, inciso tercero, de la Constitución, según el cual excepcionalmente la ley puede atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas.

Por virtud de lo establecido en el artículo 66, numeral 3, del Código Contencioso Administrativo, los actos administrativos pierden su fuerza ejecutoria cuando al cabo de cinco años de estar en firme la administración no realiza los actos que le correspondan para ejecutarlos. Pero no por ello pierden tales actos su carácter ejecutivo, esto es, su idoneidad como títulos de ejecución.

Para el caso es verdad, como dice el ejecutado, que entre la fecha en que quedaron en firme los actos administrativos referidos y la en que se dictó el mandamiento de pago y, más aún, la fecha en que fue notificado ese mandamiento, transcurrieron más de cinco años. Sin embargo, no perdieron por ello, según lo explicado, su carácter ejecutivo. Habrían perdido, sí, su carácter ejecutorio, pero ya se dijo que tales actos no eran ejecutorios, nunca lo fueron, porque la administración no podría ejecutarlos por sí misma o mejor, en sede administrativa, sino que debía recurrir al procedimiento judicial de jurisdicción coactiva.

III

Por lo expuesto, debió confirmarse el auto de 5 de octubre de 1994 dictado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Secretaría Administrativa, Subsecretaría Jurídica, Grupo de Cobro Coactivo, mediante el cual libró mandamiento de pago contra el Banco Tequendama por la suma de $4.589.421, más los intereses y las costas del proceso.

Mario Alario Méndez.

EJECUCION DE LA NACION – Improcedencia / EJECUCION DE ESTABLECIMIENTO PUBLICO – Procedencia / ESTABLECIMIENTO PUBLICO – Ejecución

Ha expresado la Sala en ocasiones anteriores que siendo que la Nación no puede ser ejecutada, salvo en el caso del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, según lo establecido en el artículo 336 del Código de Procedimiento Civil, tampoco pueden serlo los establecimientos públicos, con la anotada salvedad, porque estos gozan de los mismos privilegios y prerrogativas que se reconocen a la Nación según lo dispuesto en el artículo 43 del Decreto 3130 de 1968, y entre tales privilegios y prerrogativas el de no ser sujetos pasivos de la ejecución. Sin embargo de lo anterior, es de advertir que el artículo 336 del Código de Procedimiento Civil, que fue reformado por el artículo 1°, numeral 158, del Decreto 2282 de 1989, es norma posterior y especial, y sólo dispuso que la Nación no podría ser ejecutada, no así otras entidades públicas, a las cuales no se extendió esa gracia.

Entonces, sólo la Nación no puede ser ejecutada, pero si pueden ser ejecutados los establecimientos públicos, entre otras entidades.

CONTRIBUCION DE VALORIZACION / Certificación de deuda fiscal

Según lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 1604 de 1966, adoptado como legislación permanente mediante la Ley 48 de 1968 artículo 1°, para el cobro por jurisdicción coactiva de las contribuciones de valorización prestará mérito ejecutivo la certificación sobre la existencia de la deuda fiscal expedida por el jefe de la oficina a cuyo cargo está la liquidación de tales contribuciones.

TITULO EJECUTIVO – Inexistencia / DECLARACION OFICIOSA / EXCEPCIONES

Aun cuando no fue alegada la falta de título ejecutivo, debe la Sala declararla oficiosamente, como lo dispone el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, y así habrá de hacerlo, para disponer también la terminación del proceso, según lo establecido en el artículo 510, numeral 2, literal d, del mismo código. Cabe precisar, finalmente, que cuando el título consista en 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 de los numerales 7 y 9 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, y la de pérdida de la cosa debida, según lo dispuesto en el artículo 509, numeral 2, del mismo código. Ello supone, desde luego, la existencia de la providencia que conlleve ejecución. Por lo mismo, a la restricción señalada no está sujeto quien alega, precisamente, la inexistencia de la providencia de ejecución. Tampoco el juez que oficiosamente la declara.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta.

Santa Fe de Bogotá, D. C., diez (10) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Mario Alario Méndez.*

Radicación número 0495.

Referencia: Instituto de Desarrollo Urbano contra Fondo Nacional de Ahorro, Jurisdicción Coactiva.

Decide la Sala con ocasión de la excepción propuesta por el Fondo Nacional de Ahorro contra el auto de mandamiento de pago.

I. ANTECEDENTES

El Instituto de Desarrollo Urbano, División I de Ejecuciones Fiscales, mediante auto de 29 de julio de 1994, libró mandamiento de pago en contra del Fondo Nacional de Ahorro "o EL ACTUAL PROPIETARIO" por la suma de $14.896.202 más los intereses causados a partir de la fecha en que se hizo exigible la obligación y hasta cuando se verifique el pago.

La orden ejecutiva se apoya en la certificación de deuda fiscal 94000019 expedida el 25 de julio de 1994 por el Tesorero de la entidad ejecutante, relacionada con la contribución de valorización por beneficio general asignada mediante Resolución 300 de 8 de octubre de 1993, numeral 048501, en razón de la obra plan vial 1993-1994, que beneficia el inmueble situado en la diagonal 22 A, número 71-56, de esta ciudad, con cédula catastral D22A7199, sector catastral 063151599000, y matrícula inmobiliaria 000501216965.

Surtida la notificación del mandamiento de pago el 19 de diciembre de 1994 al Fondo Nacional de Ahorro, propuso éste la excepción de pago que sustenta en los siguientes hechos:

Mediante oficio 530-062 de 18 de mayo de 1994, el Subdirector Financiero del Instituto de Desarrollo Urbano informó al Jefe de la División de Control Proyectos del Fondo Nacional de Ahorro, que la contribución de valorización por beneficio general para los inmuebles localizados al oriente de la Avenida Boyacá y entre el acceso al terminal y la avenida Esperanza presentaba inconsistencias, y que por ello era necesario adelantar el pago provisional en cuantía de $126.730.000, para efectos de otorgar certificación de pago con fines notariales.

El Fondo pagó esa suma, según consta en el comprobante de pago 0101594.

El 5 de septiembre de 1994, el Subdirector Financiero del Instituto, con oficio 542–128, remitió a la entidad ejecutada la constancia de estado de cuenta 14.846, mediante la cual autorizó el otorgamiento de escritura pública de venta por no tener el predio deuda pendiente por concepto de contribución de valorización por beneficio general.

Pero el 25 de julio de 1994, el Jefe de la División de Tesorería del Instituto de Desarrollo Urbano expidió la certificación de deuda fiscal 94000019, en la que se dice que el Fondo Nacional de Ahorro debe la suma de $14.896.202 más intereses, por concepto de dicha contribución.

La constancia de estado de cuenta 14.846 sobre inexistencia de la deuda a cargo del Fondo Nacional de Ahorro, es posterior a la certificación de deuda fiscal 94000019, con base en la cual se inició este proceso.

De otra parte, no se puso en conocimiento del Fondo Nacional de Ahorro, mediante el proceso de notificación, la existencia de la deuda de $14.896.202, y con ello perdió la oportunidad para pagar oportunamente, sin necesidad de cobro coactivo, como lo ha hecho siempre, omisión que puede enmarcarse dentro de lo dispuesto en el artículo 140, numeral 9, del Código de Procedimiento Civil.

Pretende, por consiguiente, el establecimiento público ejecutado, que se declare probada la excepción de pago. En subsidio, y de conformidad con el artículo

140, numeral 9, pide que se dé trámite a la nulidad porque no hay constancia de la existencia del procedimiento administrativo realizado antes de iniciar el presente proceso.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Ha expresado la Sala en ocasiones anteriores que siendo que la Nación no puede ser ejecutada, salvo en el caso del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, según lo establecido en el artículo 336 del Código de Procedimiento Civil, tampoco pueden serlo los establecimientos públicos, con la anotada salvedad, porque éstos gozan de los mismos privilegios y prerrogativas que se reconocen a la Nación, según lo dispuesto en el artículo 43 del Decreto 3130 de 1968, y entre tales privilegios y prerrogativas el de no ser sujetos pasivos de ejecución.

Sin embargo de lo anterior, es de advertir que el artículo 336 del Código de Procedimiento Civil, que fue reformado por el artículo 1°, numeral 158, del Decreto 2282 de 1989, es norma posterior y especial, y sólo dispuso que la Nación no podría ser ejecutada, no así otras entidades públicas, a las cuales no se extendió esa gracia.

Entonces, sólo la Nación no puede ser ejecutada, pero sí pueden ser ejecutados los establecimientos públicos, entre otras entidades.

Así las cosas, el Fondo Nacional de Ahorro, que es establecimiento público, puede ser ejecutado.

Pues bien, según lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 1604 de 1966, adoptado como legislación permanente mediante la Ley 48 de 1968, artículo 1°, para el cobro por jurisdicción coactiva de las contribuciones de valorización prestará mérito ejecutivo la certificación sobre la existencia de la deuda fiscal expedida por el jefe de la oficina a cuyo cargo está la liquidación de tales contribuciones.

Tal como aparece en la certificación de deuda fiscal 94000019 de 25 de julio de 1994 que, en el caso que se examina, ha dado origen al mandamiento de pago, la contribución de valorización por beneficio general por la suma de $14.896.202, que beneficia el inmueble situado en la diagonal 22A, número 71-56, con cédula catastral 063151599000 y matrícula inmobiliaria 000501216965, de propiedad del Fondo Nacional de Ahorro, le fue asignada mediante Resolución número 300 de 8 de octubre de 1993, numeral 48501.

Pero con posterioridad, según informa el Subdirector Financiero del Instituto de Desarrollo Urbano mediante oficio 530–045, sin fecha, recibido en la Secretaría el 2 de junio de 1995 (folio 52), dicho inmueble fue desenglobado en ocho predios, y mediante Resolución 1268 de 14 de marzo de 1995, por la cual se asignó la contribución de valorización a cada una de las unidades prediales resultantes, también

se revocó el numeral 48501 de la Resolución 300 de 8 de octubre de 1993 (folios 55 a 57).

Así mismo, en el oficio referido explica el mencionado funcionario que "el Fondo Nacional del (sic) Ahorro, adelantó un depósito o pago provisional por $126.730.000, de conformidad con fotocopia que le anexo, para la dirección diagonal 22A Nº. 71-56, una vez se aplique al sistema la resolución del desenglobe por manzanas, se cruzará el valor del depósito en forma proporcional a cada uno con reconocimiento del beneficio por descuentos y se reintegrará a dicha entidad la diferencia resultante entre el valor del depósito y el pago de cada predio".

Entonces, con la revocación del numeral 048501 de la Resolución número 300 del 8 de octubre de 1993, desapareció el acto con base en el cual fue expedida la certificación de deuda fiscal 94000019, que constituye el título con base en el cual se adelanta la ejecución. Esa certificación, por tanto, perdió ejecutividad.

Aun cuando no fue alegada la falta de título ejecutivo, debe la Sala declararla oficiosamente, como lo dispone el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, y así habrá de hacerlo, para disponer también la terminación del proceso, según lo establecido en el artículo 510, numeral 2, literal d, del mismo Código.

Cabe precisar, finalmente, que cuando el título consista en 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 de los numerales 7 y 9 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, y la de pérdida de la cosa debida, según lo dispuesto en el artículo 509, numeral 2, del mismo Código.

Ello supone, desde luego, la existencia de la providencia que conlleve ejecución. Por lo mismo, a la restricción señalada no está sujeto quien alega, precisamente, la inexistencia de la providencia de ejecución. Tampoco el juez que oficiosamente la declara.

III. DECISION

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

FALLA:

1. Declárase probada la excepción de inexistencia de título ejecutivo.

2. Ordénase la terminación del proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva adelantado por el Instituto de Desarrollo Urbano División 1ª de Ejecuciones Fiscales, contra el Fondo Nacional de Ahorro.

3. En firme esta providencia, devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de nueve (9) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Mario Alario Méndez; Mirén de la Lombana de Magyaroff; Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CONTRALOR – Requisitos / TITULO UNIVERSITARIO - Prueba / EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD - Procedencia

Según lo dispuesto en el artículo 272, inciso sexto, de la Constitución, para ser contralor se requiere, entre otras calidades, acreditar título universitario. Cualquier título universitario, que en ello la norma constitucional no trae distinciones. Pero en el artículo 158, inciso segundo, de la Ley 136 de 1994, se exigió acreditar título de abogado o título profesional en disciplinas económicas, administrativas o financieras. Como se advierte, en ello resultan inconciliables la disposición constitucional y la norma legal, de manera que debe aquella aplicarse preferentemente, y dejar de aplicarse esta, como manda el artículo 4° de la Constitución. El demandado, que acreditó título universitario de Ingeniero Civil, satisfizo así el requisito constitucional.

EMPLEADO MUNICIPAL – Elección / CONCEJO MUNICIPAL – Funciones / PARIENTE DE CONCEJAL - Inhabilidad

Según lo establecido en el artículo 292, inciso segundo, de la Constitución, no pueden ser designados funcionarios del municipio los cónyuges o compañeros permanentes de los concejales, ni sus parientes en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil. Sin embargo, en el artículo 48, inciso primero y parágrafo primero, de la Ley 136 de 1994, fue establecido como causa de inhabilidad en las designaciones que deban hacer los concejos, el parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil con los concejales. Entonces, mientras el precepto constitucional permite la designación de parientes por afinidad en el segundo grado, la norma legal lo prohíbe. Esta última, por tanto, resulta incompatible con aquella,

y también ha de dejar de aplicarse al caso, en obedecimiento a lo dispuesto en el artículo 4° de la Constitución.

DEMANDA ELECTORAL – Requisitos / PRESUPUESTO ANUAL - Monto / INEPTITUD DE LA DEMANDA - Inexistencia

Según lo dispuesto en el artículo 131, numeral 3°, del Código Contencioso Administrativo, los tribunales administrativos conocerán en única instancia de los procesos de nulidad de las elecciones de miembros de los concejos municipales así como de los que se susciten con motivo de las elecciones o nombramientos hechos por estas corporaciones o por cualquier funcionario u organismo administrativo del orden municipal, cuando el municipio no sea capital de departamento o su presupuesto anual no exceda de $50.000.000, cantidad que con los reajustes dispuestos en el artículo 265 del mismo Código es hoy y desde 1994 de $137.200.000. Sin embargo, es inexacta la afirmación de que la prueba de ese monto es anexo que debe acompañarse a la demanda o al escrito de su corrección, y que en caso contrario esta resulta inepta. Lo que ha de contener toda demanda y los anexos que deben acompañarse a la misma están señalados en los artículos 137, 138 y 139 del Código Contencioso Administrativo. Ninguna de tales disposiciones, ni ninguna otra, señala entre los anexos que han de acompañarse a la demanda la prueba del monto del presupuesto anual ordinario. No es inepta, pues, la demanda que carezca de lo que no requiere. Resulta indispensable al Consejo de Estado encontrar acreditado el monto del presupuesto anual ordinario del municipio correspondiente, cuando se trate de decidir acerca de los recursos de apelación que se interpusieren. Si así no ocurre, no estaría establecida su competencia y no podría en consecuencia conocer de tales recursos. Se advierte finalmente, que el monto del presupuesto no es tema de la prueba, esto es, no es hecho relacionado con la materia debatida o, en los términos del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que se persigue, y siendo así, no es prueba que sólo pueda decretarse y practicarse dentro de la oportunidad establecida en el artículo 234 del Código Contencioso Administrativo. Es por tanto asunto que puede acreditarse por el demandante, por el demandado u

oficiosamente por el tribunal, en cualquier estado del proceso, en el curso de la primera instancia, pero, se repite, resulta indispensable al Consejo de Estado encontrarlo acreditado cuando se trate de decidir acerca de los recursos de apelación que se interpusieren.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta.

Santa Fe de Bogotá, D. C., diez (10) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Mario Alario Méndez.*

Radicación: número 1443.

Demandante: Luz Elena Polo Rodríguez – Electoral.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandado, señor Abelardo Rafael Hernández Dávila, contra la sentencia de 1° de agosto de 1995 dictada por el Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante la cual declaró la nulidad de los actos su elección y ratificación como Contralor del municipio de Tierralta para el período de 1995 a 1997.

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Luz Elena Polo Rodríguez demandó ante el Tribunal Administrativo de Córdoba fuera declarada la nulidad de los actos contenidos en las actas números 2 y 3 correspondientes a la sesiones de 6 y 7 de enero de 1995 del Concejo del municipio de Tierralta, mediante los cuales fue elegido el señor Abelardo Rafael Hernández Dávila como Contralor de ese municipio para el período de 1995 a 1997 y ratificada esa elección.

Dice la demandante que el señor Abelardo Rafael Hernández Dávila, que es ingeniero civil, se encuentra en el cuarto grado de consanguinidad con el Concejal del mismo municipio señor Germán José David Bracamonte y en segundo grado de afinidad con el también Concejal de ese municipio señor Rubén Darío Obando Martínez.

Así, estima la demandante violados los artículos 4°, inciso segundo, y 272, inciso sexto, de la Constitución; 48, inciso primero, y 158, inciso segundo, de la Ley 136 de 1994, y 223 numeral 5, y 228 del Código Contencioso Administrativo.

Explica la demandante la violación diciendo que para ser elegido contralor se requiere acreditar título de abogado o título profesional en disciplinas económicas, que no acreditó el elegido, y que los concejos no pueden nombrar, elegir o designar como servidores públicos a personas con las cuales los concejales tengan parentesco

hasta del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, entre otros vínculos, prohibición que fue desconocida.

El demandado dio contestación a la demanda afirmando que había acreditado título universitario cuando solicitó al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería su inclusión en la terna para elegir Contralor del municipio de Tierralta, y que "se presume que el Tribunal, sabe cuáles son las calidades que necesitan por cuanto a más de aceptar su inscripción, fue escogido en terna que envió a esa localidad"; que el artículo 272, inciso sexto, de la Constitución, sólo exige acreditar título universitario, no título de abogado o título profesional en disciplinas económicas, administrativas o financieras, como establece el artículo 158, inciso segundo, de la Ley 136 de 1994, y que la disposición constitucional ha de primar sobre esta última; que no fue acreditado el parentesco de consanguinidad entre el demandado y el Concejal Gemán José Dávila Bracamonte, porque para el efecto se aportó copia de la partida de bautismo, siendo que de conformidad con lo establecido en los artículos 105 y 106 del Decreto 1260 de 1970 ello sólo puede probarse con la correspondiente partida o folio de registro civil o con certificación expedida con base en los mismos; que, por lo mismo, tampoco está probado el parentesco de afinidad del demandado con el Concejal Rubén Darío Obando Martínez; que, no obstante, este último no asistió a la reunión en que se eligió Contralor al demandado, y que el Concejal señor Germán José Dávila Bracamonte votó contra el demandado.

II. LA SENTENCIA APELADA

Es la dictada por el Tribunal Administrativo de Córdoba el 1° de agosto de 1995, mediante la cual declaró la nulidad de los actos de elección y ratificación del señor Abelardo Rafael Hernández Dávila como Contralor del municipio de Tierralta para el periodo de 1995 a 1997, contenidos en las actas números 2 y 3 correspondientes a las sesiones de 6 y 7 de enero de 1995 del Concejo de ese municipio.

Dijo el Tribunal que estaba probado, con las copias de los registros civiles correspondientes, que los señores Abelardo Rafael Hernández Dávila y el Concejal de ese municipio señor Rubén Darío Obando Martínez, se encuentran en segundo grado de parentesco por afinidad legítima, lo cual hace nula la elección de aquel, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la Ley 136 de 1994, según el cual los concejos no pueden nombrar, elegir o designar como servidores públicos a personas con las cuales los concejales tengan parentesco hasta el segundo grado de afinidad, entre otros vínculos.

III. LA APELACION

Contra la sentencia anterior interpuso el demandado el recurso de apelación, que sustentó alegando que las inhabilidades para ser elegido contralor están

establecidas en el artículo 163 de la Ley 136 de 1994, dentro de las cuales no está señalada la que se imputa al demandado; que el literal c) del mismo artículo extiende las inhabilidades a las expresadas en el artículo 95 de la ley, en lo que sea aplicable, y el numeral 8 de este último dispone que no puede ser designado alcalde quien tenga vínculo por matrimonio o unión permanente o de parentesco de segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil con funcionarios del respectivo municipio, lo que indica que ni siquiera en el evento de que los concejales fueran catalogados como funcionarios del municipio y no como servidores públicos existiría inhabilidad, pues los pretendidos parientes del demandante se encuentran en el segundo grado de afinidad y cuarto de consanguinidad; que existe contradicción entre el artículo 48 de la Ley 136 de 1994 y el artículo 292 de la Constitución, según el cual no podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, disposición esta última que sería la aplicable por mandato del artículo 4° constitucional.

Dijo también el demandado que, según la tesis sostenida reiteradamente por esta Sala, el Tribunal debió declararse inhibido para decidir de fondo, por ineptitud sustantiva de la demanda, pues en ella no reposa como anexo la constancia del monto del presupuesto de ese municipio, requisito sin el cual no pueden establecerse las instancias del proceso.

IV. LA OPINION DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuraduría Novena Delegada en lo Contencioso rindió concepto en este proceso.

Dijo la Procuraduría que, de conformidad con lo establecido en los artículos 131, numeral 3, y 132, numeral 4, del Código Contencioso Administrativo, los tribunales administrativos son competentes para conocer de las demandas de nulidad de las elecciones o nombramientos hechos por los concejos municipales en única instancia cuando el municipio no sea capital de departamento o su presupuesto anual ordinario no exceda de $50.000.000 y, en primera instancia, en los demás casos; que es indispensable acreditar el monto del presupuesto del respectivo municipio, cuanto este no sea capital de departamento, para establecer la competencia; que esa prueba debe acompañarse a la demanda o a su reforma, como anexo; qué no es un requisito simplemente formal, sino sustancial, sin el cual no puede determinarse desde el inicio la competencia funcional ni, por consiguiente, el procedimiento establecido; que ha sido ese el criterio de la Sala, que ha considerado que en tales casos el Consejo de Estado está inhibido para decidir la apelación, toda vez que la decisión judicial que decide sobre el fondo del asunto litigioso supone

la existencia de los presupuestos procesales y, entre éstos, el de la competencia del juez y el de demanda en forma, y que la presentación de la prueba pertinente, contentiva del monto del presupuesto municipal, es presupuesto procesal de la demanda.

Con base en tales reflexiones y porque copia del Acuerdo 10 de 1995 expedido por el Concejo de Tierralta contentivo del presupuesto del municipio fue aportado extemporáneamente, dijo la Procuraduría, el Consejo de Estado debe declararse inhibido para conocer del recurso de apelación.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Cuestión Procesal

Dijo la Procuraduría, como quedó expresado, que a la demanda o a su reforma debía acompañarse como anexo la prueba del monto del presupuesto del municipio de que se trate, que no es este un requisito simplemente formal, sino sustancial, sin el cual no puede determinarse desde el inicio la competencia funcional ni, por consiguiente, el procedimiento establecido; que la presentación de la prueba pertinente es presupuesto procesal de la demanda, y que como en este caso no se hizo, el Consejo de Estado ha de declararse inhibido para decidir la apelación, toda vez que la decisión judicial que decide sobre el fondo del asunto supone la existencia de los presupuestos procesales y, entre estos, los de competencia y demanda en forma.

Este, en verdad, es el criterio que ha expresado reiteradamente la Sala, y entre otros mediante auto de 28 de noviembre de 1990 (expediente 492), en que se expresa con todo detalle.

Pues bien, según lo dispuesto en el artículo 131, numeral 3 del Código Contencioso Administrativo, los tribunales administrativos conocerán en única instancia de los procesos de nulidad de las elecciones de miembros de los concejos municipales así como de los que se susciten con motivo de las elecciones o nombramientos hechos por estas corporaciones o por cualquier funcionario u organismo administrativo del orden municipal, cuando el municipio no sea capital de departamento o su presupuesto anual no exceda de $50.000.000, cantidad que con los reajustes dispuestos en el artículo 265 del mismo Código es hoy y desde 1994 de $137.200.000.

Según lo establecido en el artículo 132, numeral 4, conocerán los tribunales en primera instancia de esos mismos procesos, en los demás casos.

Y el Concejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, de todos aquellos de que conocen los tribunales en primera instancia, según

lo dispuesto en los artículos 129, numerales 1 y 2, y 231 del Código Contencioso Administrativo.

Sin embargo, es inexacta la afirmación de que la prueba de ese monto es anexo que debe acompañarse a la demanda o al escrito de su corrección, y que en caso contrario esta resulta inepta. Lo que ha de contener toda demanda y los anexos que deben acompañarse a la misma están señalados en los artículos 137, 138 y 139 del Código Contencioso Administrativo. Ninguna de tales disposiciones, ni ninguna otra, señala entre los anexos que han de acompañarse a la demanda la prueba del monto del presupuesto anual ordinario. No es inepta, pues, la demanda que carezca de lo que no requiere.

Por lo demás, es lo cierto que de los referidos procesos conocen los tribunales administrativos, en todo caso, bien sea en única instancia, bien en primera instancia. Pero resulta indispensable al Consejo de Estado encontrar acreditado el monto del presupuesto anual ordinario del municipio correspondiente, cuando se trate de decidir acerca de los recursos de apelación que se interpusieren. Si así no ocurre, no estaría establecida su competencia y no podría en consecuencia conocer de tales recursos.

Se advierte, finalmente, que el monto del presupuesto no es tema de la prueba, esto es, no es hecho relacionado con la materia debatida o, en los términos del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que se persigue, y, siendo así, no es prueba que sólo pueda decretarse y practicarse dentro de la oportunidad establecida en el artículo 234 del Código Contencioso Administrativo. Es por tanto asunto que puede acreditarse por el demandante, por el demandado u oficiosamente por el tribunal, en cualquier estado del proceso, en el curso de la primera instancia, pero, se repite, resulta indispensable al Consejo de Estado encontrarlo acreditado cuando se trata de decidir acerca de los recursos de apelación que se interpusieren.

En los términos expuestos, la Sala rectifica su jurisprudencia anterior.

Para el caso, aportó la demandante, antes de decidir acerca de la admisión del recurso de apelación, copia del Acuerdo 10 de 1995, expedido por el Concejo de ese municipio, "por medio del cual se modifica el presupuesto de rentas e ingresos y recursos de capital y gastos del municipio de Tierralta para la vigencia fiscal del primero (1°) de enero al treinta y uno (31) de diciembre de 1995", en la cantidad de $3.924.709.230 (folios 108 a 136), lo que quiere decir que correspondió al Tribunal Administrativo de Córdoba conocer del proceso en primera instancia y que corresponde ahora al Consejo de Estado en segunda instancia.

2. **El aspecto de fondo**

Son dos los cargos planteados por la demandante, que se estudiarán en su orden.

a) **Primer cargo**

Según lo dispuesto en el artículo 272, inciso sexto, de la Constitución, para ser contralor se requiere, entre otras calidades, acreditar título universitario. Cualquier título universitario, que en ello la norma constitucional no trae distinciones.

Pero en el artículo 158, inciso segundo, de la Ley 136 de 1994, se exigió acreditar título de abogado o título profesional en disciplinas económicas, administrativas o financieras.

Como se advierte, en ello resultan inconciliables la disposición constitucional y la norma legal, de manera que debe aquélla aplicarse preferentemente, y dejar de aplicarse esta como manda el artículo 4° de la Constitución.

El demandado, que acreditó título universitario de ingeniero civil, (folios 67 y 68) satisfizo así el requisito constitucional.

El cargo entonces no prospera.

b) **Segundo cargo**

Según lo establecido en el artículo 292, inciso segundo, de la Constitución, no pueden ser designados funcionarios del municipio los cónyuges o compañeros permanentes de los concejales, ni sus parientes en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.

Sin embargo, en el artículo 48, inciso primero y parágrafo primero, de la Ley 136 de 1994, fue establecido como causa de inhabilidad en las designaciones que deban hacer los concejos, el parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los concejales.

Entonces, mientras el precepto constitucional permite la designación de parientes por afinidad en el segundo grado, la norma legal lo prohíbe. Esta última, por tanto, resulta incompatible con aquella, y también ha de dejar de aplicarse al caso, en obedecimiento de lo dispuesto en el artículo 4° de la Constitución. Por lo demás, fue este el criterio expresado por la Sala en sentencia de 28 de septiembre pasado (expediente 1.404).

En lo que corresponde, está probado, en conformidad con lo establecido en los artículos 105 y 115 del Decreto 1260 de 1970, con los correspondientes certificados de registro civil expedidos por el Notario Unico del Círculo de Tierralta, que el demandado señor Abelardo Rafael Hernández Avila y la señora Gloria Helena

Obando Martínez son esposos (folio 46), y que esta última es hermana carnal legítima del señor Rubén Darío Obando Martínez, hijos que son ambos de los esposos Martín Obando Angel y Amparo Martínez García (folios 18 y 19), lo que quiere decir que los señores Abelardo Rafael Hernández Avila y Rubén Darío Obando Martínez son parientes en segundo grado de afinidad legítima, todo según lo establecido en los artículos 35 a 49 del Código Civil.

Y está probado también que el señor Rubén Darío Obando Martínez es concejal del municipio de Tierralta, con la certificación que en tal sentido expidió el Registrador Municipal del Estado Civil mediante oficio 265–CDO-R. N (folio 14).

Entonces, en aplicación del precepto constitucional, ha de concluirse que el señor Rubén Darío Obando Martínez no se encontraba inhabilitado.

Por lo demás, no fue acreditado el alegado parentesco de consanguinidad entre el elegido señor Hernández Avila y el Concejal señor Germán José Dávila Bracamonte. Para probar ese parentesco se trajeron al proceso certificados expedidos por el vicario de la parroquia de San José de Tierralta (folio 16) y el párroco de Nuestra señora de La Candelaria de Planeta Rica (folio 17), en los que se indica que son abuelos comunes de ambos los señores Abraham Dávila y Casilda Bula. Sin embargo, según lo dispuesto en el artículo 105 del Decreto 1260 de 1970 los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, ocurridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1938, han de probarse con copias de las correspondientes partidas o folios de registro del Estado Civil o con certificados expedidos con base en los mismos.

Se trajo, sí, el certificado expedido por el Notario Unico del Círculo de Tierralta, que prueba que el señor Dávila Bracamonte es hijo de los señores Arturo de Jesús Dávila Bula y María del Cristo Bracamonte Díaz, pero este documento, por sí solo, no prueba el parentesco con el señor Abelardo Rafael Hernández Dávila.

Pero, sea como fuere, y según los certificados eclesiásticos, el parentesco del señor Hernández Dávila y Dávila Bracamonte sería del cuarto grado de consanguinidad, como resulta de lo establecido en los artículos 35 y 37 del Código Civil, y en lo pertinente haría lugar también a aplicar preferentemente el artículo 292, inciso segundo, de la Constitución, y dejar de aplicar el artículo 48, inciso primero y parágrafo primero, de la Ley 136 de 1994.

El cargo, pues, no prospera.

3. **Conclusión**

Es conclusión de todo lo anterior que hay lugar a proferir decisión de mérito y que, en lo que es materia de examen, el señor Abelardo Rafael Hernández Avila

cumplió los requisitos y se encontraba habilitado para ser elegido contralor, en conformidad con lo establecido en los artículos 272, inciso sexto, y 292, inciso segundo de la Constitución.

Siendo así, la sentencia del Tribunal habrá de revocarse.

V. DECISION

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:

Revócase la sentencia de 1° de agosto de 1995 dictada por el Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante la cual declaró la nulidad de los actos de elección y ratificación del señor Abelardo Rafael Hernández Avila como Contralor del municipio de Tierralta para el período de 1995 a 1997, contenidos en las actas números 2 y 3 correspondientes a la sesiones de 6 y 7 de enero de 1995 del Concejo de ese municipio.

En su lugar, deniéganse las pretensiones de la demanda.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Esta sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del nueve (9) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Mario Alario Méndez; Mirén de la Lombana de Magyaroff; Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

LEY ELECTORAL - Aplicación / REGIMEN DE INHABILIDADES - Alcalde / REGIMEN DE INHABILIDADES DE ALCALDES - Ley en el tiempo

Considera la Sala conveniente recordar que su posición sobre la vigencia y aplicación de la Ley 136 de 1994 en cuanto establece en su artículo 95 el régimen de inhabilidades para los alcaldes, respecto a las elecciones realizadas el 30 de octubre de 1994, ha sido fijada en el sentido de que desde el 2 de junio de 1994 fecha en que fue promulgada, entró a regir dicha ley y dada la materia que regula, especialmente sobre restricciones de derechos amparados por leyes anteriores, sus efectos fueron inmediatos desde su vigencia en consideración al mandato contenido en el artículo 18 de la Ley 153 de 1887, o sea, que para tales elecciones tuvo plena aplicación el régimen de inhabilidades allí establecido.

ALCALDE - Inhabilidades / CELEBRACION DE CONTRATO - Orden de trabajo

Obra en el plenario, la orden de trabajo de este documento contrariamente a lo que sostiene la parte demandada, se desprende la existencia de un verdadero contrato regido por varias cláusulas. Por manera que carece de fundamento las apreciaciones en el sentido de que en el evento *sub examine* la orden de trabajo no se equipara a un contrato de esta naturaleza, puesto que en aquella se da también las condiciones de formar al constar por escrito y de perfeccionamiento al existir acuerdo sobre el objeto y la contraprestación (artículo 39 y 41 *ibidem*) aspectos regulados en las cláusulas primera y segunda del contrato. Respecto a la empresa electrificadora de Santander S. A., es indudable que se trata de una sociedad de Economía Mixta descentralizada indirecta del orden nacional. Teniendo en cuenta la fecha del contrato 18 de febrero de 1994 y la de inscripción del demandado como candidato a la alcaldía de Aratoca agosto 25 del mismo año al confrontar el

tiempo transcurrido entre estas dos fechas, resulta evidente que el citado ciudadano no podía ser elegido en esa posición, por cuanto el contrato lo celebró durante el término establecido como inhabilidad en el artículo 95 numeral 5 de la Ley 136 de 1994, norma que por tales razones fue quebrantada al expedirse el acto de elección cuya nulidad se demanda, pretensión que debe salir avante porque el cargo está llamado a prosperar.

ALCALDES - Inhabilidades / PARENTESCO - Demostración / ESTADO CIVIL - Prueba

El segundo cargo derivado del parentesco de afinidad no fue demostrado en el proceso, conclusión a la que se llega después de examinar los documentos aportados como prueba para este fin y establecer la calidad de hermanos de José Benedicto y Rosa Moreno Quintero, sólo se allegó el registro civil de nacimiento de aquél y de ésta se presentó la partida de bautismo de origen eclesiástico documento que conforme al artículo 106 del Decreto 1260 de 1970, no hace fe en el proceso, porque los hechos y actos relacionados con el Estado Civil de las personas ocurridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1938, se probarán con copia de la correspondiente partida a folio o con certificados expedidos con base en los mismos, según el artículo 105 *ibidem*.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencìoso Administrativo - Sección Quinta.

Santa Fe de Bogotá, D. C., noviembre dieciséis (16) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Referencia: Expediente número 1456.

Electoral - Segunda Instancia.

Actor: Benjamín Herrera Barbosa.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandado, contra la sentencia que declaró la nulidad del acto de elección impugnado en este proceso.

ANTECEDENTES

LA ACCION Y SUS FUNDAMENTOS

Actuando en su propio nombre el abogado Benjamín Herrera Barbosa demandó ante el Tribunal Administrativo de Santander, la nulidad del acto administrativo mediante el cual, la Comisión Escrutadora Municipal de Aratoca con fecha 1° de noviembre de 1994, declaró elegido como alcalde de esta localidad para el período 1995-1997, al señor José Benedicto Moreno Quintero. Consecuencialmente solicita la cancelación de su credencial.

Dice la demanda que el prenombrado ciudadano se inscribió como candidato para ese cargo el 25 de agosto de 1994 por el partido liberal colombiano y que realizadas las elecciones el 30 de octubre de 1994, la Comisión Escrutadora Municipal de Aratoca a los dos días siguientes luego de verificar las actas de los jurados, lo declaró elegido alcalde.

El señor Moreno Quintero "contrató con la Electrificadora de Santander la poda y limpieza de las líneas de baja tensión en las veredas 'San Antonio', 'El Curo', 'Pomarroso' y 'Chiflos' del municipio de Aratoca, según orden de servicio radicada al ZNSGL 025".

El 4 de marzo de 1994, una vez ejecutado el trabajo y en cumplimiento del contrato mentado, José Benedicto Moreno presentó a la Electrificadora de Santander la cuenta de cobro por $ 356.400.00, entidad que expidió la resolución número 0.123 de marzo 17 de 1994, sobre reconocimiento y pago de esta suma, pago que fue efectivo según comprobante número 143 de marzo 24 y cheque número 2535446 de la Caja Agraria.

La Electrificadora de Santander es una sociedad anónima de economía mixta vinculada al sector administrativo del Ministerio de Minas y Energía.

De acuerdo con la fecha de inscripción como candidato -25 de agosto de 1994- y la de celebración de contrato –18 de febrero de 1994– a juicio del actor, el señor Moreno Quintero está incurso en la causal de inhabilidad contemplada en el artículo 95 numeral 5 de la Ley 136 de 1994.

Afirma, igualmente que el demandado también está incurso en la causal prevista en el numeral 9 de la citada ley, por cuanto es hermano de Rosa Moreno Quintero esposa de José Vicente Rico Niño quien el día 26 de agosto de 1994, inscribió su candidatura al Concejo de Aratoca por el partido liberal colombiano, período 1995-1997, existiendo por tanto un parentesco en segundo grado de afinidad.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTOS DE VIOLACION

Se invocan como transgredidos los artículos 228 del C.C.A; 95 numerales 5 y 9 de la Ley 136 de 1994, reiterándose en el concepto los mismos argumentos del libelo introductorio.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Mediante apoderado apoderado legalmente constituido el señor José Benedicto Moreno dentro del término de fijación en lista, presentó escrito de oposición a la demanda (fls. 38 y ss.) bajo los siguientes argumentos: "En el derecho público el término contrato no tiene la extensión que tiene la palabra en el ámbito común y vulgar de acuerdo de voluntades. No. En el derecho público y administrativo el contrato es un acto solemne entre particulares y entidades oficiales o entre éstas y que debe llevar una serie de requisitos SIN EN CUA NON (sic) o no es contrato o se convierten en otra figura legal. Una simple orden de trabajo es un acto unilateral de la empresa o entidad que puede o no vincular al particular. En otras palabras: unilateralmente la electrificadora decidió ordenar al particular José Benedicto Moreno que hiciera limpieza a unas líneas eléctricas, pero el particular Moreno podía o no aceptar tal orden. La contratación administrativa dista mucho de ser igual a la contratación de particulares. Entre éstos el solo acuerdo de voluntades constituye un contrato y tiene plena validez, salvo ciertos que requieren de formalidades. Entre aquéllos es indispensable que se llenen los requisitos que la ley exige para cada tipo de contrato o de lo contrario el acuerdo es inexistente.

"Cuando la Ley 136 se refiere a la celebración de contratos se está refiriendo, obviamente, a los contratos administrativos o de la administración.

"Es claro, entonces, que si bien la orden de trabajo se produjo y ejecutó dentro del año anterior a la elección dicha actuación no inhabilita al señor Moreno para ejercer la alcaldía de Aratoca por cuanto no existe documento alguno que como contrato se hubiese firmado entre las partes".

Finalmente solicita al Tribunal no darle validez alguna a las partidas eclesiásticas allegadas por el actor, por no ser documentos idóneos y tampoco a las fotocopias de los documentos allegados como pruebas del contrato, por carecer de autenticación siendo apócrifos.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Santander con fecha 28 de julio de 1995 (fls. 101 y ss.), acogió las súplicas de la demanda, al encontrar probado el contrato celebrado entre el señor José Benedicto Moreno Quintero y la Electrificadora de Santander durante el año anterior a su inscripción como candidato a la Alcaldía de

Aratoca, circunstancia que en su opinión lo inhabilitaba para ejercer este cargo público, conforme a lo establecido en el artículo 95 numeral 5 de la Ley 136 de 1994.

En su análisis el Tribunal no acepta los criterios del apoderado de la parte demandada, para desconocerle el carácter de contrato administrativo a la prestación del servicio realizada por el demandado, anotando al respecto que si bien es cierto esta prestación de servicios de acuerdo con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, está desprovista de formalidades y de solemnidades como ocurre normalmente en los contratos, de todas formas constituye un claro contrato estatal puesto que se insertaron los elementos esenciales de ese negocio jurídico bilateral y fue suscrito con una sociedad descentralizada indirecta, perteneciente al orden nacional y vinculada al sector administrativo del Ministerio de Minas y Energía.

En lo que atañe con el segundo cargo referido al parentesco de afinidad previsto como inhabilidad en el artículo 95 numeral 9 de la Ley 136, basado en la documentación allegada al proceso, que analiza en forma integral, concluye en que para la época de inscripciones los señores Moreno Quintero y Rico Niño tenían vínculos de parentesco dentro del segundo grado de afinidad, por encontrarse este último casado con la señora Rosa, hermana del actual burgomaestre y por tanto se dan los presupuestos de la disposición.

EL RECURSO DE APELACION

Haciendo uso de este medio de impugnación, el apoderado del demandado (fls. 122 y ss.), solicita se revoque la sentencia y en su lugar se desestimen las peticiones de la parte demandante.

Insiste en su argumento inicial de que la orden de trabajo recibida de la Electrificadora de Santander no puede equiparse a contrato en el sentido estricto a que se refiere la Ley 136 de 1994. El contrato es un acto bilateral en tanto que la orden de trabajo es un acto administrativo unilateral que se fundamenta en la potestad de la autoridad y que el particular acepta o desecha sin lugar a discutir las condiciones como si se hace en el contrato propiamente dicho.

Aduce en relación con el parentesco que éste no se probó en el proceso.

Planteada que la Ley 136 no le es aplicable a este caso, puesto que es posterior a la firma o expedición de la orden de trabajo y no se le pueden dar efectos retroactivos en aras de la seguridad jurídica.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

La distinguida colaboradora del Ministerio Público, en primer término, fija su posición respecto a la aplicación de la Ley 136 de 1994 en relación con los comicios

del 30 de octubre de este mismo año y con fundamento en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil sobre el tema, considera incuestionable que para el 25 de agosto de 1994 fecha de inscripción del candidato dicha ley estaba en vigencia siendó de obligatorio cumplimiento para quienes aspiraron a cargos de elección popular en los precitados comicios.

Respecto al primer cargo estima que la orden de trabajo ZNSGL-025 que le fue dada al alcalde electo, es un contrato, que si bien no esta sometido a formalidades y requisitos especiales, en el sí hay un acuerdo de voluntades que produce obligaciones a las partes. Concluye por tanto que esta contratación produjo la inelegibilidad del alcalde, y que por estar plenamente demostrada se abstenía de emitir concepto sobre el segundo cargo. Solicita finalmente se confirme la sentencia.

CONSIDERACIONES

Corresponde en esta oportunidad a la Sala, establecer si el acto de elección del ciudadano José Benedicto Moreno Quintero como alcalde del municipio de Aratoca (Santander) para el período de 1995-1997 es violatorio del artículo 95 numerales 5 y 9 de la Ley 136 de 1994 como lo predica la demanda. Según esta norma no podrá ser elegido ni designado alcalde quien:

Artículo 95. Inhabilidades. No podrá ser elegido ni designado alcalde quien:

(...)

5) Durante el año anterior a su inscripción haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio, o en el de terceros o haya celebrado por sí, o por interpuesta persona, contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

9) Esté vinculado por matrimonio, unión permanente o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con personas que se hubieren inscrito por el mismo partido o movimiento para la elección de miembros al concejo municipal respectivo.

(...)

La transgresión del precepto en sus disposiciones transcrito según el libelo introductorio, deriva:

a) De un contrato celebrado por el señor José Benedicto Moreno Quintero, con la Electrificadora de Santander, para poda y limpieza de las líneas de baja tensión en las veredas de San Antonio, El Curo, Pomarroso y Chiflas, jurisdicción del municipio de Aratoca, contrato del cual en la demanda se dan los detalles de la fecha de celebración, el precio acordado y la forma en que se cumplió el pago, y

b) Del supuesto grado de parentesco existente entre el demandado y el señor José Vicente Rico Niño, quienes el 25 de agosto de 1994 se inscribieron como candidatos a la Alcaldía y Concejo de Aratoca, por el Partido Liberal Colombiano, respectivamente.

Antes de entrar al estudio de las dos causales de nulidad invocadas, y con el fin de responder las inquietudes formuladas pro el demandado y su apoderado al descorrer los traslados para alegar, considera la Sala conveniente recordar que su posición sobre la vigencia y aplicación de la Ley 136 de 1994 en cuanto establece en su artículo 95 el régimen de inhabilidades para los alcaldes, respecto a las elecciones realizadas el 30 de octubre de 1994, ha sido fijada entre otros fallos, en el dictado el 14 de julio de 1995 expediente número 1310 y el 6 de octubre del mismo año en el expediente número 1427, en el sentido de que desde el 2 de junio de 1994 fecha en que fue promulgada, entró a regir dicha ley y dada la materia que regula, especialmente sobre restricciones de derechos amparados por leyes anteriores, sus efectos fueron inmediatos desde su vigencia en consideración al mandato contenido en el artículo 18 de la Ley 153 de 1887, o sea, que para tales elecciones tuvo plena aplicación el régimen de inhabilidades allí establecido.

Precisado este aspecto y volviendo al estudio de los cargos, encuentra la Sala que el primero, se halla plenamente demostrado en el proceso, tal como concluyó el Tribunal y conceptuó la Procuradora Delegada (E.).

En efecto los elementos probatorios regular y oportunamente allegados y valorados en su eficacia legal conducen a esa afirmación. Ahora, si bien algunos de los documentos presentados por la parte actora para acreditar la existencia del contrato no gozan de autenticidad, por esa sola razón no puede clasificárseles de "apócrifos" como equivocadamente lo sostiene el apoderado del demandado y porque además es la misma ley (art. 25 D.L. 2651/91) prorrogada su vigencia por la Ley 192 de 1995 artículo 1° que los reputa auténticos a falta de este requisito.

Obra en el Plenario la orden de trabajo de este documento contrariamente a lo que sostiene la parte demandada, se desprende la existencia de un verdadero contrato regido por varias cláusulas. Mediante la primera que comprende su objeto el señor José Benedicto Moreno se obliga con la Empresa Electrificadora de Santander S. A., bajo su exclusiva dirección y responsabilidad a ejecutar tareas de mantenimiento en redes de baja tensión, en distintos lugares del municipio de Aratoca. En la segunda, se pacta la suma de $356.400 como precio del contrato; en la tercera se acuerda su forma de pago; en la cuarta el plazo para realizar la labor contratada y así sucesivamente se leen en el documento, además de las mencionadas, otras estipulaciones propias de los contratos estatales (art. 40 Ley 80/93). Por manera que carecen de fundamento las apreciaciones en el sentido de que en el

evento *sub examine* la orden de trabajo no se equipara a un contrato de esta naturaleza, puesto que en aquella se dan también las condiciones de forma al constar por escrito y de perfeccionamiento al existir acuerdo sobre el objeto y la contraprestación (arts. 39 y 41 *ibidem*) aspectos regulados en las cláusulas primera y segunda del contrato como atrás se indicó, a lo que se agrega su cumplimiento por parte del contratista y el pago efectuado por la empresa contratante, como lo acreditan la cuenta de cobro, el comprobante de pago, la Resolución número 00123 de marzo 17 de 1994 y acta de recibo que en fotocopias autenticadas existen a folios 62, 64, 65 y 70.

Respecto a la Empresa Electrificadora de Santander S. A., es indudable que se trata de una sociedad de economía mixta descentralizada indirecta del orden nacional.

Teniendo en cuenta la fecha del contrato 18 de febrero de 1994 y la de inscripción del demandado como candidato a la Alcaldía de Aratoca agosto 25 del mismo año al confrontar el tiempo transcurrido entre estas dos fechas, resulta evidente que el citado ciudadano no podía ser elegido en esa posición, por cuanto el contrato lo celebró durante el término establecido como inhabilidad en el artículo 95 numeral 5 de la Ley 136 de 1994, norma que por tales razones fue quebrantada al expedirse el acto de elección cuya nulidad se demanda, pretensión que debe salir avante porque el cargo está llamado a prosperar.

El segundo cargo derivado del parentesco de afinidad no fue demostrado en el proceso, conclusión a la que se llega después de examinar los documentos aportados como prueba para este fin y establecer, que para acreditar la calidad de hermanos de José Benedicto y Rosa Moreno Quintero, sólo se allegó el registro civil de nacimiento de aquel y de ésta se presentó la partida de bautismo de origen eclesiástico documento que conforme el artículo 106 del Decreto 1260 de 1970, no hace fe en el proceso, porque los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas ocurridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1938, se probarán con copia de la correspondiente partida o folio con certificados expedidos con base en los mismos, según el artículo 105 *ibidem*.

Con esta sola deficiencia se torna incompleta la prueba tendiente a acreditar el parentesco en segundo grado de afinidad, que según la demanda existe entre el demandado y el señor José Vicente Rico Niño, prueba que al no alcanzar su plenitud el cargo que en ella se sustenta, no puede tener vocación de prosperidad. Como la tesis del Tribunal es contraria a la aquí expuesta, la Sala no la comparte porque basada en indicios da por establecido el grado de parentesco alegado y consecuentemente, los presupuestos de la inhabilidad que consagra el numeral 9 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, desconociendo el texto de los artículos 105 y

106 del Decreto 1260 de 1970, que señalan cómo se prueba el estado civil de las personas y cuál es el trámite a seguir en caso de falta de las respectivas partidas o folios.

Con esta salvedad y en vista de la prosperidad del primer cargo, la sentencia deberá ser confirmada.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia mediante la cual el Tribunal Administrativo de Santander, el 28 de julio de 1995, declaró la nulidad de la elección del señor José Benedicto Quintero Moreno, como alcalde del municipio de Aracota (Santander), para el período 1995-1997 dejando sin efecto la respectiva credencial, en firme la decisión vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Mirén de la Lombana de Magyaroff, Mario Alario Méndez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NOTA RE RELATORIA: Reiteración Jurisprudencia de la sentencia del 14 de julio de 1995, expediente 1310 y 6 de octubre de 1995 expediente 1427.

PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Excepciones de fondo / EXCEPCIONES PREVIAS EN EL PROCESO CONTENSIOSO ADMINISTRATIVO - Trámite / DEMANDA EN FORMA - Presupuesto procesal

En los procesos contencioso administrativos sólo son admisibles las excepciones de fondo, que son las que se oponen a la prosperidad de la pretensión y respecto de las cuales se decide en la sentencia, según lo establecido en el art. 164 del Código Contencioso Administrativo. Sin embargo, las denominadas excepciones previas, que son las referidas al procedimiento y que en el proceso civil se propone dentro de la oportunidad para dar contestación a la demanda y se deciden previamente y a través de incidente, según lo establecido en los arts. 97, 98, 99 del Código de Procedimiento Civil, pueden alegarse en los procesos contencioso administrativos como impedimentos procesales, que imposibilitan la decisión de fondo, como ocurre cuando no están reunidos los presupuestos procesales. Uno de los presupuestos procesales es, precisamente, la demanda presentada en la debida forma, con sujeción a la ley, a falta de la cual, esto es, cuando la demanda es inepta, el pronunciamiento ha de ser inhibitorio. Pues bien, según lo establecido en el art. 137, numeral 4, del Código Contencioso Administrativo, en la demanda deben indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de la violación. El demandante satisface el requisito señalado indicando las disposiciones que estime violadas y explicando el concepto de la violación alegada. Cuando es errónea o incompleta la indicación de las disposiciones violadas, no por ello resulta inepta la demanda, sólo que ésta no podría prosperar, si se tiene en cuenta que, como resulta de la disposición referida, el control de legalidad se limita a las normas que se dicen violadas y al motivo de la violación alegada en la demanda.

CONGRESO - Funciones / CONTRALOR GENERAL DE LA REPUBLICA - Elección / SENADO - Funciones / PROCURADOR GENERAL DE LA NACION - Elección / NORMA CONSTITUCIONAL TRANSITORIA - Interpretación

Entiende la Sala que art. transitorio 36 C. N. emplea el vocablo Congreso en sentido genérico, para denotar que la elección del Contralor General de la República, de conformidad con lo establecido en el art. 267, inciso cuarto, de la Constitución, corresponde al Congreso en pleno, y que la elección de Procurador General de la Nación, según lo dispuesto en el art. 276 de la misma, corresponde al Senado, que es órgano del congreso. Dice el art. 30 del Código Civil que el contexto de la ley ha de servir para ilustrar el sentido de cada una de sus partes de manera que haya entre todas la debida correspondencia y armonía. Por lo demás, el art. transitorio 36 constitucional no tuvo otro propósito que el de señalar que, no obstante que el 27 de octubre de 1991 sería elegido nuevo Congreso que se instalaría el 1° de diciembre del mismo año y tendría el período que terminaba en 1994 según lo dispuesto en los arts. transitorios 1° y 3° de la Constitución, quienes desempeñaban entonces los cargos de Contralor General de la República y Procurador General de la Nación permanecerían en esos cargos, hasta cuando el Congreso que se elegirá para el período constitucional de 1994 a 1998 realizara nuevas elecciones, mas no alterar la competencia dispuesta en el art. 276 y sólo ésta, para elegir Procurador General de la Nación.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., diecisiete (17) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Mario Alario Méndez.*

Radicación número 1167.

Referencia: Electoral

Autor: Camilo José Peraza Vengoechea.

Cumplido el trámite legalmente establecido, procede la Sala a dictar sentencia.

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Camilo José Peraza Vengoechea demandó fuera declarado nulo el acto de elección del doctor Orlando Vásquez Velásquez como Procurador General de la Nación para el período de 1994 a 1988, contenido el acta número 3 correspondiente a la Sesión Plenaria del Senado de 2 de agosto de 1994.

Alega el demandante que ese acto es violatorio del artículo 36 transitorio de la Constitución, porque según tal disposición correspondía al Congreso de la República elegido para el período de 1994 a 1988 realizar esa elección integrado por el Senado y la Cámara, por virtud de lo establecido en el artículo 114, inciso segundo de la Constitución, y no al Senado, que la realizó.

El ciudadano Hernán Antonio Barrero Bravo intervino en el proceso para oponerse a las pretensiones de la demanda. Dijo el opositor que el término Congreso empleado en el artículo transitorio 36 constitucional nada tiene que ver con la reunión en un solo cuerpo de ambas Cámaras para elegir al Procurador General de la Nación, sino que está utilizado en forma genérica, como que trata a un tiempo de la elección de Contralor General de la República, que es elegido por el Congreso en pleno, según lo dispuesto por el artículo 267 de la Constitución, y de la elección de Procurador General de la Nación, que corresponde al Senado, según el artículo 276 de la Constitución; que la Constitución utiliza en varios artículos el término Congreso, sin que ello signifique la reunión en un solo cuerpo de ambas Cámaras; que cuando de esto se trata las normas constitucionales expresan las palabras Congreso en pleno, entre otras los artículos 135, 145, 146 y 267; que el artículo 141 de la Constitución contiene el concepto de Congreso en pleno en cuanto señala en qué casos el Congreso ha de reunirse en un solo cuerpo, que el artículo 315 de la ley 5ª de 1992 no deja dudas acerca de la competencia del Senado para elegir al Procurador General de la Nación, y que ésta última norma no se indicó como violada, como debió hacerse, en razón a que la justicia administrativa es rogada.

Intervino también el ciudadano Rodrigo López Escudero para coadyuvar las peticiones del demandante.

El demandado, doctor Vásquez Velásquez, contestó la demanda, por conducto de apoderado, alegando que el artículo transitorio 36 de la Constitución no tuvo como objeto extender el período de quienes desempeñaban los cargos de Contralor General de la República y Procurador General de la Nación al momento de expedirse la nueva Constitución, mas no alterar las normas constitucionales permanentes relativas a la elección de Procurador General de la Nación; que siendo que el Contralor General de la República y el Procurador General de la Nación son elegidos por el Congreso en pleno y por el Senado, en su orden, según lo dispuesto en los

artículos 267 y 276 constitucionales, y la norma transitoria en cuestión se refiere simultáneamente a uno y a otro, engloba por ello en una sola redacción las dos elecciones a cargo del Congreso, y que cuando la Constitución y las leyes emplean la palabra Congreso no siempre se trata de la reunión de las dos Cámaras, pues cuando éstas han de sesionar conjuntamente o se reúnen para ejercer de consuno determinadas competencias, la Constitución no se limita a designar al Congreso, simplemente, sino que agrega las expresiones en pleno o en un solo cuerpo, como ocurre en los artículos 141 y 267 transitorio 15.

Propuso el demandado la que denominó excepción de ineptitud de la demanda, por no estar fundada en ninguna de las causales de nulidad establecidas en los artículos 223, 227 y 228 del Código Contencioso Administrativo, a las que se encuentra circunscrita la acción electoral.

Alegó también de conclusión el demandado, por conducto de apoderado, aduciendo razones semejantes.

II. LA OPINION DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador General de la Nación *ad hoc,* doctor Saúl Flórez Enciso, designado para que interviniera en este proceso, frente al impedimento expresado por las Procuradurías Novena y Décima Delegadas ante el Consejo de Estado, doctoras María Stella Pena de Méndez y Alicia Rubiano A., rindió concepto el 11 de septiembre de 1995.

Dijo el Procurador que era inepta la demanda y que por ello la pretensión no podía prosperar, pues para ello se requiere demostrar que el acto de elección impugnado está afectado por alguna de las causales que determinan la nulidad de los actos electorales, taxativamente establecidas en los artículos 223 y 228 del Código Contencioso Administrativo.

Dijo también el Procurador que la justicia que imparte la jurisdicción de lo contencioso administrativo es rogada, y que por ello no puede pronunciarse sobre hechos o normas que no se mencionaron en la demanda, como tampoco sobre conceptos de violación que no hayan sido expresamente señalados por el demandante, y que teniendo en cuenta que entre las causales de nulidad establecidas en el artículo 223 del Código Contencioso Administrativo no se encuentra la referida en la demanda, no puede la Sala declararla, porque carece de competencia para ello, y por cuanto tampoco es causal de nulidad expresamente señalada en la ley.

Alegó también el Procurador que cuando en la Constitución se emplea la palabra Congreso no se refiere a la reunión de las dos Cámaras, pues si así fuera lo habría señalado expresamente con las calificaciones que emplea en tales eventos, a saber, Congreso en un solo cuerpo o Congreso pleno, en los artículos 141, 145 y

146; que cuando el artículo 36 transitorio invocado como norma infringida se refirió al Congreso, lo hizo en sentido genérico, amplio, como institución legislativa, pero con las diferencias en las funciones que a cada cámara corresponden, lo que significa que al señalar las nuevas elecciones del Contralor General de la República y Procurador General de la Nación en el Congreso, lo hizo con la clara comprensión de que para el primero sería el Congreso en pleno, según el artículo 267, y para el segundo el Senado, como está ordenado en el artículo 276, y que el artículo 141 señaló los casos en que el Congreso se reúne en un solo cuerpo, lo que excluye la interpretación equivocada del demandante.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Cuestión procesal

El demandado planteó, ya se dijo, la que denominó excepción de ineptitud de la demanda, porque no está fundada en ninguna de las causales de nulidad establecidas en los artículos 223, 227 y 228 del Código Contencioso Administrativo.

Por las mismas razones el Procurador alegó también la ineptitud de la demanda.

Como en ocasiones anteriores, advierte la Sala que en los procesos contencioso administrativos sólo son admisibles las excepciones de fondo, que son las que se oponen a la prosperidad de la pretensión y respecto de las cuales se decide en la sentencia, según lo establecido en el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo.

Sin embargo, las denominaciones excepciones previas, que son las referidas al procedimiento y que en el proceso civil se proponen dentro de la oportunidad para dar contestación a la demanda y se deciden previamente y a través de incidente, según lo establecido en los artículos 97, 98 y 99 del Código de Procedimiento Civil, pueden alegarse en los procesos contencioso administrativos como impedimentos procesales, que imposibilitan la decisión de fondo, como ocurre cuando no están reunidos los presupuestos procesales.

Uno de los presupuestos procesales es, precisamente, la demanda presentada en la debida forma, con sujeción a la ley, a falta de la cual, esto es, cuando la demanda es inepta, el pronunciamiento ha de ser inhibitorio.

Con la precisión anterior será examinada la alegada ineptitud de la demanda.

Pues bien, según lo establecido en el artículo 137, numeral 4 del Código Contencioso Administrativo, en la demanda deben indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de la violación. El demandante satisface el requisito señalado indicando las disposiciones que estime violadas y explicando el concepto de la violación alegada. Cuando es errónea o incompleta la indicación de las disposiciones

violadas, no por ello resulta inepta la demanda, sólo que ésta no podría prosperar, si se tiene en cuenta que, como resulta de la disposición referida, el control de legalidad se limita a las normas que se dicen violadas y al motivo de la violación alegado en la demanda.

El demandante, que señaló como violado el artículo transitorio 36 constitucional y explicó el concepto de la violación que alega, satisfizo el requisito legal establecido en el artículo 137, numeral 4, del Cógido Contencioso Administrativo.

La demanda, pues, no es inepta.

2. **El asunto de fondo**

El artículo 141 de la Constitución dice así:

"Artículo 141. El Congreso se reunirá en un solo cuerpo únicamente para la instalación y clausura de sus sesiones, para dar posesión al Presidente de la República, para recibir a jefes de Estado o de gobierno de otros países, para elegir Contralor General de la República y Vicepresidente cuando sea menester reemplazar al electo por el pueblo, así como decidir sobre la moción de censura, con arreglo al artículo 135.

En tales casos el Presidente del Senado y el de la Cámara serán respectivamente Presidente y Vicepresidente del Congreso."

El artículo 267, inciso cuarto, de la misma, establece:

"Artículo 267...

El Contralor será elegido por el Congreso en pleno en el primer mes de sus sesiones para un período igual al de Presidente de la República, de terna integrada por candidatos presentados a razón de uno por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, y no podrá ser reelegido para el período inmediato ni continuar en ejercicio de sus funciones al vencimiento del mismo. Quien haya ejercido en propiedad este cargo no podrá desempeñar empleo público alguno del orden nacional, salvo la docencia, ni aspirar a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones.

..."

Y el artículo 276:

"Artículo 276. El Procurador General de la Nación será elegido por el Senado, para un período de cuatro años, de terna integrada por candidatos del Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado."

Tales disposiciones señalan el entendimiento que ha de darse al artículo transitorio 36 de la Constitución, cuyo texto es el siguiente:

> "ARTICULO TRANSITORIO 36. Los actuales Contralor General de la República y Procurador General de la Nación continuarán en el ejercicio de sus cargos, hasta tanto el Congreso elegido para el período constitucional de 1994-1998, realice la nueva elección, la que debe hacer dentro de los primeros treinta días siguientes a su instalación."

Así, entiende la Sala que el art. Transitorio 36 C. N. emplea el vocablo Congreso en sentido genérico, para denotar que la elección del Contralor General de la República, de conformidad con lo establecido en el artículo 267, inciso cuarto, de la Constitución, corresponde al Congreso en Pleno, y que la elección del Procurador General de la Nación, según lo dispuesto en el artículo 276 de la misma, corresponde al Senado, que es órgano del Congreso.

Dice el artículo 30 del Código Civil que el contexto de la ley ha de servir para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas la debida correspondencia y armonía.

Por lo demás, el artículo transitorio 36 constitucional no tuvo otro propósito que el de señalar que, no obstante que el 27 de octubre de 1991 sería elegido nuevo Congreso que se instalaría el 1° de diciembre del mismo año y tendría el período que terminaba en 1994 según lo dispuesto en los artículos transitorios 1° y 3° de la Constitución, quienes desempeñaban entonces los cargos de Contralor General de la República y Procurador General de la Nación permanecerían en esos cargos, hasta cuando el Congreso que se eligiera para el período constitucional de 1994 a 1998 realizara nuevas elecciones. Mas no alterar la competencia dispuesta en el artículo 276, y sólo está, para elegir Procurador General de la Nación.

3. **Conclusión**

Lo anterior es bastante para denegar las pretensiones de la demanda, y señalar que, en lo que es materia de examen, la elección del Procurador General de la Nación se ajustó a lo dispuesto en la Constitución.

IV. DECISION

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:

Deniéganse las pretensiones de la demanda.

En firme esta providencia, archívese el expediente.

Notifíquese y cúmplase.

Esta sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de dieciséis (16) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Amado Gutiérrez Velázquez, Presidente, *Mario Alario Méndez, Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

PROCURADOR GENERAL DE LA NACION - Elección / IMPEDIMENTO - Terna para Procurador

Dice la consejera, doctora de la Lombana de Magyaroff, que estima encontrarse incursa en la causal de impedimento prevista en el art. 150, numeral 1, del Código de Procedimiento Civil, por cuanto como integrante de la Sala Plena del Consejo de Estado participó en la postulación de uno de los candidatos que hizo parte de la terna de que fue elegido el Procurador General de la Nación, y más aún porque el elegido fue precisamente el candidato postulado por el Consejo de Estado. Se examina en este proceso la elección del doctor Orlando Vásquez Velásquez como Procurador General de la Nación, realizada por el Senado. Se controvierte la elección misma, porque se alega que era competencia para realizar esa elección no el Senado, que la hizo, sino el Congreso en pleno, integrado por el Senado y la Cámara de Representantes. Pero la integración de la terna de que fue elegido, en cuya elaboración participó el Consejo de Estado, es materia ajena a la controversia. Por tanto, ninguna relación tiene lo que se examina con la actuación cumplida por el Consejo de Estado.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta,

Santa Fe de Bogotá, D. C., diecisiete (17) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Mario Alario Méndez.*

Radicación número 1167.

Referencia: Electoral.

Actor: Camilo José Peraza Vengoechea.

Decide la Sala acerca del impedimento manifestado por la Consejera de Estado doctora Miren de la Lombana de Magyaroff para conocer de este proceso.

Dice la Consejera, doctora de la Lombana de Magyaroff, que estima encontrarse incursa en la causal de impedimento prevista en el artículo 150, numeral 1, del Código de Procedimiento Civil, por cuanto como integrante de la Sala Plena del Consejo de Estado participó en la postulación de uno de los candidatos que hizo parte de la terna de que fue elegido el Procurador General de la Nación, y más aún porque el elegido fue precisamente el candidato postulado por el Consejo de Estado.

El artículo 150, numeral 1, del Código de Procedimiento Civil, dice así:

"Artículo 150. Causales de recusación. Son causales de recursación las siguientes:

1. Tener el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil interés directo o indirecto en el proceso.

..."

Se examina en este proceso la elección del doctor Orlando Vásquez Velásquez como Procurador General de la Nación, realizada por el Senado.

Se controvierte la elección misma, porque se alega que era competente para realizar esa elección no el Senado, que la hizo, sino el Congreso en pleno, integrado por el Senado y la Cámara de Representantes.

Pero la integración de la terna de que fue elegido, en cuya elaboración participó el Consejo de Estado, es materia ajena a la controversia.

Por tanto, ninguna relación tiene lo que se examina con la actuación cumplida por el Consejo de Estado.

No se advierte, pues, el interés constitutivo del impedimento.

Por lo expuesto, se resuelve:

Declarar infundado el impedimento manifestado por la Consejera de Estado doctora Mirén de la Lombana de Magyaroff para conocer de este proceso.

Notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de dieciséis (16) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente, *Mario Alario Méndez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

LEY EN EL TIEMPO - Régimen de inhabilidades de concejal / RETROACTIVIDAD DE LA LEY - Concepto / RETROSPECTIVIDAD DE LA LEY - Concepto / LEY ELECTORAL - Aplicación / DERECHOS ADQUIRIDOS - Inexistencia

Se dice que una ley tiene efectos retroactivos cuando se aplica a situaciones jurídicas subjetivas consolidadas antes de su vigencia. Salvo casos excepcionales las leyes no pueden ser aplicadas en esta modalidad. Se dice que la ley tiene efectos retrospectivos cuando la aplicación toma en cuenta situaciones ocurridas no consolidadas antes de su vigencia. Esta aplicación sí está permitida, aunque sea más gravosa para el administrado, salvo que la ley diga lo contrario. La Ley 136 citada, fue expedida el 12 de junio de 1994 y es de aplicación inmediata por razón de su naturaleza y objetivos. En consecuencia, el 30 de octubre de 1994, cuando se realizaron las elecciones a que se hace mención en el presente proceso, estaba vigente con efectos retrospectivos, es decir y de acuerdo a lo visto, que es aplicable a las situaciones no consolidadas cuando entro a regir y, por ello, no hay lugar a alegar derechos adquiridos frente a la regulación que contiene en materia de inhabilidades para ser elegido concejal del municipio.

CONCEJAL - Inhabilidades / VINCULO MATRIMONIAL - Demostración / ESTADO CIVIL - Demostración

Conforme al artículo 43-6 de la Ley 136 de 1994 se deduce que la inhabilidad se presenta cuando quien es elegido Concejal está unido, entre otros, por vinculo bien de matrimonio o bien de unión permanente con funcionario que ejerza jurisdicción o autoridad administrativa, política o militar. En el presente caso se observa que en la demanda se habla indistintamente de matrimonio y de

unión permanente, cuando son situaciones diferentes, no sólo desde el punto de vista de sus características sino del de la prueba de existencia. En relación con la unión por matrimonio no aparece prueba alguna. Como ya se dijo se solicitó una partida eclesiástica para demostrar su existencia, partida que no llegó y que de haberse arrimado tendría necesariamente que valorarse si la misma sirve de prueba, pues es sabido que sólo los matrimonios realizados antes de la vigencia de la Ley 92 de 1938 pueden demostrarse con el documento anotado. Los posteriores deben ser probados mediante el aporte de la copia de la correspondiente partida o folio o del certificado expedido con base en los mismos por el Notario (art. 105 del Decreto 1260 de 1970). De otra parte, la manifestación de que existe unión de hecho como aspecto alternativo a la falta de prueba de la existencia del matrimonio, tampoco fue objeto de prueba alguna.

MEDIO DE PRUEBA - Confesión / CONFESION - Requisitos

En efecto la ley establece entre los requisitos de la confesión que el hecho materia de la misma no requiera de otro elemento probatorio (art. 195-3 C. de P. C.). El art. 197 *ibidem*, prevé que la facultad para confesar sin autorización expresa de su poderdante, se presume para los apoderados, entre otras etapas, en la de contestación de la demanda.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., diecisiete (17) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: Doctora *Mirén de la Lombana de Magyaroff.*

Radicación número 1455.

Referencia: Apelación sentencia.

Actor: Carlos Hernando Estévez Amaya.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor Eladio Antonio Berdugo Pico, contra la sentencia de 28 de julio de 1995, por la cual el Tribunal Administrativo de Santander accedió a las súplicas de la demanda que solicitó la nulidad de su elección como Concejal del municipio de Charalá para el período 1995-1997.

ANTECEDENTES

El demandante de la referencia obrando en su propio nombre, en ejercicio de la acción pública de nulidad de carácter electoral, solicitó la declaratoria de nulidad de la elección del señor Eladio Antonio Berdugo Pico como Concejal del municipio de Charalá para el período 1995-1997, contenida en el acta parcial de escrutinios expedida por la Comisión Escrutadora Municipal, formulario E-26, hojas 1 a 5, del 1° de noviembre de 1994. Que, como consecuencia de lo anterior, se ordene la cancelación de la credencial correspondiente.

Los hechos narrados en el libelo se resumen así:

1. el señor Eladio Antonio Berdugo Pico, se inscribió como candidato al Consejo municipal de Charalá.

2. El 1° de septiembre de 1994 la lista se modificó en algunos renglones conforme consta en el formulario E-8.

3. El 1° de noviembre de 1994 la comisión escrutadora declaró elegido como concejal al mencionado señor Berdugo.

4. En la fecha de la inscripción y elección del citado Concejal se encontraba inhabilitado por estar incurso en la causal prevista en el artículo 43-6 de la Ley 136 de 1994 por estar vinculado en matrimonio unión permanente con Amparo Ofelia Vega Albino quien para la fecha de la elección y al momento de la presentación de la demanda se desempeñaba como personera del municipio de Charalá.

5. La doctora Vega por su cargo ejerce autoridad política y administrativa, conforme lo establecen los artículos 189 y 190 de la Ley 136 de 1994, por desempeñar funciones de remoción de personal subalterno, iniciar investigaciones de tipo disciplinario, no solo por mandato de la ley sino de la Constitución Nacional.

6. El señor Berdugo violó el art. 43-6 de la Ley 136 de 1994 porque sabía que se hallaba inhabilitado.

Invoca como violados los artículos 87 y concordantes de la C. N, el art. 43-6 de la Ley 136 de 1994, el art. 223 del C. C. A. modificado por el art. 65 de la Ley 96 de 1985 y Ley 62 de 1988, art. 17-5, y los arts. 226, 227, 228, 229 y siguientes del C. C. A.

Considera que la inhabilidad invocada es aplicable a las elecciones del 30 de octubre de 1994, con apoyo en el concepto número 631 de 1994 de la Sala de Consulta y Servicio Civil con ponencia del doctor Humberto Mora Osejo, por cuanto la Ley 136 de 1994 tiene efecto retrospectivo.

La violación del art. 43 ya citado en la forma señalada, genera la violación de las demás disposiciones concordantes invocadas.

Mediante auto fechado el 1° de febrero de 1995, el Tribunal Administrativo de Santander resolvió admitir la demanda y denegar la suspensión del acto acusado.

El elegido se presentó al juicio por intermedio de apoderado para oponerse a las pretensiones de la demanda. En relación con los hechos, manifestó que son ciertos los enumerados del 1 al 3. No es cierto el 4. Debe probarse el 5 y en relación con el enumerado como 6, manifiesta que no es un hecho.

Como fundamentos de la defensa manifiesta que la doctora Ofelia Vega Albino fue elegida como Personera para el período comprendido entre el 1° de septiembre de 1992 y el 28 de febrero de 1995.

Transcurrido el debate electoral y confirmada la elección del señor Berdugo, y antes de que comenzara el período constitucional para el cual fue elegido, su esposa doctora Vega, renunció irrevocablemente al cargo de Personera mediante comunicación del 28 de noviembre de 1994, sin culminar el período para el cual fue elegida, renuncia aceptada por Resolución número 012 del 20 de diciembre de 1994 del Concejo Municipal.

El 27 de diciembre de 1994 fue nombrada la Personera que reemplazo a la doctora Vega.

De lo anterior deduce que la doctora Vega se retiró del cargo antes de comenzar el período constitucional, y por lo mismo, el ejercicio de funciones públicas de su esposo Eladio Berdugo.

Explica que para que se de la inhabilidad alegada se necesita que el período para el cual fue elegido el concejal Berdugo coincida con el de su esposa. Pero en el caso cuando el señor Berdugo se posesionó como concejal ya la Personera se había desvinculado del cargo.

Considera que en el espíritu de la norma es garantizar la transparencia e imparcialidad de la función pública por ello estableció las inhabilidades y las incompatibilidades y no, como se infiere del texto de la norma, al momento de la aspiración, inscripción y elección pues de ser así lo hubiese advertido, como lo hizo, para el caso de los alcaldes.

Mediante auto del 11 de mayo de 1995 el Tribunal resolvió abstenerse de decretar la acumulación de dos procesos.

En firme lo anterior, la parte impugnadora alegó de conclusión para reiterar los argumentos en contra de las pretensiones de la demanda.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal Administrativo de Santander, por sentencia del 28 de julio de 1995, accedió a las súplicas de la demanda, con base en los siguientes fundamentos:

Considera que la causal se da desde el momento mismo de la inscripción y comprende también la elección porque, explica, si lo perseguido con la norma es purificar la actividad política uno de los mecanismos es precisamente que los aspirantes a Corporaciones se abstengan de utilizar el poder de la Administración a través de los familiares o allegados vinculados a ella.

Las normas electorales señalan el momento desde el cual se adquiriere la calidad de concejal y al efecto transcribe lo previsto en el art. 59 de la Ley 11 de 1986 y explica que la norma está en concordancia con el artículo 91 del Decreto 1333 de 1986,

De lo anterior deduce que el concejal estaba incurso en la inhabilidad alegada porque al tiempo que él estaba aspirando al Concejo, su señora se desempeñaba como Personera del municipio sin que pueda alegarse que la inhabilidad desapareció por el retiro de la Personera antes de que se posesionara.

RECURSO DE APELACION

El señor Berdugo por intermedio de apoderado apeló la anterior decisión con los siguientes argumentos:

– No está demostrado el vínculo matrimonial.

– Considera que la inhabilidad es para el ejercicio de la función no para una etapa anterior.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuraduría Décima Delegada en lo Contencioso solicita que se revoque la sentencia apelada y, en su lugar se deniegue las pretensiones de la demanda, por los siguientes motivos:

Considera que la prohibición o condición de elegibilidad que encierra el art. 43-6 de la Ley 136 de 1994 se extiende desde el momento de la inscripción del candidato a la elección correspondiente y hasta esta última que es cuando se adquiere la calidad de Concejal (art. 59 de la Ley 11 de 1986) por cuanto sus fines son la moralidad pública y la igualdad de los ciudadanos ante la ley, que se veían afectados con la posible influencia que se pueda ejercer por parte de los allegados de quien se postula.

Para la distinguida colaboradora del Ministerio Público aparecen demostrados los supuestos de la norma a excepción del vínculo de matrimonio o unión permanente entre la Personera municipal y el elegido.

Explica que en la contestación de la demanda el apoderado del concejal manifiesta en relación con el hecho cuarto "No es cierto", por lo que la carga de la prueba incumbía al actor quien la solicitó y subsidiariamente pidió que se llamara a declarar a tres personas sobre la convivencia en unión permanente durante los últimos tres años. El documento pedido nunca fue arrimado y las de declaraciones decretadas en subsidio no fueron recibidas por lo que el negocio llegó a fallo sin esas pruebas.

Manifiesta que la prueba del estado civil de las personas es solemne (art. 67 del Decreto 1260 de 1970) y no fue allegada por lo que el vínculo matrimonial no fue demostrado.

Como el apoderado manifiesta que la señora Amparo Ofelia Vega es la esposa del señor Eladio Alfonso Berdugo Pico, considera del caso analizar si ello es suficiente como prueba de la unión permanente de que habla el art. 43-6 de la Ley 136 de 1994:

Con invocación de lo previsto por los artículos 194 y ss. y 197 del C. de P. C. en relación con la facultad del apoderado judicial para confesar, que se presume entre otras para contestar la demanda y la definición de unión marital de hecho que trae el art. 1° de la Ley 54 de 1990 y la posibilidad de demostrarla por los medios ordinarios prueba que aparecen en el art. 4° *ibidem,* precisa que a pesar de las reiteradas manifestaciones del apoderado, éstas no pueden tomarse como una confesión porque sólo se refiere a la esposa del Concejal o al esposo de la Personera, pero no puede deducirse la existencia de la unión permanente porque no señala aspectos de tiempo, modo, espacio y tratamiento, y no prueba el matrimonio porque éste requiere de la prueba solemne.

CONSIDERACIONES

Competencia

La Sala es competente par conocer del presente recurso de apelación conforme a lo previsto en el art. 132, num. 4° del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con los arts. 129 y 131, num. 3° *ibidem.*, conforme al documento obrante a folio 15 del expediente.

El fondo del negocio

1. Aplicación de las inhabilidades establecidas en la Ley 136 de 1994 a las elecciones del 30 de octubre de 1994.

Se dice que una ley tiene efectos retroactivos cuando se aplica a situaciones jurídicas subjetivas consolidadas antes de su vigencia. Salvo casos excepcionales las leyes no pueden ser aplicadas en esta modalidad.

Se dice que la ley tiene efectos retrospectivos cuando la aplicación toma en cuenta situaciones ocurridas no consolidadas antes de su vigencia. Esta aplicación sí está permitida, aunque sea más gravosa para el administrado, salvo que la ley diga lo contrario.

La Ley 136 citada, fue expedida el 2 de junio de 1994 y es de aplicación inmediata por razón de su naturaleza y objetivos. En consecuencia, el 30 de octubre de 1994, cuando se realizaron las elecciones a que se hace mención en el presente proceso, estaba vigente con efectos retrospectivos, es decir y de acuerdo a lo visto, que es aplicable a las situaciones no consolidadas cuando entró a regir y, por ello, no hay lugar a alegar derechos adquiridos frente a la regulación que contiene en materia de inhabilidades para ser elegido concejal del municipio.

En este mismo sentido se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto del 24 de agosto de 1994.

En el entendido anterior, o sea, que las disposiciones que establecieron inhabilidades en la Ley 136 de 1994, son aplicables para las elecciones del 30 de octubre de 1994, la Sala procede a efectuar el estudio correspondiente.

2. Análisis de la causal de inhabilidad alegada.

La norma invocada como infringida es el art. 43-6 de la Ley 136 de 1994 que dice:

"Artículo 43. INHABILIDADES: No podrá ser concejal:

...

6) Quien tenga vínculos por matrimonio o unión permanente, o de parentesco hasta en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, con funcionarios que ejerzan jurisdicción, autoridad administrativa, política o militar".

Conforme al artículo 43-6 de la Ley 136 de 1994 se deduce que la inhabilidad se presenta cuando quien es elegido Concejal está unido, entre otros, por vínculo bien de matrimonio o bien de unión permanente con funcionario que ejerza jurisdicción o autoridad administrativa, política o militar.

En el presente caso se observa que en la demanda se habla indistintamente de matrimonio y de unión permanente, cuando son situaciones diferentes, no solo desde el punto de vista de sus características sino del de la prueba de su existencia.

Al enumerar las pruebas se observa en la demanda, la misma ambigüedad que se anotó respecto a la exposición del cargo, pues se solicita al Tribunal que pida una partida eclesiástica de matrimonio (lo que lo demostraría) y en el remoto evento de que los señores Berdugo Pinto y Vega Albino, cuando se requiera al primero para que aporte al acta matrimonial o el registro civil correspondiente, nieguen el vínculo, se llamen a declarar unos testigos (lo que se supone, porque no se afirma en el libelo, probaría la unión de hecho).

Esta forma condicionada tanto de plantear el cargo como de solicitar pruebas no debió ser de recibo porque dado que el decreto de pruebas de hacerse en un solo proveído, la condición implicaría la valoración de una prueba o de la ausencia de la misma dentro de dicho término y la decisión en esa misma etapa sobre uno de los cargos, para proceder a decretar las demás solicitadas en subsidio sobre un hecho distinto.

Así se observa que el Tribunal solicitó por oficio, se allegara la partida eclesiástica de matrimonio y decretó que en el evento de que los señores Berdugo Pico - Vega Albino no estén unidos pro vínculo matrimonial, lo que se sabría llegado el oficio a que se hizo antes referencia, se recibirían los testimonios solicitados, la primera prueba no llegó y no hubo tiempo para practicar la testimonial que se había solicitado en subsidio, por estar vencido el término probatorio.

En estas condiciones debe anotarse que las partes solicitantes debían correr con los resultados que arrojara su solicitud, tanto en favor como en contra de las pretensiones.

No obstante lo anterior el Tribunal dio por probados los hechos expuestos en la demanda y accedió a las súplicas.

Al respecto se observa:

En relación con la unión por matrimonio no aparece prueba alguna. Como ya se dijo se solicitó una partida eclesiástica para demostrar su existencia, partida que no llegó y que de haberse arrimado tendría necesariamente que valoraras si la misma sirve de prueba, pues es sabido que solo los matrimonios realizados antes de la vigencia de la Ley 92 de 1938 pueden demostrarse con el documento anotado. Los posteriores deben ser probados mediante el aporte de la copia de la correspondiente partida o folio o del certificado expedido con base en los mismos por el Notario (art. 105 del Decreto 1260 de 1970).

De otra parte, la manifestación de que existe unión de hecho como aspecto alternativo a la falta de prueba de la existencia del matrimonio, tampoco fue objeto de prueba alguna.

Podría pensarse, como asume la distinguida Procuradora Delegada, que tal demostración resulta de lo expuesto por el apoderado del elegido en contestación de la demanda.

Al respecto la Sala comparte el análisis del Ministerio Público:

En efecto, la ley establece entre los requisitos de la confesión que el hecho materia de la misma no requiere de otro elemento probatorio (art. 195-3 C. de P.C.).

El art. 197 *ibidem,* prevé que la facultad para confesar sin autorización expresa de su poderdante, se presume para los apoderados, entre otras etapas, en la de contestación de la demanda.

Pues bien, es cierto que el señor apoderado del elegido en la contestación de la demanda se refiere a la señora Amparo Ofelia Vega Albino como la esposa del Concejal, pero al contestar lo referente a los hechos manifiesta respecto al numerado como cuarto, que no es cierto.

De otra parte, si se analiza más a fondo la referencia indicada, es claro que no menciona a la señora Amparo Ofelia Vega Albino como la compañera permanente sino como la esposa. Si las dos calidades como se dijo al comienzo, son diferentes, se deduce claramente que respecto de la primera no hay confesión porque el hecho se niega, nunca se hace referencia a la calidad de compañera permanente y no se dan razones de tiempo modo y lugar, como lo señala la señora Procuradora. Y en cuanto a la segunda calidad, aunque se refiere a la señora como esposa, tal manifestación no pasaría de serlo porque no habría autorización para confesar sobre un punto que requiere prueba diferente como sería el matrimonio.

En tales condiciones y por las razones anotadas para la Sala no aparece probada la inhabilidad alegada y, por lo mismo, las pretensiones de la demanda deben recibir despacho desfavorable.

Como el Tribunal accedió a las súplicas de la demanda la sentencia de primera instancia debe ser revocada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto de la Procuraduría en lo Contencioso Administrativo y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Revócase la sentencia de 28 de julio de 1995 dictada por el Tribunal Administrativo de Santander, y en su lugar, deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en sesión de fecha dieciséis (16) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de la Sala, *Mario Alario Méndez, Mirén de la Lombana de M., Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: Reitera el concepto 631 del 24 de agosto de 1994, Consejero Ponente dr: Humberto Mora Osejo sobre los efectos retrospectivos de la Ley 136 de 1994.

NULIDAD ELECTORAL - Improcedencia / ACTA DE ESCRUTINIO - Impugnación / ACTA DE ELECCION - Impugnación / ACTO DE ESCRUTINIO - Naturaleza del acto

De la lectura atenta no sólo de las pretensiones sino de la totalidad de la demanda se deduce que en ninguno de sus apartes se ataca el acto definitivo declaratorio de la elección sino el acta de un jurado de votación. Reiteradamente ha sostenido la sala que en los procesos electorales, tal como lo establece el art. 229 del C. C. A. lo procedente es demandar el acto administrativo por medio del cual se declara una elección y no las actas de escrutinio de las corporaciones electorales o los cómputos o escrutinios intermedios, aunque el vicio de nulidad afecte a estos, pues ellos tienen el carácter de preparatorios y solo el declaratorio de elección es definitivo. La acción de nulidad va dirigida contra el acto definitivo de elección y busca restablecer la legalidad: el acto intermedio, como el acusado en el presente caso, puede constituirse en el fundamento de la impugnación del principal pero no el acusado de manera independiente. Así las cosas, establecido que la demanda no fue dirigida contra el acto definitivo de elección, carece de uno de los presupuestos exigidos por el Código Contencioso Administrativo para ser viable el fallo de mérito, y sin que sea necesario consideración adicional, habrá de confirmarse la sentencia apelada.

ADMISION DE LA DEMANDA SIN REQUISITOS FORMALES - Consecuencia / PRESUPUESTO DE LA DEMANDA - Inexistencia / FALLO INHIBITORIO - Procedencia

No son de recibo los argumentos del apelante en el sentido de que no hay lugar a la inhibición cuando se admite la demanda porque, tal como lo ha sostenido la corporación en múltiples oportunidades, si por inadvertencia se admite una demanda que no reúne los requisitos

legales, de todas formas el momento del fallo es otra etapa en la cual debe hacerse el reexamen de presupuesto y determinar si se puede estudiar el fondo del negocio. Así las cosas si se establece que la demanda no reúne los presupuestos, el juzgador debe inhibirse pues el error inicial, como también lo ha dicho esta corporación no puede atar al juez en tal forma que a pesar del mismo y como consecuencia debe proceder a proferir fallo de fondo.

CONTROL GENERAL DE LEGALIDAD - inexistencia / JUEZ ADMINISTRATIVO - Facultades / JURISDICCION ROGADA - Límites del juez

El juez administrativo no tiene competencia para realizar un control general de la legalidad. Está limitado por la demanda que constituye el marco de litis por manera que no puede analizar un acto que no se acusa. Lo anterior no significa que la irregularidad que se alega no hubiera podido ser propuesta en la oportunidad señalada en la ley decidida por las autoridades competentes para tal efecto, pues aparece prevista como causal de reclamación a términos de lo previsto por el art. 192-10 del Decreto 2241 de 1986, en concordancia con el art. 151 *ibidem* tal como fue subrogado por el art. 9º de la Ley 62 de 1988.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., diecisiete (17) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: Doctora *Mirén de la Lombana de Magyaroff.*

Radicación número 1468.

Referencia: Apelación sentencia.

Actor: Sócrates de Jesús Mosquera Torres.

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 10 de agosto de 1995, por la cual el Tribunal Administrativo del Chocó se declaró inhibido para proferir fallo de fondo en el presente proceso mediante el cual se solicitó la nulidad del acta de escrutinio del jurado de votación de la Mesa número 1 Corregimiento de Andagoya - en lo referente a los sufragios depositados en favor del candidato Felipe Nery Caicedo Torres.

ANTECEDENTES

El demandante de la referencia obrando mediante apoderado, en ejercicio de la acción pública de nulidad de carácter electoral, solicita que se declare nulo el acto administrativo, en lo que se refiere a los votos consignados a favor del señor Felipe Nery Caicedo Torres, candidato a la Alcaldía de Istmina.

Como consecuencia de la anterior declaración, pide se anulen los 138 votos que obtuvo el candidato a la Alcaldía, señor Felipe Nery Caicedo, declarándose que el total de votos obtenidos por este candidato es de 3729.

Además, solicita que se comunique esta decisión a la Registraduría Municipal del estado Civil de Istmina; a la Departamental del Chocó; al Consejo Nacional Electoral "para efectos de reposición de votos" (Fl. 1); al Gobernador del Chocó; a la Alcaldía y al Concejo Municipal de Istmina.

Los hechos narrados en el libelo se resumen así:

1. Mediante Resolución sin número, el Registrador Especial del Estado Civil integró la mesa de jurados de votación número 1 del corregimiento de Andagoya con los señores Luis Humberto Rodríguez, presidente, Juan A. Bonilla, vice-presidente y Absalón Mosquera Arias, vocal.

2. El señor vocal es medio hermano de la señora Elida Inés Mosquera González, quien es a su vez esposa del candidato Felipe Nery Caicedo Torres.

Invoca como violado al art. 223, numeral 6° del C. C. A., modificado por la Ley 96 de 1985 y por la Ley 62 de 1988, en su artículo 17.

El vocal de la Mesa número 1 del corregimiento de Andagoya y el candidato a la Alcaldía de Istmina son cuñados entre sí, se encuentran unidos en segundo grado de afinidad, linea colateral, por lo cual debe aplicarse la norma violada y anularse los votos obtenidos en esta mesa por el señor Felipe Nery Caicedo Torres.

En escrito adicional, el apoderado del actor aclara que la acción electoral para demandar la nulidad de cualquier irregularidad que se presente dentro del proceso electoral, fue interpuesta dentro de los 20 días previstos por la ley, porque la declaratoria de la elección se hizo el 2 de noviembre de 1994, por lo cual no se presenta extemporaneidad alguna.

Mediante auto fechado el 16 de diciembre de 1994, el Tribunal Administrativo de Chocó resolvió admitir la demanda y ordenar el trámite de ley.

El elegido se presentó al juicio por intermedio de apoderado para oponerse a las pretensiones de la demanda.

Como razones de la defensa explica que es improcedente jurídicamente la demanda de un acto preparatorio o de trámite, toda vez que el mismo no contiene una declaración de la voluntad de la Administración.

De acuerdo al art. 229 del C. C. A., agrega, debió solicitarse la anulación del acto por medio del cual se declaró la elección, y no la de los votos.

La declaratoria del acto demandado dejaría vigente el acto de elección que no fue acusado por lo que permanece incólume.

En lo que se refiere a la caducidad de la acción, aclara que como el acto demandado es el acta de escrutinios de los jurados de votación y ésta tiene fecha de octubre 30 de 1994, para la fecha de presentación de la demanda, estaba caducada, por lo cual debe ser rechazada *in limine* conforme al art. 143 del C. C. A.

En cuanto a los hechos manifiesta que no le constan y que se atiene a lo que se pruebe.

Considera que el Tribunal debe revocar el auto admisorio de la demanda conforme a los arts. 143 y 229 del C. C. A. porque el acto demandado esta excluido de la posibilidad de ser objeto de demanda, ya que ha debido demandarse el acto declaratorio de elección.

Propone la excepción que denomina ineptitud sustantiva de la demanda y la fundamenta con la misma consideración anterior.

El señor Kamal Cariuty Asprilla, obrando en propio nombre, se presenta como coadyuvante opositor a las pretensiones de la demanda.

– En cuanto a los hechos expuestos en el libelo manifiesta que el primero es cierto y, el segundo, no le consta, y por ello debe probarse.

Propuso la excepción de inepta demanda, con base en lo siguiente:

a) Omisión de acompañar a la demanda el acto acusado: en ninguna parte del libelo aparece el acto administrativo por medio del cual se declara la elección del señor Felipe Nery Caicedo, como Alcalde de Itsmina, no dando cumplimiento a lo establecido en el art. 229 del C.C.A.

Cita jurisprudencia de la Sección Quinta, sentencia de febrero 10 de 1989, exp. 0251, Consejero Ponente doctor Euclides Londoño Cardona;

b) Falta de acusación del acto por el cual se declara la elección que se demanda: Reiteradamente ha dicho la jurisprudencia que la declaratoria de elección es el acto demandable. Cita sentencia de abril 19 de 1989, exp. número 277, Consejero ponente doctor Amado Gutiérrez Velásquez;

c) Por último, considera, inepta la demanda por no acompañar el registro civil de la señora Elida Inés Mosquera González para acreditar el parentesco con el señor Absalón Mosquera Arias. Por lo anterior, no se puede establecer el vínculo predicado.

En relación con las pruebas aportadas manifiesta que son ineficaces e inconducentes, pues también considera que constituye ineptitud por tratar de probar un hecho mediante un medio equivocado.

La parte actora presentó alegato de conclusión, reiterando lo planteado en la demanda, pero citando, además, dos jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia sobre la conducencia de las pruebas, especialmente la testimonial.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal Administrativo del Chocó, por sentencia del 10 de agosto de 1995, se declaró inhibido para conocer de las súplicas de la demanda, con base en los siguientes fundamentos:

– Resulta claro que en virtud de lo establecido en el artículo 229 del C. C. A., el acto imputable ante la jurisdicción contenciosa administrativa es aquel "*por medio del cual la elección se declara y no los cómputos o escrutinios intermedios aunque el vicio de nulidad afecta a estos.*"

– Por lo anterior, el acta de escrutinio del jurado de votación, contenida en el formulario E-14 de la mesa N° 1 del Corregimiento de Andagoya no es susceptible de impugnación ya que por medio de ésta no se declaró la elección y además, porque la impugnación de la elección, por la naturaleza del asunto, "*le cabe al vencido no al vencedor, como acontece en este asunto.*"

EL RECURSO DE APELACION

El señor Sócrates de Jesús Mosquera Torres, apeló la anterior decisión con los siguientes argumentos:

– No es aceptable una sentencia inhibitoria, cuando es al magistrado conductor a quien le corresponde el control de la demanda, y si ésta no cumple con los requisitos, debe rechazarla u ordenar su corrección, ya que es un contrasentido admitirla para en el momento del fallo declararse inhibido.

– Lo que persigue la demanda es la nulidad del acto administrativo, en lo que se refiere a los votos consignados a favor del señor Felipe Nery Caicedo. La guarda de la pureza del sufragio no puede ser parcial, es decir apenas contra el ganador, ya que si existe un candidato que obtuvo cierto número de votos, en forma fraudulenta, como es el caso, debe existir una acción para este tipo de situación.

– Los falladores no ejercieron en este proceso el debido control total de la legalidad, advirtiendo y sancionando cualquier irregularidad cometida en los cómputos de votos durante los escrutinios. Se apoya en un extracto de la obra "Tratado de Derecho Electoral Colombiano" de José Ignacio Vives E., pág. 340 y en un extracto del libro "Derecho Procesal Administrativo" del doctor Betancur Jaramillo.

– Por lo anterior, debe revocarse el fallo del Tribunal y dictarse una nueva sentencia.

El señor Felipe Nery Caicedo Torres, por intermedio de apoderado durante el traslado de ley solicita confirmar la sentencia de primera instancia alegando que para pedir la nulidad de los votos debía pedirse la anulación de la elección y, curiosamente, quien estaría elevando tal petición es el mismo demandante a través de la pretensión de anulación de unos votos depositados a favor de un competidor, como se planteó en un comienzo, sin que se repusiera el auto, ni se corrigiera la demanda.

La circunstancia de no aceptarse la condena en costas por mandato legal en este proceso, no significa que las mismas no se causen "*y por decir lo menos es algo inaudito, imputable al empecinamiento del actor y de los funcionarios*" (fl. 83).

En relación con el fondo del asunto afirma que no hay prueba idónea de los hechos.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Novena Delegada en lo Contencioso solicita que se confirme la sentencia apelada, por los siguientes motivos:

– Tratándose de la acción electoral, la impugnación debe estar encaminada hacia el acto final y no a uno intermedio o previo, siendo por tanto improcedente la nulidad de tales actos, en forma autónoma.

– Es reiterada la jurisprudencia sobre la individualización y el aporte al proceso del acto acusado, pues de no aportarse éste, no existe materia de decisión. Como en este caso, no se aportó, no ha debido admitirse la demanda, ya que "*lo público de la acción no habilita para inobservar los presupuestos mínimos de la misma.*"

CONSIDERACIONES

Competencia

La Sala es competente para conocer del presente recurso de apelación conforme a lo previsto en el art. 29 de la Ley 78 de 1986.

Cuestión previa

Procede la Sala a examinar la planteada como excepción previa de ineptitud de demanda, con la siguiente precisión: La excepción previa a que se refiere la parte demandada que está prevista en el artículo 97 del C. de P. C., tal como fue subrogado por el Decreto 2282 de 1989, no procede dentro del procedimiento contencioso administrativo.

Lo anterior no obsta para que la Sala estudie los fundamentos en los que se sustenta la excepción en mención, pero como motivos de impugnación para determinar la procedencia del análisis de fondo en la siguiente forma:

En el presente caso, la parte actora demandó la nulidad del "*acto administrativo en lo que se refiera a los votos allí consignados en favor del señor Felipe Nery Caicedo Torres, candidato a la Alcaldía de Istmina para el período 1995-1997 contenida en el Acta de Escrutinio del jurado de votación del Formulario E-14 de la Mesa número 1 del corregimiento de Andagoya, municipio de Istmina, departamento del Chocó, de las elecciones celebradas el 30 de octubre de 1994.*

"Como consecuencia de la declaratoria anterior se le anularán los 138 votos que obtuvo el candidato a la Alcaldía de Itsmina Felipe Nery Caicedo Torres y se dirá entonces que los votos totales obtenidos (sic) por el mencionado candidato en el escrutinio municipal, fueron 3729 y no 3867 como figura en el Acta General de Escrutinio.

"Que se comunique esta decisión a las entidades obligadas a conocerla de acuerdo con la ley, es decir, Registraduría Municipal del Estado Civil de Istmina; a la del Departamento del Chocó; Consejo Nacional Electoral para efectos de reposición de votos; Gobernador del Chocó, Alcaldía de Istmina y Concejo de Itsmina" (fls. 1 y 2).

De la lectura atenta no sólo de las pretensiones sino de la totalidad de la demanda se deduce que en ninguno de sus apartes se ataca el acto definitivo declaratorio de la elección sino el acta de un jurado de votación.

Reiteradamente ha sostenido la Sala que en los procesos electorales, tal como lo establece el art. 229 del C. C. A., lo procedente es demandar al acto administrativo por medio del cual se declara una elección y no las actas de escrutinio de las corporaciones electorales, o los cómputos o escrutinios intermedios, aunque el vicio de nulidad afecte a éstos, pues ellos tienen el carácter de preparatorios y solo el declaratorio de elección es definitivo.

La acción de nulidad va dirigida contra el acto definitivo de elección y busca restablecer la legalidad; el acto intermedio, como el acusado en el presente caso,

puede constituirse en el fundamento de la impugnación del principal pero no el acusado de manera independiente.

Así las cosas, establecido que la demanda no fue dirigida contra el acto definitivo de elección, carece de uno de los presupuestos exigidos por el Código Contencioso Administrativo para ser viable el fallo de mérito, y sin que sea necesario consideración adicional, habrá de confirmarse la sentencia apelada.

No son de recibo los argumentos del apelante en el sentido de que no hay lugar a la inhibición cuando se admite la demanda porque, tal como lo ha sostenido la Corporación en múltiples oportunidades, si por inadvertencia se admite una demanda que no reúne los requisitos legales, de todas formas el momento del fallo es otra etapa en la cual debe hacerse el reexamen de presupuestos y determinar si se puede estudiar el fondo del negocio. Así las cosas si se establece que la demanda no reúne los presupuestos, el juzgador debe inhibirse pues el error inicial, como también lo ha dicho esta Corporación no puede atar al juez en tal forma que a pesar del mismo y como consecuencia deba proceder a proferir fallo de fondo.

Debe recordarse, igualmente, que el juez administrativo no tiene competencia para realizar un control general de legalidad. Está limitado por la demanda que constituye el marco de *litis* por manera que no puede analizar un acto que no se acusa. En este caso no se pueda analizar el acto definitivo porque no aparece como impugnado como lo establece el art. 229 del C.C.A. y no puede analizarse el preparatorio acusado por no estarlo el definitivo, como ya se dijo.

Lo anterior no significa que la irregularidad que se alega no hubiera podido ser propuesta en la oportunidad señalada en la ley y decidida por las autoridades competentes para tal efecto, pues aparece prevista como causal de reclamación a términos de lo previsto por el art. 192-10 del Decreto 2241 de 1986, en concordancia con el art. 151 *ibidem,* tal como fue subrogado por el art. 9° de la Ley 62 de 1988.

No hay lugar a la condena en costas, como lo solicita la parte opositora por razón de la acción incoada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto de la Procuradora en lo Contencioso Administrativo y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia del 10 de agosto de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, objeto del presente recurso.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en sesión de fecha dieciséis (16) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de la Sala, *Mario Alario Méndez, Mirén de la Lombana de M., Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Excepciones de fondo / EXCEPCIONES PREVIAS EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Trámite / PRESUPUESTOS PROCESALES - Demanda en forma

En los procesos contencioso administrativos sólo son admisibles las excepciones de fondo, que son las que se oponen a la prosperidad de la pretensión, respecto de las cuales se decide en la sentencia, según lo establecido en el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo. Sin embargo, las denominadas excepciones previas, que son las referidas al procedimiento y que en el proceso civil se proponen dentro de la oportunidad para dar contestación a la demanda y se deciden previamente y a través de incidente, según lo establecido en los artículos 97, 98 y 99 del Código de Procedimiento Civil, pueden alegarse en los procesos contencioso administrativos como impedimentos procesales, que imposibilitan una decisión de fondo, como ocurre cuando no están reunidos los presupuestos procesales es, precisamente, la demanda presentada en la debida forma, con sujeción a la ley, a falta de la cual el pronunciamiento ha de ser inhibitorio.

DEMANDA - Requisitos / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – Inaplicación

Los artículos 137 y 138 del Código Contencioso Administrativo señalan cuál ha de ser el contenido de la demanda que se presente ante la jurisdicción administrativa, de manera que la demanda que satisfaga esos requisitos es demanda presentada en debida forma. No exigen tales disposiciones el señalamiento de las direcciones o lugares en que pueden ser notificadas las partes. Entonces, la demanda que no contenga esa información, no por ello ha omitido el cumplimiento de ningún requisito de forma legalmente establecido. Es verdad que el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil, que trata del contenido de la demanda, exige, en el numeral 11, no

en el numeral 3, el señalamiento de las direcciones de las partes. Pero esa es norma aplicable al procedimiento civil no al procedimiento contencioso administrativo. Se advierte que para el caso sólo resulta aplicable el Código de Procedimiento Civil en los aspectos no contemplados en el Código Contencioso Administrativo, dice el artículo 267 de este último; pero el contenido de la demanda es aspecto regulado por el Código Contencioso Administrativo

ALCALDE - Requisitos para su elección

Señala el artículo 86 de la Ley 136 de 1994 que para ser elegido alcalde es necesario, además de ser ciudadano en ejercicio, uno cualquiera de estos tres requisitos, alternativamente: haber nacido, haber residido durante el año anterior a la fecha de inscripción o haber residido durante un período de por lo menos tres años consecutivos en cualquier época, en el respectivo municipio o área metropolitana. De manera que la inelegibilidad surge cuando el candidato carece de todos esos requisitos, pues uno cualquiera le habilita para ser elegido.

PRUEBA ANTICIPADA - Testimonio a enfermo / PRUEBA TESTIMONIAL - Estado de enfermedad / TESTIMONIO EXTRAPROCESO - Observancia de requisitos / RATIFICACION DE TESTIMONIO - Inexistencia

Según lo establecido en el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, podrá pedirse que se reciban testimonios anticipados con el fin de allegarlos a un proceso únicamente a personas que estén gravemente enfermas, con citación de la parte contraria; la solicitud debe formularse ante juez de la residencia del testigo y el peticionario ha de expresar bajo juramento, que se considerará prestado por la presentación del escrito, que el testigo se encuentra en la circunstancia mencionada, e informará el lugar donde puede citarse a la persona contra quien se pretende hacer valer la prueba; si el peticionario manifestara, también bajo juramento prestado de igual manera que ignora dónde puede citarse a la presunta contraparte, se le emplazará; el juez rechazará de plano la recepción de testimonios extraproceso para fines judiciales cuando la solicitud no cumpla con los requisitos señalados, y los testimonios que se reciban con violación de tales reglas no podrán ser apreciados por el juez. Tales testimonios, entonces, no pueden ser apreciados,

porque fueron recibidos en contravención en lo dispuesto en el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, como que no se trataba de personas gravemente enfermas, o al menos no lo dijo así el peticionario en el escrito mediante en el cual fueron solicitados; ni informó el lugar donde podía citarse a la persona contra quien se pretendía hacer valer la prueba ni manifestó que lo ignoraba, y el hoy demandado, en consecuencia, no fue citado o emplazado o, al menos, no hay prueba de que ello hubiera ocurrido. Por lo demás, se trataba de testimonios que, por las mismas razones, no podían ser ratificados en este proceso, según lo dispuesto en el artículo 229, numeral 2, del Código de Procedimiento Civil.

NULIDAD ELECTORAL - Causales / ALCALDE - Requisitos para su elección / RESIDENCIA DE CANDIDATO ELECTORAL - Carga de la prueba / NEGACION INDEFINIDA - Residencia de candidato electoral

Ahora bien, la alegación de que el demandado no residía en el municipio de San Sebastián de Buenavista en los términos del artículo 86 de la Ley 136 de 1994, es negación indefinida que, por lo mismo, no requería de prueba, como está dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, y siendo así era carga del demandado probar su residencia en ese municipio. Son indefinidas las negaciones que no implican la afirmación, indirecta o implícita, de hecho concreto y contrario alguno, delimitado en tiempo y lugar.

NULIDAD ELECTORAL - Improcedencia / NORMA CONSTITUCIONAL - Interpretación / CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Facultades / INSCRIPCION DE CANDIDATO - Efectos

La violación del artículo 316 constitucional no determina la nulidad de la elección. En tales casos, según lo establecido en el artículo 4° de la Ley 163 de 1994, sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar y cuando mediante un procedimiento breve y sumario se compruebe que el inscrito no reside en el respectivo municipio, el Consejo Nacional Electoral declarará sin efecto la inscripción.

ALCALDE - Irregularidades / INDEBIDA CELEBRACION DE CONTRATOS - Alcalde / INVESTIGACION PENAL A ALCALDE - Remisión Fiscalía General de la Nación / CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL - Aplicación

Todo ello advierte la Sala, podría estar señalado que los señores Luis Carlos Brugés Santos y Marcos Rafael Brugés Santos, cuando fue aquél alcalde del municipio de San Sebastián de Buenavista, participaron en la celebración indebida de contratos del municipio o hubo tráfico de influencias para esos mismos efectos, conductas que podrían ser constitutivas de delitos. Por tanto, dispondrá la Sala, como ordenan los artículos 76 del Decreto 250 de 1970 y 25 del Código de Procedimiento Penal, que sea puesto el asunto en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, organismo al cual corresponde investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores, según lo dispuesto en los artículos 250 de la Constitución y 3° y 4° del Decreto 2699 de 1991, para lo cual habrá de remitírsele copia íntegra del expediente.

ACTO DE INSCRIPCION DE CANDIDATURA - Naturaleza / NULIDAD ELECTORAL - Improcedencia

Ningún pronunciamiento de mérito habría de recaer sobre el acto de inscripción y demás actos relacionados con los escrutinios, como se pide en la demanda, porque se trata de actos intermedios, siendo que la decisión anuladora sólo puede comprender el acto mediante el cual la elección se declara, según lo dispuesto en el artículo 229 del Código Contencioso Administrativo.

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

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Mario Alario Méndez.*

Radicación número 1440.

Demandante: Chedid Enrique Paba Rubio.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por demandante contra la sentencia de 5 de julio de 1995 dictada por el Tribunal Administrativo del Magdalena, denegatoria de las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Chedid Enrique Paba Rubio demandó fuera declarada la nulidad de la elección del señor Marcos Rafael Brugés Santos como alcalde del municipio de San Sebastián de Buenavista para el período de 1995 a 1997, contenida en el acta parcial del escrutinio de los votos de 2 de noviembre de 1994 de la

correspondiente comisión escrutadora, y se ordene la cancelación de la respectiva credencial; que se declare nulo el acto de escrutinio y el acto de inscripción del nombrado Marcos Rafael Brugés Santos y demás actos relacionados con los escrutinios con violación del sistema electoral colombiano y, en consecuencia, se practique un nuevo escrutinio, con base en el cual haga una nueva declaración de elección de alcalde y se ordene la expedición de la respectiva credencial.

Dijo el demandante que la elección del señor Marcos Rafael Brugés Santos es nula porque le faltaron calidades legales para ser elegido alcalde del municipio de San Sebastián de Buenavista, porque no nació allí, sino en Riohacha; y porque tampoco allí ha residido, sino en Barranquilla. Además, dijo votó en San Sebastián de Buenavista, "sin ser residente y lo más grave es hacerlo, sabiendo que no lo podía hacer".

Estimó el demandante violados los artículos 29, inciso segundo de la Ley 78 de 1986; 86 de la Ley 136 de 1994; 223, numeral 5, y 228 del Código Contencioso Administrativo, y 316 de la Constitución.

El demandado, señor Marcos Rafael Brugés Santos, contestó la demanda. Admitió el hecho de no haber nacido en el municipio de San Sebastián de Buenavista, pero afirmó tener el residencia en ese municipio. Además, propuso la excepción de inepta demanda diciendo que demandante, contra lo dispuesto el artículo 75, numeral 3, del Código de Procedimiento Civil, no señaló la dirección del demandado.

II. LA SENTENCIA APELADA

Es la sentencia de 5 de julio de 1995 dictada por el Tribunal Administrativo del Magdalena, denegatoria de las pretensiones de la demanda.

Acerca de la alegada ineptitud de la demanda, dijo el Tribunal que ésta cumplía los requisitos establecidos en el artículo 137 del Código Contencioso de Administrativo; que "siendo el demandado el alcalde electo del municipio de San Sebastián de Buenavista su dirección debía conocerse por cualquiera de los habitantes de ese municipio, motivo por el cual le pareció al despacho conductor inoficioso ordenar la corrección del libelo en ese sentido", y que "la omisión anotada no constituye fenómeno exceptivo".

Dijo el Tribunal, por otra parte, que no había dudas acerca del lugar de nacimiento del demandado, como que se encuentra plenamente demostrado que nació en el municipio de Riohacha, y, siendo así, el objeto de la controversia se circunscribe a la calidad de ser residente en el municipio de San Sebastián de Buenavista durante el año el anterior a la fecha de inscripción o durante un período de por lo menos tres años consecutivos en cualquier época, según lo establecido en el artículo 86 de la Ley 136 de 1994.

Refiriéndose a los testimonios de los señores Ignacio Hadechiny Puello, Juan Lamar Rangel, César Fuentes Arce, Angel Velaidez Morales y Joaquín de la Peña Urbina, recibidos anticipadamente fuera del proceso y aportados por el demandante con el propósito de demostrar que el elegido señor Brugés Santos no había residido en el municipio de San Sebastián de Buenavista, dijo el Tribunal que esos testimonios no fueron solicitados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil ni ratificados en el proceso como ordena el artículo 229 del mismo Código y que, en consecuencia, no tienen valor probatorio alguno.

Otras pruebas, la constancia de la Caja Agraria, agencia de San Sebastián de Buenavista, acerca de que el demandado nunca ha tenido cuenta corriente en esa agencia y la página del directorio telefónico de la ciudad de Barranquilla en que figura su nombre, resultan ineficaces para demostrar que éste no ha residido en aquel municipio.

Y en los testimonios de los señores Abel Martínez Martínez, Gonzalo Díaz Blanco, Milena Montes Guardias, Raúl Argüelles Thorrens, Miguel Pinedo Vidal, Gabriel Enrique Caiafa, Elizabeth Rodado de Fábregas y Germán Henríquez Anaya recibidos en el proceso, encontró el Tribunal probado que el señor Marcos Rafael Brugés Santos residía en San Sebastián de Buenavista con antelación mayor de un año a la fecha de su inscripción.

Señaló el Tribunal también que era abundante la prueba de los esfuerzos y preocupación del demandado, desde tiempo atrás, en beneficio de las comunidades de ese municipio, y que no podía pasarse por alto el hecho de haber obtenido 3.188 votos frente a los 2.418 de su opositor, "no resultando lógico que una persona desconocida obtuviere tal votación en estos municipios en que, a pesar de la superación de ciertas costumbres que pueden tildarse de arcaicas y de las concepciones políticas, se mantiene, entre otros, el objetivo de no permitir con facilidad la incursión de otras (sic) individuos en su territorio".

De lo anterior, principalmente, concluyó el Tribunal que no se acreditó por el demandante la falta de los requisitos establecidos en el artículo 86 de la Ley 136 de 1994 ni la violación consiguiente del artículo 223, numeral 5, del Código Contencioso de Administrativo, y que por ello las peticiones de la demanda debían denegarse.

III. LA OPINION DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuraduría Novena Delegada ante el Consejo de Estado rindió en este proceso su concepto número 9.561, presentado el 12 de octubre de 1995.

Dijo la Procuraduría que, descartada la condición de nacido en San Sebastián de Buenavista, restaba examinar si el señor Marcos Rafael Brugés Santos era o no residente de ese municipio, en los términos del artículo 86 de la Ley 136 de 1994.

Después de señalar que la carga de la prueba era del demandado, no del demandante, dijo la Procuraduría que el nombrado Brugés Santos había reconocido bajo juramento su condición de no residente en ese municipio, cuando el 12 de marzo de 1991 formuló denuncia penal en el Juzgado Promiscuo Municipal de San Sebastián de Buenavista y manifestó que se encontraba de tránsito en esa población e indicó como vecindad la ciudad de Barranquilla, aspecto que no fue considerado ni siquiera superficialmente por el Tribunal; y que los testimonios con base en las cuales fueron desestimadas las peticiones de la demanda no son lo suficientemente consistentes ni idóneos para demostrar el hecho de la residencia del señor Marcos Rafael Brugés Santos en San Sebastián de Buenavista, que otros son contradictorios, que las más no se refieren a la situación que se trataba de probar y que otros debían ser desestimados por la existencia de manifiesto interés del testigo que le resta imparcialidad y objetividad.

Así, por estimar que no fue acreditada la residencia del señor Marcos Rafael Brugés Santos en el municipio de San Sebastián de Buenavista, concluyó la Procuraduría que debía revocarse la sentencia del Tribunal y, en su lugar, declarar la nulidad de su elección.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La excepción propuesta

Propuso el demandado, ya se dijo, la que denominó excepción de inepta demanda, diciendo que el demandante, contra lo dispuesto el artículo 75, numeral 3, del Código de Procedimiento Civil, no señaló la dirección del demandado.

Como en ocasiones anteriores, advierte la Sala que en los procesos contencioso-administrativos sólo son admisibles las excepciones de fondo, que son las que se oponen a la prosperidad de la pretensión, respecto de las cuales se decide en la sentencia, según lo establecido en el artículo 164 del Código Contencioso de Administrativo.

Sin embargo, las denominadas excepciones previas, que son las referidas al procedimiento y que en el proceso civil se proponen dentro de la oportunidad para dar contestación a la demanda y se deciden previamente y a través de incidente, según lo establecido en los artículos 97, 98 y 99 del Código de Procedimiento Civil, pueden alegarse en los procesos contencioso-administrativos como impedimentos procesales, que imposibilitan una decisión de fondo, como ocurre cuando no están reunidos los presupuestos procesales.

Uno de los presupuestos procesales es, precisamente, la demanda presentada en la debida forma, con sujeción a la ley, a falta de la cual el pronunciamiento ha de ser inhibitorio.

Con la precisión anterior será examinada la alegada ineptitud de la demanda.

Pues bien, los artículos 137 y 138 del Código Contencioso Administrativo señalan cuál ha de ser el contenido de la demanda que se presente ante la jurisdicción administrativa, de manera que la demanda que satisfaga esos requisitos es demanda presentada en debida forma. No exigen tales disposiciones el señalamiento de las direcciones o lugares en que pueden ser notificadas las partes. Entonces la demanda que no contenga esa información, no por ello ha omitido el cumplimiento de ningún requisito de forma legalmente establecido.

Es verdad que el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil que trata del contenido de la demanda, exige, en el numeral 11, no en el numeral 3, el señalamiento de las direcciones de las partes. Pero esa es norma aplicable al procedimiento civil, no al procedimiento contencioso administrativo.

Se advierte que para el caso sólo resulta aplicable el Código de Procedimiento Civil en los aspectos no contemplados en el Código Contencioso Administrativo, dice el artículo 267 de este último; pero el contenido de la demanda es aspecto regulado por el Código Contencioso Administrativo.

No es, pues, inepta la demanda.

2. **El aspecto de fondo**

Estudia la Sala cada uno de los cargos planteados por el demandante, en el orden que sigue.

a) *Primer cargo.*

El artículo 86 de la Ley 136 de 1994, dice así:

"Artículo 86. *Calidades.* Para ser elegido alcalde se requiere ser ciudadano colombiano en ejercicio y haber nacido o ser residente en el respectivo municipio o de la correspondiente área metropolitana durante un (1) año anterior a la fecha de inscripción o durante un período mínimo de tres (3) años consecutivos en cualquier época.

..."

Señala el artículo 86 de la Ley 136 de 1994 que para ser elegido alcalde es necesario, además de ser ciudadano en ejercicio, uno cualquiera de estos tres requisitos, alternativamente: haber nacido, haber residido durante el año anterior a la fecha de inscripción o haber residido durante un período de por lo menos tres años consecutivos en cualquier época, en el respectivo municipio o área metropolitana. De manera que la inelegibilidad surge cuando el candidato carece de todos esos requisitos, pues uno cualquiera le habilita para ser elegido.

Dice el demandante que el demandado, señor Marcos Rafael Brugés Santos, no nació en San Sebastián del Buenavista, sino en Riohacha, y que no reside allí, sino en Barranquilla.

Pues bien, es asunto probado, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 105 del Decreto 1.260 de 1970, que el señor Brugés Santos, nació en Riohacha y no en San Sebastián de Buenavista, pues así consta en copia de registro expedida por la Registradora Especial de Estado Civil de Riohacha (folio 34). Por lo demás, es hecho que admitió el demandado como cierto.

Resta el examen de la residencia del demandado en el municipio de San Sebastián de Buenavista en los términos del artículo 86 de la Ley 136 de 1994, esto es, durante el año anterior a la fecha de inscripción o durante un período de por lo menos tres años consecutivos en cualquier época en el municipio.

Con el propósito de demostrar ese hecho, trajo el demandante al proceso copia de una denuncia presentada por el señor Brugés Santos ante el Juzgado Promiscuo Municipal de San Sebastián de Buenavista el 12 de marzo de 1991, en la que manifestó ser vecino de Barranquilla, estar en tránsito en el municipio de San Sebastián de Buenavista, población que visitaba con mucha frecuencia, dijo, y a la que se encontraba vinculado por el simple hecho de que un hermano suyo estaba establecido allí desde hacía tres años aproximadamente, y que su permanencia en la población era de más de una semana cada vez que la visitaba (folios 29 y 30, primer cuaderno). Esa manifestación indica, inequívocamente, que el demandado para entonces no residía en San Sebastián de Buenavista ni residió allí dentro de los tres años anteriores, pero ello bien pudo ocurrir con posterioridad. Ese documento no prueba, entonces, que el señor Brugés Santos no hubiera residido en el nombrado municipio durante el año anterior a la fecha de inscripción o durante un período de por lo menos tres años consecutivos en cualquier época.

El demandante trajo también al proceso copia del directorio telefónico de Barranquilla de 1994, en el que aparece en el nombre del demandado, su dirección y teléfono (folios 35 y 36, primer cuaderno). Ese documento sólo indicaría que el demandante tenía residencia en Barranquilla, pero no que no la tuviera o hubiera tenido también en San Sebastián de Buenavista. La residencia, que es lugar en que de hecho se tiene asiento o establecimiento, puede ser más de una.

Trajo también el demandante los testimonios de los señores Ignacio Hadechiny Puello, Juan Lamar Rangel, César Fuentes Arce, Angel Velaidez Morales y Joaquín de la Peña Urbina (folios 38 a 47, primer cuaderno), recibidos anticipadamente, fuera del proceso, por el Juzgado Promiscuo Municipal de San Sebastián de Buenavista.

Pero ocurre que según lo establecido en el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, podrá pedirse que se reciban testimonios anticipados con el fin de allegarlos a un proceso únicamente a personas que estén gravemente enfermas, con citación de la parte contraria; la solicitud debe formularse ante juez de la residencia del testigo y el peticionario ha de expresar bajo juramento, que se considerará prestado por la presentación del escrito, que el testigo se encuentra en la circunstancia mencionada, e informará el lugar donde puede citarse a la persona contra quien se pretende hacer valer la prueba; si el peticionario manifestara, también bajo juramento prestado de igual manera, que ignora dónde puede citarse a la presunta contraparte, se la emplazará; el juez rechazará de plano la recepción de testimonios EXTRAPROCESO para fines judiciales cuando la solicitud no cumpla con los requisitos señalados, y los testimonios que se reciban con violación de tales reglas no podrán ser apreciados por el juez.

Tales testimonios, entonces, no pueden ser apreciados, porque fueron recibidos en contravención a lo dispuesto en el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, como que no se trataba de personas gravemente enfermas, o al menos no lo dijo así el peticionario en el escrito mediante el cual fueron solicitados; ni informó el lugar donde podía citarse a la persona contra quien se pretendía hacer valer la prueba ni manifestó que lo ignoraba, y el hoy demandado, en consecuencia, no fue citado o emplazado o, al menos, no hay prueba de que ello hubiera ocurrido. Por lo demás, se trataba de testimonios que, por las mismas razones, no podían ser ratificados en este proceso, según lo dispuesto en el artículo 229, numeral 2, del Código de Procedimiento Civil.

Y trajo también el demandante al proceso copia del oficio de 3 de noviembre de 1994, suscrito por el Director de la agencia de la Caja Agraria en ese municipio, en que se lee que el demandado "no tiene ni ha tenido cuentas corrientes ni de ahorros" en esa agencia (folio 37, primer cuaderno). De ese hecho no puede inferirse tampoco que el demandante no tenga o haya tenido residencia en San Sebastián de Buenavista, que no constituye más que un indicio levísimo, que no tiene eficacia probatoria por sí solo, ni la tiene tampoco apreciado conjuntamente con las pruebas anteriores.

Ahora bien, la alegación de que el demandado no residía en el municipio de San Sebastián de Buenavista en los términos del artículo 86 de la Ley 136 de 1994, es negación indefinida que, por lo mismo, no requería de prueba, como está dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, y siendo así era carga del demandado probar su residencia en ese municipio. Son indefinidas las negaciones que no implican la afirmación, indirecta o implícita, de hecho concreto y contrario alguno, delimitado en tiempo y lugar.

Para demostrar su residencia, solicitó el demandante y se recibieron los testimonios a que habrá de referirse la Sala a continuación.

Vale señalar previamente que no se trajo al proceso constancia de la inscripción del señor Marcos Rafael Brugés Santos, pero está probada su elección (folios 15 a 28, primer cuaderno), de manera que esa inscripción debió ocurrir a más tardar el 26 de agosto de 1994, fecha en que venció el plazo para hacerla, o el 1° de septiembre del mismo año, en que venció el de las modificaciones, en conformidad con lo establecido en los artículos 1° y 2° de la Ley 163 de 1994.

Y cabe también reiterar que la residencia es lugar en que de hecho se tiene asiento.

Pues bien, la señora Cristina Arévalo Fonseca declaró que conocía al señor Marcos Rafael Brugés Santos desde 1988 aproximadamente, "cuando su hermano Luis Brugés comenzó a trabajar la política allá en San Sebastián"; que "él vive en San Sebastián"; que "más o menos por allá en el 88 fue que lo conocí allá en San Sebastián"; que tiene relaciones comerciales con el demandado "porque él vende calzado y yo le compro calzado y lo distribuyo en el pueblo", y que "la mayor parte del tiempo él vive en San Sebastián" (folios 117 a 121, primer cuaderno). Nada dijo la testigo acerca de la residencia del demandado en el municipio durante el año anterior a la fecha de inscripción o durante un período de por lo menos tres años consecutivos en cualquier época; además, es claro que cuando lo conoció en 1988, éste no residía allí, ni lo hizo hasta 1991, cuando menos, como resulta de la denuncia presentada por el señor Brugés Santos ante el Juzgado Promiscuo Municipal de San Sebastián de Buenavista el 12 de marzo de 1991, en la que manifestó estar en tránsito en ese municipio, que visitaba con mucha frecuencia y al que se encontraba vinculado por el simple hecho de que un hermano suyo estaba establecido allí desde hacía tres años aproximadamente. Sin embargo, de la declaración puede inferirse que el demandado ha tenido residencia en San Sebastián de Buenavista, porque allí ha vivido y ha ejercido el comercio y eso denota asiento o establecimiento en ese lugar, aunque no se precisa por cuánto tiempo ni cuánto. Se advierte que el demandante tachó de sospechosa a la testigo, porque existen relaciones de afecto e interés con el demandado y su hermano, el señor Luis Carlos Brugés Santos, quien fuera alcalde del mismo municipio en el período anterior, porque las hermanas de la testigo señoras Nidia y Bilenis Alvarado Fonseca son empleadas del municipio y porque esposa del señor Cristina Arévalo Fonseca, contratista que fue del municipio cuando era su alcalde el señor Luis Carlos Brugés Santos, hechos que aceptó la declarante; además, el demandante aportó copias del contrato referido y de la correspondiente partida de matrimonio (folios 122 a 124, primer cuaderno). Existe, en verdad, motivo de sospecha. Es poco el valor probatorio de las declaraciones de testigos sospechosos, que por sí solas no pueden producir certeza en el juez,

pero apreciadas en conjunto con otras pruebas pueden producir certeza en algún grado. El testimonio que se examina, habida consideración de otras declaraciones, merece ser creído en lo que dice quel el demandado ha tenido residencia en San Sebastián de Buenavista por algún tiempo, que no pueden tenerse por establecido en esa declaración.

La señora Ladis del Socorro Montes de Díaz declaró que conocía al señor Marcos Rafael Brugés Santos, desde el año 1982, "por motivos de que estuvo en San Sebastián desde ese tiempo y él es hermano del yerno mío, mantengo con él relaciones comerciales, nosotros compramos maíz en tiempo de cosecha, cuando lo vendemos compramos ganado de levante", que "desde el 88 vive en San Sebastián, es decir él vive en San Sebastián", en casa de su hermano, "y va a Barranquilla cada quince días... a dar vuelta a los niños quien tiene en el colegio", y "tiene negocio de zapato" (folios 125 a 128, primer cuaderno). El demandante también tachó de sospechosa a la testigo porque, dijo, existen relaciones de parentesco y razones de afecto e interés respecto de los hermanos Luis Carlos y Marcos Rafael Brugés Santos, pero al respecto nada fue probado por el demandante ni aceptado por la declarante. No encuentra la Sala, entonces, motivos de sospecha, y como en el caso anterior, es indudable que el demandado en 1988 no residía en el municipio de San Sebastián de Buenavista, ni lo hizo hasta 1991; pero sí puede inferirse su residencia en ese municipio, aun cuando no está precisado por cuánto ni en qué tiempo.

El señor Abel Martínez Martínez declaró que residía en Mompós pero que estuvo trabajando en San Sebastián de Buenavista hasta 1994 en el cargo de Tesorero del municipio, que conocía personalmente al señor Marcos Rafael Brugés Santos "en el término más o menos de 8 a 9 años", es decir, desde 1986 o 1987; que tuvo con él relaciones comerciales, "le hemos vendido calzado", dijo; que el demandado "siempre ha estado viviendo en casa de un hermano", señor Luis Carlos Brugés Santos, pero que "visita creo que los fines de semana de manera esporádica familiares en la ciudad de Barranquilla" y que "la señora del señor Marcos Brugés llegaba con frecuencia a San Sebastián, pero últimamente de tres años para acá más o menos pasa la mitad del tiempo en San Sebastián"; dijo también el testigo haber vivido durante algún tiempo en Bogotá y en Valledupar (folios 129 a 133, primer cuaderno). De esta declaración sólo puede inferirse, como de las anteriores, que el demandado ha tenido residencia en San Sebastián de Buenavista, pero no está precisado por cuánto tiempo ni cuándo, aspecto en el que es más imprecisa la declaración, si se tiene en cuenta que, como afirmó, estuvo viviendo el testigo durante algún tiempo en Bogotá y en Valledupar.

El señor Gonzalo Díaz Blanco declaró que conocía al señor Marcos Rafael Brugés Santos desde 1982, que "las relaciones vinieron porque en el 85 volvió otra vez a San Sebastián y ya que el hermano estaba vinculado a un grupo político,

entonces hablando de negocios me dijo que tenía una máquina, una caterpillar, y me dijo que si era factible si por ahí había trabajos, entonces comenzamos a trabajar, yo le administré la máquina, él se quedó haciendo política con el hermano y nos seguimos conociendo ahí, nuestras relaciones han sido comerciales, también se dio cuenta él que habían (sic) otras cosas que se podía hacer y compró maíz y ganado", que "desde tres años antes de la elección de su hermano estaba residiendo en San Sebastián y en la administración lo ví como consejero, asesor", y que "él reside en San Sebastián, los hijos los tiene estudiando en Barranquilla, parece que tiene que verlos y llevarles billete para el mantenimiento" (folios 134 a 137, primer cuaderno). Según otros testimonios recibidos en el proceso, el señor Luis Carlos Brugés Santos fue elegido alcalde del mismo municipio en 1992. No es verdad, entonces, que "desde tres años antes de la elección de su hermano estaba residiendo en San Sebastián", es decir, desde 1989, siendo que, según lo dicho, para entonces sólo como transeúnte visitaba el municipio de San Sebastián de Buenavista. Pero, como, las anteriores declaraciones, sí indican algún asentamiento en ese lugar.

La señora Aniana Saucedo Rodríguez dijo que conocía al señor Marcos Rafael Brugés Santos desde 1988, "cuando estaba promocionando la plataforma o proyecto político de su hermano Luis Carlos Brugés Santos"; que "siempre ha visitado las comunidades rurales de San Sebastián, ayudándolas de una u otra forma"; que "a mediados de 1992 al ser elegido Luis Carlos Brugés alcalde de San Sebastián residió en la misma residencia de su hermano, teniendo ausencias temporales, entiendo que por razones de negocios o por gestión en compañía de su hermano, ya que era una especie de asesor técnico *ad hoc* del municipio, para aspectos de la vida municipal aquí en Santa Marta o donde correspondiera, gestiones ante el Corpes, Secretaría de Educación, Gobernación del Departamento, etc., en todas estas entidades a nivel departamental o nacional en caso que corresponda a Bogotá"; que "había negociado un lote de terreno para construir en convenio con Inurbe un proyecto de construcción de vivienda o especie de urbanización"; que "su residencia antes de 1992 sé que era Barranquilla"; que "a mediados de 1992 vi residiendo en San Sebastián en la casa del señor Luis Carlos Brugés al señor Marcos", y que "me consta que a mediados de 1992 el señor Marcos reside donde su hermano y que regularmente se ausentaba por razones de orden comercial o por razones de orden oficial" (folios 138 a 144, primer cuaderno) . Esta declaración prueba la residencia del demandado en el municipio de San Sebastián de Buenavista, porque indica asentamiento, a mediados de 1992, pero tampoco precisa por cuánto tiempo. El demandante tachó de sospechosa a la testigo, porque desempeñó el cargo de Secretaria de Planeación Municipal cuando fue Alcalde del municipio el señor Luis Carlos Brugés Santos y porque, dijo, durante la diligencia manifestó tener relaciones de amistad y laboral con el señor Marcos Rafael Brugés Santos. Existe, en verdad,

motivo de sospecha, pero aún así el testimonio que se examina merece credibilidad, en lo dicho, apreciada conjuntamente con otras recibidas en el proceso.

La señora Ledys Argüelles Ospino declaró que conocía al señor Marcos Rafael Brugés Santos desde 1988 porque frecuentaba éste la casa de sus padres; que desde entonces, cuando hacía campaña política, el señor Marcos Rafael Brugés "ha permanecido frecuentemente en la casa de su hermano", en San Sebastián de Buenavista; que el señor Brugés Santos "ha negociado ganado con la señora Gladys Montes, maíz con los señores Lácides Gutiérrez y Mercedes Gutiérrez, con el señor Ney Romero, y entre otros con Jorge Surmay con el cual negoció un lote para una urbanización que iban a construir con financiación con Inurbe" (folios 147 a 149, primer cuaderno). Ya se ha explicado que el demandado no residía en San Sebastián de Buenavista desde 1988, pero sí se advierte de la declaración que examina algún asentamiento en ese lugar, no precisado en el tiempo. El demandante tachó de sospechosa a la testigo, porque desempeñaba el cargo de administradora de los servicios Públicos Municipales, y es por tanto dependiente del demandado, aun cuando presentó renuncia al cargo, y por sus relaciones de amistad con el mismo. También en este caso existe motivo de sospecha, pero el testimonio que se examina merece credibilidad en lo dicho, porque en ello resulta concordante con otras declaraciones.

El señor Antonio Samuel Andrade Cantillo declaró que llegó al municipio de San Sebastián de Buenavista entre 1987 y 1988, y que desde entonces conoce al señor Marcos Rafael Brugés Santos; que éste prestó asesoría al alcalde anterior, del que es hermano; que tiene negocios en el municipio, en el cual iba a construir una urbanización; que desde que lo conoce el señor Brugés Santos "ha residido de manera permanente en el municipio de San Sebastián donde su hermano Luis Carlos Brugés Santos, la mayoría del tiempo con su señora ahí en casa de su hermano y tiene residencia en Barranquilla donde tiene sus hijos estudiando", o sea que "vive en San Sebastián, reside en San Sebastián, y en Barranquilla tiene los hijos a los cuales visita" (folios 150 a 153, primer cuaderno). No es verdad, como en los casos anteriores, que desde 1987 o 1988 el señor Marcos Rafael Brugés Santos ha residido de manera permanente en San Sebastián de Buenavista, pues sólo como transeúnte y a partir de 1988 visitaba ese municipio, como se ha explicado. Pero también señala residencia en ese municipio, aunque no resulta determinada en el tiempo. El demandante tachó de sospechoso al testigo, porque desempeñaba el cargo de tesorero municipal y es por tanto dependiente del demandado, aun cuando presentó renuncia al cargo, y por sus relaciones de amistad con el mismo. También en este caso existe motivo de sospecha, pero el testimonio que se examina merece credibilidad en lo que dice relación a la residencia del demandante en el municipio, según lo dicho, apreciada esa declaración conjuntamente con otras recibidas en el proceso.

El señor Henry Patiño Paba declaró que conocía al señor Marcos Rafael Brugés Santos "desde el año de 1988 para acá por sus actividades políticas": que tiene en ese municipio negocios de compra y venta de maíz, y que viene residiendo en casa de su hermano desde 1988 (folios 154 a 156, primer cuaderno). Se advierte de la declaración que se examina algún asentamiento en ese lugar, pero no resulta precisado en el tiempo, porque no es verdad que desde 1988 el señor Marcos Rafael Brugés Santos ha residido en el municipio de San Sebastián de Buenavista, como se ha explicado.

El señor William Morales Tinoco declaró que desde hace ocho años, esto es, desde 1987, conoce al señor Marcos Rafael Brugés Santos, "porque siempre lo he visto en San Sebastián, siempre ha vivido en San Sebastián y que "lo conocí con un negocio de calzado, y después lo vi en venta y compra de ganado y de maíz" (folios 157 a 159, primer cuaderno). Como en anteriores, la declaración de cuenta de algún establecimiento en el municipio de San Sebastián de Buenavista, pero no es exacto que desde 1988 el señor Marcos Rafael Brugés Santos ha recibido en el municipio San Sebastián de Buenavista, y por ello el tiempo de ese asentamiento no resulta determinado.

La señora María Delcenith Madrid Cadena declaró que conoce al señor Marcos Rafael Brugés Santos desde hace ocho años, es decir, desde 1987; que desde entonces reside en San Sebastián de Buenavista "con su familia, su esposa, su hermano y los niños de él estudian en Barranquilla", y que allí se dedica "a comprar maíz, ganado y a comprar zapatos porque él comercializaba zapatos" (folios 160 y 161, primer cuaderno). Resulta de la declaración que se estudia que el señor Marcos Rafael Brugés Santos ha residido en el municipio, por cuanto allí ha vivido y se ha establecido realizando actividades de comercio, pero no es verdad, una vez más, que esa residencia data de 1987, como se ha explicado, por lo mismo resulta indeterminada en el tiempo. El demandante tachó a la testigo de sospechosa, porque es auxiliar de la Tesorería Municipal y en tal calidad, subordinada del demandado. Sin embargo, su declaración, en que hace relación a la residencia del señor Marcos Rafael Brugés Santos en San Sebastián de Buenavista, según lo explicado, resulta creíble, porque en ello resulta concordante con otras declaraciones.

La señora Luciana Grisales de Rodríguez declaró que conoce al señor Marcos Rafael Brugés Santos desde hace aproximadamente siete u ocho años, es decir 1987 o 1988; que lo conoció "en primera instancia como comerciante de maíz después traía calzado que se lo entregaba a los clientes los cuales lo revendían"; que tuvo "oportunidad de conocerlo más de cerca durante la administración de su hermano Luis Carlos Brugés Santos, que el demandado "estuvo muy lleno colaborándole a su hermano en la administración", y que desde el tiempo a que hizo referencia

ha residido siempre "en la casa de su hermano Luis Carlos Brugés Santos... con su esposa, sus hijos, su hermano, la esposa de su hermano y los hijos de su hermano" (folios 162 a 164, primer cuaderno).

El demandante tachó de sospechosa a la testigo, porque desempeñó el cargo de Control Fiscal cuando fue alcalde del municipio el señor Luis Carlos Brugés Santos, hermano del demandado, y porque actualmente desempeña el cargo de maestra, que depende administrativamente del municipio. Existe en este caso motivo de sospecha, pero el testimonio que se examina merece credibilidad en lo que dice relación a la residencia del demandado en el municipio, según lo dicho, apreciada esa declaración conjuntamente con otras recibidas en el proceso, aun cuando, como en casos anteriores, no es exacto que el demandado hubiera residido allí desde 1997 o 1998, como se ha explicado. Entonces, aun cuando de la declaración resulta la residencia del demandado en el municipio de San Sebastián de Buenavista, no resulta acreditado por cuánto ni en qué tiempo.

La señora Milena Montes Guardias declaró que conocía al señor Marcos Rafael Brugés Santos desde aproximadamente ocho o nueve años, es decir, desde 1986 o 1987; que desde hace cuatro o cinco años comenzó "a negociar con él, me traía mercancías, él fabricaba zapatos porque tiene una microempresa", en la casa del hermano, Luis Carlos Brugés Santos, en la cual residía con antelación a su elección como alcalde del municipio de San Sebastián de Buenavista, con su esposa, la esposa de su hermano "y los niños de Luis Carlos, porque los del señor Marco llegan en tiempo de vacaciones" (folios 165 y 166), primer cuaderno). Sólo dice la declarante que conocía al señor Marcos Rafael Brugés Santos y que residió en ese municipio, no precisa cuándo tuvo lugar esa residencia ni por cuanto tiempo.

El señor Raúl Argüelles Thorrens declaró que residía en Mompós pero conocía al demandado "desde cuando yo llegué a trabajar a la administración anterior del municipio de San Sebastián, hace dos años aproximadamente", y que renunció a finales de enero y le fue aceptada esa renuncia; que lo veía mucho en la casa del hermano, Luis Carlos Brugés Santos, y en la administración municipal "lo veía permanentemente" y que residía en ese municipio "con su hermano, siempre que yo iba a su casa lo veía ahí" (folios 168 y 169, primer cuaderno). La declaración del señor Argüelles Thorrens fue recibida el 14 de febrero de 1995, de manera que si desde dos años antes conocía al señor Marcos Rafael Brugés Santos y le consta su permanencia desde entonces en San Sebastián de Buenavista , ello ocurrió aproximadamente en el mes de febrero de 1993. El testigo, entonces, da cuenta no sólo de la de la residencia del demandado en ese municipio, sino además señala que ello ha ocurrido desde febrero de 1993. Da cuenta, pues, el testigo, de la residencia del señor Marcos Rafael Brugés Santos en el municipio de San Sebastián durante el

año anterior a la fecha de inscripción, que debió ocurrir a más tardar el 26 de agosto de 1994, fecha en que venció el plazo para hacerla, o el 1° de septiembre del mismo año, en que venció el plazo de las modificaciones.

El señor Heber Patiño Rangel declaró que conocía al señor Marcos Rafael Brugés Santos desde hace alrededor de ocho años es decir, desde 1987; que este es ingeniero civil, dedicado a su profesión; que desde que le conoce ha permanecido constantemente en San Sebastián de Buenavista, residenciado en la casa de su hermano, señor Luis Carlos Brugés Santos, "con su familia, esposa e hijos y Luis Carlos que es su hermano"; que "estuvo con la idea de construir una urbanización en unos terrenos que existía la facilidad de comprarlos... pero más que todo sus labores están por fuera, donde haya oportunidades" (folios 170 a 172, primer cuaderno). El demandante tachó de sospechosa al testigo, porque ser amigo del demandado, porque pertenecen al mismo movimiento político y porque es subordinado suyo en cuanto desempeña el cargo de Técnico de la Unidad Municipal de Asistencia Técnica y Agropecuaria. Existe en este caso de sospecha, pero el testimonio que se examina merece credibilidad en lo que dice relación a la residencia del demandado en el municipio, según lo dicho, apreciada esa declaración conjuntamente con otras recibidas en el proceso, aun cuando, como en casos anteriores, no es exacto que el demandado hubiera residido allí desde 1987, como se ha explicado.

El señor Miltón Libardo Ariza Marín declaró que había llegado al municipio de San Sebastián de Buenavista en 1992, como dependiente de la sociedad CEI Ltda., encargado de la interventoría del tramo carreteable de San Sebastián de Buenavista a El Escudo; que entre febrero y marzo de 1992 tuvo relaciones de trabajo con la Alcaldía del municipio, a cargo entonces del señor Luis Carlos Brugés Santos, y "de ahí el vínculo con el señor Marcos Brugés, los vínculos con el señor Marcos Brugés fueron en lo que tiene que ver relacionado a estudios topográficos del municipio de San Sebastián"; que además en diciembre de 1992 "el señor Marcos Brugés solicitó que le prestara los servicios topográficos para sacar el área de un predio que había adquirido el señor José Surmay para efectos de hacer la ubicación de una urbanización"; que, desde que él llego a San Sebastián de Buenavista en 1992, el señor Marcos Rafael Brugés Santos ha estado siempre residenciado allí, en casa de su hermano, el señor Luis Carlos Brugés Santos; al ser preguntado acerca de las actividades del demandado, dijo el declarante que éste se ocupaba "en lo que tiene que ver con los proyectos de obras civiles en colaboración para gestionar proyectos y colaborarle a su hermano en la administración", y que realizó algunos levantamientos topográficos para el municipio en 1993 y 1994 (folios 173 a 175, primer cuaderno). El demandante tachó de sospechoso el testigo porque, dijo, se encuentra en circunstancias que afectan su credibilidad e imparcialidad por

existir relaciones de interés y afecto con los hermanos Marcos Rafael y Luis Carlos Brugés Santos, circunstancias derivadas de su calidad de contratista del municipio cuando era alcalde del mismo el señor Luis Carlos Brugés Santos, que aceptó el declarante. Existe, pues, motivo de sospecha, pero como en casos anteriores resulta creíble la declaración en lo que tiene dice relación a la residencia del señor Marcos Rafael Brugés Santos en el municipio de San Sebastián de Buenavista y, más aún, que ello ocurre desde 1992.

El señor Jainer Ferrer Rodríguez declaró que reside en Barranquilla; que desde el año 1992 conocía al señor Marcos Rafael Brugés Santos, por relaciones de trabajo; que conoció un proyecto de construcción de vivienda que éste quiso llevar a cabo, y para el cual hizo el proyecto de loteo; que residía en el municipio de San Sebastián de Buenavista en la casa de su hermano, señor Luis Carlos Brugés Santos; que el demandado "estaba dedicado a la cuestión esa de la adquisición de lotes ese era el negocio que yo le conocía y que estuve trabajando en ello"; que fue contratista del municipio de San Sebastián de Buenavista en 1994 de la construcción del mercado público "construcción de mampostería y cubierta"; que en asocio del demandado constituyó la Sociedad Mantenimiento del Caribe Ltda., pero que "esa sociedad se hizo sin conocer yo a Marcos, fue a través de un amigo que me dijo que necesitaba hacer una sociedad, para ver si yo le servía de socio porque mi amigo no podía, entonces él fue quien presentó y yo serví de socio, después de eso yo no volví a verme más con el señor Brugés, o sea conocerlo en sí", y que "de acuerdo a los estudios y diseños que yo hice allá para unos puestos de salud y una escuela básica primaria, me di a conocer mi trabajo ahí a través de que me acordé de la vez que había tratado a Marcos Brugés cuando se hizo la cuestión de la sociedad, entonces me enteré por el amigo mío que el hermano había salido elegido alcalde, entonces le dije a él que si había alguna posibilidad de ayudarme con algunos trabajos, entonces fue cuando me dijo lo de la escuela y la del puesto de salud, eso fue en el año 1992 y después de ahí los otros contratos que he hecho" (folios 177 a 179, primer cuaderno). El demandante tachó de sospechoso el testigo porque, dijo, se encuentra en circunstancias que afectan su credibilidad e imparcialidad por existir relaciones de interés con el señor Marcos Rafael Brugés Santos, circunstancias derivadas de que en asocio de éste constituyó la Sociedad Mantenimiento de Caribe Ltda, y porque "la relación del señor Marcos Brugés fue la que hizo posible convertirse en contratista del municipio de San Sebastián". Existe, pues, motivo de sospecha, pero resulta creíble la declaración en lo que tiene dice relación a la residencia del señor Marcos Rafael Brugés Santos en el municipio de San Sebastián de Buenavista y que ello ocurre desde 1992.

El señor Miguel Pinedo Vidal declaró que conocía al señor Marcos Rafael Brugés Santos desde hacía seis o siete años, y que no sabía dónde residía éste (folios 182 y 183).

El señor Jesús Eduardo Ortiz Pacheco, residente en la ciudad de Santa Marta, declaró que conocía al demandado "desde hace más o menos seis a siete años" o sea desde 1988 o 1989; que lo conoció en Santa Marta; que sabe que "él tiene un vuldoce o caterpila y lo mantiene en el pueblo de San Sebastián haciendo trabajos varios, ya sea por arriendo o directamente, también estaba en un proyecto de construcción de un lote, no se si lo ejecutó o no lo ha ejecutado"; que "cuando yo estaba de gerente de la Beneficencia del Magdalena y a veces solía presentarse como dirigente político de aquella población, bregando en nombre de algunas comunidades para que le colaboráramos con medicinas, útiles escolares y hasta camas hospitalarias para el puesto de salud" y que sabe que su residencia ha sido San Sebastián de Buenavista, en la que estuvo por primera vez y visitó al demandado un fin de semana del mes de julio de 1992; que "no se me olvida porque cuando llegué a la plaza pregunté dónde vivía el doctor señor Marcos Brugés Santos, a unos jóvenes que jugaban al fútbol sobre la calle y uno de ellos se me acercó a la ventanilla del carro y me señaló siga derecho, allá al final antes de llegar a la otra plaza, a mano izquierda, la casa más bonita, yo seguí y más o menos al llegar por el lugar que me indicara pregunté frente a una de las casas que me pareció más o menor (sic) aquí vive el doctor señor Marcos Brugés y alguien me contestó no señor, es una o dos casas después y lógicamente para mi sorpresa no era la casa más bonita, efectivamente me bajé y lo encontré y estuvimos conversando, pero posteriormente he ido unas o dos o tres veces más" (folios 184 a 187, primer cuaderno). El demandante tachó de sospechoso al testigo, porque, dijo, existen relaciones de afecto y amistad con el señor Marcos Rafael Brugés Santos, y porque pertenecen al mismo movimiento político. Pero su declaración es digna de crédito; en cada caso explicó el testigo, razonablemente, la razón de su dicho. Y da cuenta de la residencia del demandado en el municipio de San Sebastián de Buenavista en el mes de julio de 1992.

El señor Gabriel Enrique Caifa declaró que residía en Santa Marta; que conocía al señor Marcos Rafael Brugés Santos desde hace tres años aproximadamente, es decir, desde 1992, y que "lo conocí siendo funcionario del P.N.R., en San Sebastián, haciendo yo gestiones para los municipios del sur del Magdalena, lo conocí allá en San Sebastián donde me lo presentó su hermano quien era alcalde para ese entonces, con Marcos me entendía para la gestión de proyectos de beneficio comunitario para San Sebastián"; al ser preguntado por las actividades a que se dedicaba el demandado, afirmó que era "asesor del municipio en proyectos, tanto allá en San Sebastián como aquí en Santa Marta cuando venía se entendía conmigo", y que entiende que él vivía en la casa del mismo alcalde, porque fue allí donde varias veces lo fui a buscar en las mañanas y ahí estaba" y que "el era el encargado de tramitar los proyectos ante la alcaldía o municipio" (folios 189 y 190, primer

cuaderno). El testigo da cuenta de la residencia del demandado en San Sebastián de Buenavista en 1992.

La señora Elizabeth Rodado de Fábregas declaró estar avecindada en Barranquilla, que tiene cinco años de vivir donde vive actualmente, en la urbanización La Playa, carrera 24A, número 7-15, que el señor Marcos Rafael Brugés Santos "es mi vecino la misma pared", que el demandado "ya estaba en casa", que "el hermano de él también fue alcalde el señor Luis y el señor Marcos desde el tiempo que el hermano fue alcalde casi no lo veo, él sí vive en esa casa pero yo no lo veo a él a los únicos que veo son a los niñitos y a la suegra que es amiga mía... yo antes sí lo veía mucho, es muy amable vecino" (folio 115, segundo cuaderno). La declarante no da cuenta de la residencia del señor Brugés Santos, en el municipio de San Sebastián de Buenavista, pero es indicativa la circunstancia de que para entonces no frecuentaba su casa en Barranquilla.

El señor Gustavo Henríquez Anaya declaró ser residente en Barranquilla y manifestó que "el señor Luis Brugés fue elegido en el año de 1992, a raíz de esa elección del hermano Luis Brugés, el señor Marcos Brugés que era mi vecino se trasladó a fijar la residencia para la campaña del hermano en la fecha de noviembre a diciembre de 1991 para efecto de la campaña fijó su residencia con el hermano Luis Brugés en el pueblo San Sebastián, yo lo veía exporiadicamente (sic) a hacer visitas a su madre la señora Lucila de Brugés , o sea la madre de ambos, cuando él venía hacer visitas los sábados, domingos y días de fiesta. Después de terminado el período del hermano él lanzó su candidatura que por intermedio de sus familiares supe yo que quedó electo... fijó su residencia según sus familiares Lucila o sea su madre en el pueblo de San Sebastián" (folios 116 y 117, segundo cuaderno). No indica el declarante que le conste el hecho de la residencia del señor Marcos Rafael Brugés Santos en el municipio de San Sebastián de Buenavista, pero los hechos de que da cuenta, es decir, de sus visitas sólo esporádicas son igualmente indicativos.

Por otra parte, obra en el expediente el oficio 19/DMG.1.5.67 de 13 de febrero de 1995 expedido por Registrador Municipal del Estado Civil de San Sebastián de Buenavista, en que consta que el señor Marcos Rafael Brugés Santos se encuentra inscrito en el correspondiente censo electoral (folios 181 y 182, primer cuaderno). Ello, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la Ley 163 de 1994, hace presumir la residencia en ese municipio, para los efectos de lo dispuesto en el artículo 316 constitucional, es decir, sólo para participar en las votaciones para la elección de autoridades locales y para la decisión de asuntos del mismo carácter. No señala el nombrado oficio desde cuándo está inscrito el demandado en el correspondiente censo electoral.

Los testimonios referidos, apreciados en conjunto, demuestran la residencia del demandado, señor Marcos Rafael Brugés Santos en el municipio de San Sebastián de Buenavista, desde 1992, con lo cual se satisface el requisito de residir en el municipio de que se trate durante el año anterior a la fecha de la inscripción, señalado en el artículo 86 de la Ley 136 de 1994.

b) *Segundo Cargo.*

Dijo el damandante que fue transgredido el artículo 316 de la Constitución, por cuanto el demandado, señor Brugés Santos, votó en San Sebastián de Buenavista, "sin ser residente y lo más grave es hacerlo, sabiendo que no podía hacer".

Una vez más advierte la Sala que la violación del artículo 316 constitucional no determina la nulidad de la elección. En tales casos, según lo establecido en el artículo 4° de la Ley 163 de 1994, sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar y cuando mediante un procedimiento breve y sumario se compruebe que el inscrito no reside en el respectivo municipio, el Consejo Nacional Electoral declarará sin efecto la inscripción.

Lo brevemente expuesto es suficiente para desestimar el cargo.

3. **Consideraciones finales**

Según lo expuesto, habrá de ser confirmada la sentencia apelada. Pero son del caso las siguientes consideraciones.

El señor Gonzalo Díaz Blanco declaró que conocía al señor Marcos Rafael Brugés Santos, quien "desde tres años antes de la elección de su hermano estaba residiendo en San Sebastián y en la administración lo vi como consejero, asesor". La señora Aniana Sauceso Rodríguez dijo que conocía al señor Marcos Rafael Brugés Santos desde 1988, "cuando estaba promocionando la plataforma o proyecto político de su hermano Luis Carlos Brugés Santos", y que "a mediados de 1992 al ser elegido Luis Carlos Brugés alcalde de San Sebastián residió en la misma residencia de su hermano... ya que era una especie de asesor técnico *ad hoc* del municipio". El señor Antonio Samuel Andrade Cantillo declaró que el señor Marcos Rafael Brugés Santos prestó asesoría al alcalde anterior, del que es hermano. La señora Luciana Grisales de Rodríguez declaró que el señor Marcos Rafael Brugés Santos" estuvo muy de lleno colaborándole a su hermano en la administración". El señor Raúl Argüelles Thorrens declaró que al demandado "lo veía permanentemente" en la administración. El señor Milton Libardo Ariza Marín declaró que entre febrero y marzo de 1992 tuvo relaciones de trabajo con la alcaldía del municipio, a cargo entonces del señor Luis Carlos Rafael Brugés Santos, y que por ello tuvo vínculos con el señor Marcos Rafael Brugés Santos "en lo que tiene que ver relacionado a

estudios topográficos del municipio de San Sebastián", que se llevaron a cabo en 1993 y 1994, cuando era alcalde del municipio señor Luis Carlos Brugés Santos, y dijo también que el demandado se ocupaba "en lo que tiene que ver con los proyectos de obras civiles en colaboración para gestionar proyectos y colaborarle a su hermano en la administración". El señor Jainer Ferrer Rodríguez declaró que fue contratista del municipio de San Sebastián de Buenavista en 1994 de la construcción de mercado público, "construcción de mampostería y cubierta", y que "de acuerdo a los estudios y diseños que yo hice allá para unos puestos de salud y una escuela básica primaria, me di a conocer con mi trabajo ahí a través de que me acordé de la vez que había tratado a Marcos Brugés cuando se hizo la cuestión de la sociedad, entonces me enteré por el amigo mío que el hermano había salido elegido alcalde, entonces le dije a él que si había alguna posibilidad de ayudarme con algunos trabajos, entonces fue cuando me dijo lo de la escuela y la del puesto de salud, eso fue en el año 1992 y después de ahí los otros contratos que he hecho". El señor Gabriel Enrique Caifa declaró que conocía al señor Marcos Rafael Brugés Santos desde 1992, y que con él se "entendía para la gestión de proyectos de beneficio comunitario para San Sebastián, que era "asesor del municipio en proyectos, tanto allá en San Sebastián como aquí en Santa Marta cuando venía se entendía conmigo". El señor Gabriel Enrique Caifa declaró que conoció al señor Marcos Rafael Brugés Santos, siendo alcalde del municipio de San Sebastián un hermano de éste, y que con él se "entendía para la gestión de proyectos de beneficio comunitario para San Sebastián" y que era "asesor del municipio en proyectos".

Todo ello, advierte la Sala, podría estar señalando que los señores Luis Carlos Brugés Santos y Marcos Rafael Brugés Santos, cuando fue aquél alcalde del municipio de San Sebastián de Buenavista, participaron en la celebración indebida de contratos del municipio o hubo tráfico de influencias para esos mismos efectos, conductas que podrían ser constitutivas de delitos. Por tanto, dispondrá la Sala, como ordenan los artículos 76 del Decreto 250 de 1970 y 25 del Código de Procedimiento Penal, que sea puesto el asunto en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, organismo al cual corresponde investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores, según lo dispuesto en los artículos 250 de la Constitución y 3° y 4° del Decreto 2699 de 1991, para lo cual habrá de remitirse copia íntegra del expediente.

Finalmente, según pronunciamiento de mérito habría de recaer sobre el acto de inscripción y demás actos relacionados con los escrutinios, como se pide en la demanda, porque se trata de actos intermedios, siendo que la decisión anuladora sólo puede comprender el acto mediante el cual la elección se declara, según lo dispuesto en el artículo 229 del Código Contencioso Administrativo.

IV. DECISION

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:

Confírmase la sentencia de 5 de julio de 1995 dictada por el Tribunal Administrativo del Magdalena.

En conformidad con lo expresado en la parte motiva de esta sentencia, envíese copia íntegra del expediente a la Fiscalía General de la Nación.

En firme esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Esta sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de dieciséis de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Mario Alario Méndez, Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

CONCEJAL - Inhabilidades / SENTENCIA DE EXEQUIBILIDAD - Efectos

Cabe señalar que la Corte Constitucional, mediante sentencia C-231 de 25 de mayo de 1995 encontró ajustada a la Constitución el artículo 43 numeral 3° de la Ley 136 de 1994, salvo la expresión "de educación superior", que declaró inexequible (expedientes D-679, D-681, D-689, D-690, D-697 y D-700). Las sentencias que profiere la Corte en sede constitucional tienen el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para las autoridades y los particulares, y lo que decida no puede ser objeto de nueva controversia, siendo que debe confrontar de oficio la norma acusada con todos los preceptos constitucionales, según lo dispuesto en los artículos 241 y 243 de la Constitución y 21 inciso primero, y 22 del Decreto 2067 de 1991, por ello, no es posible dejar de aplicar el referido numeral 3 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, bajo la censura de inconstitucionalidad.

CONCEJAL - Inhabilidad / EMPLEADO PUBLICO - Inhabilidad para ser concejal / LEY POSTERIOR - Inaplicación.

Es claro que el demandado dentro de los tres meses anteriores a la fecha de su inscripción ostentaba la calidad de empleado público y, por tanto, se encontraba incurso en el motivo de inhabilidad de concejal, establecido en el numeral 3° del artículo 43 de la Ley 136 de 1994. Su elección es, entonces, nula. No es aplicable al caso el artículo 11, numeral 3° de la Ley 177 de 1994, porque entró en vigencia el 28 de diciembre de 1994, esto es, con posterioridad a la celebración de las elecciones, que tuvieron lugar el 30 de octubre de ese año.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Mario Alario Méndez.*

Referencia: Expediente número 1453.

Demandante: Carlos Hernando Estévez Amaya.

Electoral.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandado, señor Rafael Omar Joya Quintero, contra la sentencia de 8 de agosto de 1995 dictada por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual declaró nula su elección como Concejal del municipio de Charalá para el período de 1995 a 1997.

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Carlos Hernando Estévez Amaya demandó ante el Tribunal Administrativo de Santander fuera declarado nulo el acto mediante el cual se declaró elegido Concejal del municipio de Charalá al señor Rafael Omar Joya Quintero para el período de 1995 a 1997, contenido en acta parcial de escrutinio de votos expedida por la comisión escrutadora municipal el 1° de noviembre de 1994, y en consecuencia, se ordenará la cancelación de la respectiva credencial.

Dijo el demandante que el señor Rafael Omar Joya Quintero laboró como Secretario de la Personería Municipal de Charalá entre el 3 de septiembre de 1992 y el 29 de julio de 1994; que, en consecuencia, ostentó cargo público hasta la última de las fechas citadas, en la que presentó renuncia, y que posteriormente, el 26 de agosto de 1994, se inscribió como candidato al Concejo Municipal de Charalá.

A juicio del demandante el demandado se encontraba inhabilitado para inscribirse y ser elegido concejal, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, porque dentro de los tres meses anteriores a la inscripción de su candidatura se desempeñó como empleado oficial.

Además de la norma legal referida, el demandante citó como transgredidos los artículos 87 de la Constitución; 28 y 29 de la Ley 78 de 1986, y 223, numeral 5, 223, 226, 227, 228 y 229 del Código Contencioso Administrativo.

El demandado contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del actor y manifestando que en su condición de ciudadano tenía y tiene derecho a elegir y ser elegido, según lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución; que no es dable condicionar el derecho de participación política a la reglamentación del artículo 43, numeral 3, de la Ley 136 de 1994, pues se contraría con ello lo dispuesto en el artículo 4° Constitucional; que las limitaciones a tal derecho son las señaladas taxativamente en el inciso segundo del artículo 127 de la Constitución, y que como

dependiente, secretario o auxiliar de la Personería de Charalá nunca ejerció poder político, pues no tuvo a su cargo actos que implicaran ejercicio de jurisdicción, autoridad civil o política, ni su cargo tuvo dirección administrativa, aspectos a los cuales se contraen las limitaciones establecidas en citada disposición, y que el inciso tercero del artículo 127 de la Constitución a su vez dispone que quienes no estén afectados por la prohibición constitucional podrán participar en las actividades y controversias políticas.

En su alegato de conclusión dijo el demandado que mediante el numeral 3 del artículo 11 de la Ley 177 de 1994 fue modificado el numeral 3 del artículo 43 de la Ley 136 de ese año, en cuanto se dispuso la inhabilidad de quien dentro de los tres meses anteriores a la fecha de la elección, y no de la inscripción, hubiera sido empleado público o trabajador oficial, y que por ello desapareció el cargo imputado al demandado.

II. LA SENTENCIA APELADA

Es la dictada el 8 de agosto de 1995 por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual declaró nula la elección del señor Rafael Omar Joya Quintero como Concejal del municipio de Charalá para el período Constitucional de 1995 a 1997.

Dijo el Tribunal que como la renuncia del señor Rafael Omar Joya Quintero tuvo lugar el 29 de julio de 1994, no se hizo con anterioridad al término señalado en el numeral 3 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994; que el numeral 3 del artículo 11 de la Ley 177 de 1994, por el cual fue modificado el anterior no es aplicable al caso controvertido, porque no es posible extender sus efectos a situaciones jurídicas verificadas con anterioridad a su vigencia, y que cuando fue presentada la renuncia, se realizó la inscripción de candidatos al Concejo y ocurrió la elección se regía la Ley 136 de 1994, que por tanto, resulta aplicable.

El Tribunal, además, advirtió que eran distintas las causas de inelegibilidad de las de incompatibilidad, porque en tanto las primeras prohíben la elección y la vician de nulidad, las últimas tienen como objeto regular la actividad de quienes han accedido a la función pública, pero su acaecimiento no vicia de nulidad la elección; que el artículo 127 de la Constitución tiene establecidas causas de incompatibilidad, no de inhabilidad; que en desarrollo de lo dispuesto en los artículos 293 y 312 de la Constitución, en el artículo 43 de la Ley 136 de 1994 fueron establecidas causales de inhabilidad para ser concejal, y que no hay incompatibilidad alguna entre la disposición Constitucional y la disposición legal señaladas por el demandante.

III. LA APELACION

Contra la sentencia anterior el demandado interpuso el recurso de apelación. Insistió el demandado en la aplicación de la Ley 177 de 1994, ley vigente al momento del fallo; que el período para el cual el demandado fue elegido comenzó el 1° de enero de 1995, y que para entonces estaba vigente esa ley y que por ello no existía ya impedimento o inhabilidad para que el demandado pudiera ejercer el cargo de concejal, y que como secretario mecanógrafo no ejerció autoridad administrativa, política o civil.

IV. LA OPINION DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuraduría Novena Delegada ante el Consejo de Estado rindió su concepto número 64 el 24 de octubre de 1995.

Dijo la Procuraduría, en primer lugar, que es la ley la encargada de determinar las inhabilidades e incompatibilidades de los miembros de los concejos municipales, de lo cual concluyó que no existe la incompatibilidad que alega el demandado entre la Constitución y la ley.

Dijo también que no era del caso tomar en consideración la Ley 177 de 1994, ya que comenzó a regir el 28 de diciembre de 1994, con posterioridad al acto acusado.

Y concluyó diciendo que el demandado se encontraba incurso en la causal de inhabilidad establecida en el artículo 43, numeral 3, de la Ley 136 de 1994, porque hizo dejación de su cargo dentro de los tres meses anteriores a su inscripción.

Solicitó, así, fuera confirmada la sentencia del Tribunal.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En artículo 43, numeral 3, de la Ley 136 de 1994 dice así:

"Artículo 43. Inhabilidades. No podrá ser concejal:

...

3. Quien dentro de los tres meses anteriores a la fecha de la inscripción haya sido empleado público o trabajador oficial, salvo que desempeñe funciones docentes de educación superior.

Cabe señalar que la Corte Constitucional, mediante sentencia C-231 de 25 de mayo de 1995, encontró ajustada a la Constitución la disposición transcrita, salvo la expresión "de educación superior", que declaró inexequible (expediente D-679, D-681, D-689, D-690, D-697 y D-700). Las sentencias que profiere la Corte en sede constitucional tienen el valor de cosa juzgada constitucional y son de

obligatorio cumplimiento para las autoridades y los particulares, y lo que decida no puede ser objeto de nueva controversia, siendo que debe confrontar de oficio la norma acusada con todos los preceptos constitucionales, según lo dispuesto en los artículos 241 y 243 de la Constitución y 21, inciso primero, y 22 del Decreto 2.067 de 1991. Por ello, no es posible dejar de aplicar el referido numeral 3 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, bajo la censura de inconstitucionalidad.

Pues bien, está probado que el señor Rafael Omar Joya Quintero fue nombrado Secretario Mecanógrafo de la Personería Municipal de Charalá, mediante la Resolución número 2 de 2 de septiembre de 1992 (folio 77); que tomó posesión de ese cargo el 3 de los mismos, como consta en el acta correspondiente (folio 78); que mediante Resolución número 2 de 29 de julio de 1994 le fue aceptada renuncia al cargo, a partir de esa fecha (folios 79 y 80); que fue inscrito como candidato al Concejo del municipio de Charalá el 26 de agosto de 1994 para el período de 1995 a 1997 y que aceptó esa inscripción, como consta en la correspondiente acta de solicitud de inscripción y constancia de aceptación de lista de candidatos (formulario E-6) (folio 1), y que resultó elegido en las elecciones realizadas el 30 de octubre del mismo año, como consta en el acta parcial del escrutinio de los votos para alcalde (formularios E-26) (folios 2 a 6).

Siendo así, es claro que dentro de los tres meses anteriores a la fecha de su inscripción ostentaba la calidad de empleado público y, por tanto, se encontraba incurso en el motivo de inhabilidad establecido en el numeral 3 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994. Su elección es, entonces, nula y por ello habrá de confirmarse la decisión del Tribunal.

Finalmente, no es aplicable al caso el artículo 11, numeral 3, de la Ley 177 de 1994, porque entró en vigencia el 28 de diciembre de 1994, esto es, con posterioridad a la celebración de las elecciones, que tuvieron lugar el 30 de octubre de ese año. Por lo demás, ha sido éste el criterio expresado por la Sala en ocasiones anteriores, y entre otras en las sentencias 1° de septiembre (expediente 1.357) y de 23 de octubre (expediente 1.409), ambas de 1995.

VI. DECISION

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:

Confírmase la sentencia de 8 de agosto de 1995 dictada por el Tribunal Administrativo de Santander mediante la cual declaró nula la elección del señor

Rafael Omar Joya Quintero como Concejal del municipio de Charalá para el período de 1995 a 1997.

En firme esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de veinticuatro (24) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Mario Alario Méndez, Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NOTA DE RELATORIA; Reiteración jurisprudencial sobre la inaplicación de la Ley 177 del 28 de diciembre de 1994, a las elecciones del 30 de octubre de 1994, por ser ley posterior establecida en las sentencias del primero de septiembre de 1995; Exp. 1357 y 23 de octubre de 1995 Exp. 1409.

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD - Improcedencia

Sobre la base de la mayor capacidad vinculatoria que la norma transcrita otorga a la Constitución Nacional, el juez queda relevado de su obligación de aplicar la ley en casos concretos, siempre que observe contradicción entre cualquier reglamen-tación jurídica y la Carta Fundamental, razón por la cual, resulta imposible elaborar de manera lógica, un juicio de inconstitucionalidad, partiendo de la hipótesis que expone el demandado, consistente en la posible improsperidad de la pretensión, frente al contenido de dos preceptos constitucionales.

CANDIDATO A ALCALDIA - Inhabilidad / INHABILIDAD POR CELEBRACION DE CONTRATOS - Alcance /PRINCIPIO DE LA BUENA FE - Contradicción

El apoderado del demandado sostiene que la inhabilidad consagrada en el artículo 95-5 de la Ley 136 de 1994, pretende impedir el acceso de los contratistas de entidades públicas a las alcaldías, para evitar que obtengan "nuevos contratos en forma deshonesta y corrupta", por lo cual un ocasional proveedor de drogas como su representado no sería destinatario de tal inhabilidad; esta apreciación es, a juicio de la sala, contraria al principio de la buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución Nacional y además muy restringida, considerando que el fundamento de las inhabilidades es más amplio en la medida que busca evitar el aprovechamiento de la influencia que poseen algunos candidatos y que podría desviar, en favor de éstos, la voluntad del elector, colocando a otros aspirantes en una inequitativa situación de desigualdad. Cuando la inhabilidad deriva de la contratación comprende no sólo a quienes hayan celebrado sino a quienes hayan intervenido en la celebración de convenios con organismos públicos antes, no después de la elección.

DERECHO A ELEGIR - Restricción / DERECHO A SER ELEGIDO - Restricción

Si bien es cierto que el artículo 40 de la Constitución Nacional consagra, en su numeral 1 el derecho a elegir y ser elegido, también lo es que el ejercicio de tales derechos encuentra ocasionales restricciones como las derivadas, para el primer caso, de circunstancias como la edad (artículos 98-99 Constitución Nacional); el ser miembro de las fuerzas armadas (artículo 219 Constitución Nacional); la situación de extranjero (artículo 100, inc. seg. Constitución Nacional): así mismo existen restricciones al derecho a ser elegido, como cuando para el desempeño de determinados cargos de elección la ley o la Constitución exigen el cumplimiento de calidades y requisitos, o cuando un aspirante se halla incurso en alguna situación de prohibición que impide su acceso a un cargo de elección popular, tal como ocurre con los regímenes de inhabilidades de ordinario consagrados en la ley.

CANDIDATO A ALCALDE - Inhabilidad / CELEBRACION DE CONTRATOS - Contratista de entidad pública / LEY DE CONTRATACION - Inaplicación

No queda duda alguna que entre el primero (1°) de agosto de 1993 y el 18 de julio de 1994, el señor Uriel Ramírez realizó y ejecutó en el municipio de Montebello (Antioquia), en el que resultó elegido alcalde, varios contratos de suministro como proveedor de medicamentos, de implementos de oficina, de utensilios de mantenimiento, etc., de una entidad pública del orden municipal, como es el Hospital San Antonio de Montebello; quedando además desmotrado que en desarrollo de tal convenio, el demandado recibió contraprestación consistente en el pago correspondiente, como de ordinario acontece en las relaciones contractuales de este tipo. Ahora bien, teniendo en cuenta que su inscripción como candidato a la alcaldía de Montebello, se realizó el 26 de agosto de 1994 y que el año anterior a ella se extendió hasta el 26 de agosto de 1993, es evidente que el demandado se encontraba incurso en la causal de inhabilidad prevista en el artículo 95-5 de la Ley 136 de 1994. Lo anteriormente expuesto es suficiente para concluir que la decisión recurrida se encuentra ajustada a derecho y por lo tanto debe ser confirmada, no sin antes precisar que las excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades previstas en el artículo 10 de

la Ley 80 de 1993, invocado por el apoderado del demandado, son inaplicables al caso en examen, por cuanto se trata de bienes y servicios ofrecidos por la entidad pública en igualdad de condiciones.

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

Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de noviembre de mil novecientos

noventa y (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Referencia: Expediente número 1460.

Actor: Carlos Jorge Suárez Toro.

Electoral - Segunda Instancia.

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por el apoderado del demandado y por el Procurador 32 Judicial, contra la sentencia dictada el 4 de julio de 1995 por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Antioquia.

ANTECEDENTES

1. **Lo que se demanda (fls. 1° y 6°)**

Actuando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública electoral, el actor de la referencia demandó la nulidad de la elección del señor Uriel Ramírez Giraldo, como alcalde del municipio de Montebello, Antioquia; período 1995-1997 y del acta E-26 AG que contiene la declaratoria de elección mencionada; solicitó además dejar sin efecto la credencial que acredita al elegido su condición de alcalde y que como consecuencia de las anteriores declaraciones se ordene señalar fecha y hora para realizar nueva elección.

El actor afirma, que el acto impugnado viola el artículo 95-5 de la Ley 136 de 1994, en razón de que el señor Ramírez Giraldo se encontraba inhabilitado para ser elegido alcalde, pues la denominada "Droguería Comercial" del municipio de Montebello, de la que el demandado es su propietario y representante legal, es y ha sido durante mucho tiempo, la encargada de proveer drogas y otros elementos a las siguientes entidades públicas:

Empresa Antioqueña de Energía S.A., -EADE-; Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, Hospital San Antonio, Rentas Departamentales de Antioquia, todas ellas con dependencias ubicadas en el municipio de Montebello, cito además los artículos 223-5 y 228 del C.C.A.

En escrito separado el actor solicitó la suspensión provisional del acto acusado (fls. 10-11), aduciendo que el demandado se encontraba inhabilitado conforme al artículo 95-5 de la Ley 136 de 1994, dado que dentro del año anterior a su inscripción había intervenido, a través de su establecimiento de comercio, en la celebración de contratos con las entidades públicas mencionadas.

2. **La contestación de la demanda**

El señor Uriel Ramírez Giraldo constituyó apoderado quien contestó la demanda afirmando que, aun cuando su representado era propietario y representante legal de la "Droguería Comercial", durante el año anterior a su inscripción no intervino en la celebración de contratos con entidades públicas, en interés propio o en el de terceros ni celebró, por sí o por interpuesta persona, contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que debiera ejecutarse o cumplirse en el municipio de Montebello; considera que no existe la inhabilidad alegada por el actor pues, aún cuando hubiese suministrado alguna droga a las entidades señaladas en la demanda, éstas, dada la cuantía, actuaron solicitando un suministro que se rige por las normas de derecho privado (artículo 39 parágrafo L. 80 de 1993) y el demandado tenía obligación legal de proveerlo (artículo 10 L. 80 de 1993). El contrato no se celebró en interés propio del contratista, ni de la "Droguería Comercial", sino de las entidades, lo que también se deduce del valor de la droga suministrada, el establecimiento mencionado no estaba inscrito como proveedor de ninguna de las entidades a que se refiere, el accionante, ni realizó contrato escrito con ninguna de ellas (artículo 41 L. 80 de 1993).

El demandado propone la excepción de inconstitucionalidad aduciendo que de prosperar la pretensión del accionante, se lesionarían gravemente los derechos a elegir y ser elegido (artículo 40 Constitución Nacional), y al trabajo (artículo 25 Constitución Nacional), por lo que considera necesario hacer una interpretación teleológica del artículo 95-5 de la Ley 136 de 1994, pues la inhabilidad en él consagrada no está dirigida al comerciante que ocasionalmente hace suministros menores, sino a los contratistas de las entidades de derecho público.

3. **La sentencia apelada**

El Tribunal Administrativo de Antioquia declaró la nulidad de la elección del señor Uriel Ramírez Giraldo, como alcalde municipal de Montebello con base en los siguientes argumentos:

De la certificación del Servicio Seccional de Salud de Antioquia, se observa que el Hospital San Antonio del municipio de Montebello, es una entidad creada por Acuerdo número 2 del 24 de enero de 1943 del Concejo Municipal, de origen

público y perteneciente al subsector oficial del sector salud, luego, no hay duda respecto de su carácter público.

A folio 7 del expediente aparece certificado expedido por la Cámara de Comercio de Medellín, donde consta que el demandado es propietario de la "Droguería Comercial" en el municipio de Montebello; a folios 54 y siguientes se encuentran copias de las facturas u órdenes de compra y de pago de bienes comprados por el Hospital San Antonio en la "Droguería Comercial". Contratos celebrados dentro del año inmediatamente anterior a la inscripción del señor Uriel Ramírez Giraldo como candidato a la alcaldía, según oficio firmado por la Directora del Hospital.

El cotejo de la disposición legal con la situación fáctica, condujo al *a quo* a concluir que el señor Ramírez Giraldo estaba inhabilitado. El fallador de primera instancia sostuvo que la norma no distingue si los contratos celebrados se rigen por normas de derecho privado o de derecho público; que el legislador estableció la celebración de contrato como una circunstancia que impide la elección del aspirante a alcalde; que la interpretación de la norma debe hacerse en consonancia con el principio de la eficacia del voto, del derecho a elegir y ser elegido y de las necesidades del servicio, en este caso el de salud.

Observó además el *a quo* que el suministro de bienes como los que aparecen en las copias de las órdenes de compra, no encaja dentro del concepto de proveedor único o de contrato ofrecido en iguales condiciones para todos ni en situaciones de urgencia, pues algunas de esas compras se refieren a necesidades generales del servicio. Según la prueba testimonial, la única farmacia en capacidad de suministrar la droga requerida –aparte de la del hospital– es la del demandado, pero ello en nada incide en la decisión, porque la nulidad deviene no de suministro de drogas sino de otros elementos.

Finalmente el Tribunal advirtió, en relación con la Empresa Antioqueña de Energía S.A. -EADE-, que no se demostró la celebración de contratos dentro del año anterior a la inscripción y que en la prueba visible al folio 9 sólo constan las fechas de pago mas no de su celebración.

4. **Fundamentos del recurso de apelación**

4.1. **De la parte demandada** (fls. 357-361).

El apoderado del señor Uriel Ramírez Giraldo sostiene que la providencia recurrida se limitó a cotejar la norma invocada (artículo 95-5 L. 136 de 1994), con la existencia de algunas facturas que demuestran los suministros realizados por el demandado al hospital de la localidad, sin tener en cuenta algunos hechos fundamentales probados; sostiene que en el proceso quedó claramente establecido

que los suministros ocasionales no fueron realizados en interés propio de la "Droguería Comercial" ni del señor Uriel Ramírez, tal como exige el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, sino del hospital; también quedó demostrado y no fue tenido en cuenta en la providencia impugnada, que la droguería mencionada estaba dirigida a atender al público en general y no a contratar con entidades de derecho público. Al respecto, el artículo 10 de la Ley 80 de 1993 determina que no quedan cobijadas por inhabilidades e incompatibilidades las personas que contraten por obligación legal o lo hagan para usar bienes o servicios que las entidades mencionadas en ese estatuto ofrezcan al público; ni el demandado como persona natural ni su establecimiento público de comercio, podían negarse a hacer un suministro requerido por el hospital de la localidad, que entre otras cosas no era una entidad del orden municipal, sino adscrita al sistema nacional de salud.

En el proceso se determinaron las fechas de inscripción del demandado y de cancelación suministros pero no se estableció la fecha en que se hizo el contrato, que para el caso es la orden escrita.

El fallo impugnado interpretó erróneamente el artículo 95 de la Ley 136 de 1994 y ha subordinado el principio electoral de la eficacia del voto, el derecho fundamental a elegir y ser elegido (artículo 40 Constitución Nacional) y las necesidades del servicio de salud (artículo 49 Constitución Nacional) a una inhabilidad que no existe.

4.2. **Del Procurador 32 Judicial.** (fls. 363-366).

Manifiesta el apelante que si de lo que se trata es de encuadrar la ocurrencia fáctica y procesalmente probada no hay duda de que el demandado se encontraba inhabilitado en términos del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, pero también considera que, tratándose de inhabilidad por celebración de contratos, es necesario analizar las circunstancias que rodearon los mismos y sostiene que si en el *sub judice* se valoran los testimonios rendidos en el proceso y el informe que obra al folio 53 no deben atenderse las súplicas de la demanda.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Décima Delegada ante el Consejo de Estado solicita se confirme la sentencia recurrida por las siguientes razones:

La pruebas allegadas son demostrativas de la celebración de contratos de suministro entre el demandado, propietario de la "Droguería Comercial" y Hospital San Antonio de Montebello; a más de fármacos, el demandado también proveía papelería y utensilios que no guardan relación con drogas o medicamentos y frente a la inhabilidad alegada señaló que en este caso, los elementos configuradores de ella están demostrados y en ese entendiendo las pretensiones deben prosperar; no

obstante lo cual también considera que la norma debe ser objeto de una interpretación que considere no sólo su tenor literal, sino el aspecto teleológico y finalista perseguido por el legislador, en especial cuando se afecta el derecho a elegir y ser elegido.

Por otra parte, la representante del Ministerio Público señaló que, aún cuando el legislador no determinó, para la estructuración de la causal, valor alguno del contrato, no se puede olvidar la aptitud que debe tener el mismo de poder influir en la libre determinación del elector y agrega que, en su opinión, los suministros efectuados por la Droguería Comercial no tienen la misma relevancia que pueden tener en otros casos.

CONSIDERACIONES:

1. Por disposición del artículo 29 de la Ley 78 de 1986, este proceso es de dos instancias y el recurso fue interpuesto dentro del término previsto en el artículo 250 del C.C.A. (fls. 361, 362, 366).

2. **De la excepción propuesta**

Para fundamentar la que denominó excepción de inconstitucionalidad, el apoderado del demandado expresó, en síntesis, que la prosperidad de la pretensión del accionante contraría los artículos 25 y 40 de la Constitución Nacional, que en su orden consagran el derecho al trabajo y a elegir y ser elegido y es por ello que considera necesario hacer una interpretación teleológica del artículo 95-5 de la Ley 136 de 1994 pues en su opinión, la inhabilidad prevista en dicho precepto no está dirigida a un simple comerciante que ocasionalmente hace suministros de droga, sino a los contratistas de las entidades de derecho público que "pudieran acceder a las alcaldías municipales de manera que pudieran tener influencias indebidas que les permitiera obtener nuevos contratos en forma deshonesta y corrupta".

Para el excepcionante, el alcance de la inhabilidad invocada no es el que pretende el actor, pues de ser ello así todas las personas que tienen algún tipo de relación comercial con la administración se encontrarían incursas en ella v. gr. todos los suscriptores de las Empresas de Energía, de Teléfonos, etc, puesto que todos tienen un contrato de servicios con la administración.

En relación con la excepción propuesta, la Sala observa:

El artículo 4° de la Carta Política dispone: "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..."; sobre la base de la mayor capacidad vinculatoria que la norma transcrita otorga a la Constitucional Nacional, el juez queda relevado de su obligación de aplicar la ley en casos concretos, siempre que observe contradicción entre cualquier reglamentación jurídica y la Carta

Fundamental, razón por la cual, resulta imposible elaborar de manera lógica, un juicio de inconstitucionalidad, partiendo de la hipótesis que expone el demandado, consistente en la posible improsperidad de la pretensión, frente al contenido de dos preceptos constitucionales.

Lo dicho antes sería suficiente para desestimar la excepción de inconstitucionalidad propuesta por la parte demandada, lo cual no obsta para hacer las siguientes acotaciones:

El apoderado del demandado sostiene que la inhabilidad consagrada en el artículo 95-5 de la Ley 136 de 1994, pretende impedir el acceso de los contratistas de entidades públicas a las alcaldías, para evitar que obtengan "nuevos contratos en forma deshonesta y corrupta", por lo cual un ocasional proveedor de drogas como su representado no sería destinatario de tal inhabilidad: esta apreciación es, a juicio de la Sala, contraria al principio de la buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución Nacional y además muy restringida, considerando que el fundamento de las inhabilidades es más amplio en la medida que busca evitar el aprovechamiento de la influencia que poseen algunos candidatos y que podría desviar, en favor de éstos, la voluntad del elector, colocando a otros aspirantes en una inequitativa situación de desigualdad. Cuando la inhabilidad deriva de la contratación comprende no sólo a quienes hayan celebrado sino a quienes hayan intervenido en la celebración de convenios con organismos públicos antes, no después, de la elección.

De otra parte, si bien es cierto que el artículo 40 de la Constitución Nacional, consagra, en su numeral 1° el derecho a elegir y ser elegido, también lo es que el ejercicio de tales derechos encuentra ocasionales restricciones como las derivadas, para el primer caso, de circunstancias como la edad (artículos 98-99 Constitución Nacional); el ser miembro de las fuerzas armadas (artículo 219 Constitución Nacional); la situación de extranjero (artículo 100, inc. seg. Constitución Nacional) etc: así mismo existen restricciones al derecho a ser elegido, como cuando para el desempeño de determinados cargos de elección la ley o la Constitución exigen el cumplimiento de calidades y requisitos, o cuando un aspirante se halla incurso en alguna situación de prohibición que impide su acceso a un cargo de elección popular, tal como ocurre con los regímenes de inhabilidades de ordinario consagrados en la ley.

3. El actor considera que el acto demandado transgrede el artículo 95-5 de la Ley 136 de 1994 que dice:

Artículo 95. *Inhabilidades.* No podrá ser elegido ni designado alcalde quien:

(...)

5. *Durante el año anterior a su inscripción haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio, o en*

el de terceros o haya celebrado por sí, o por interpuesta persona, contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

(...)

Afirma el actor que el demandado, Uriel Ramírez Giraldo, se encontraba incurso en la inhabilidad prevista en la norma transcrita toda vez que, la "Droguería Comercial", situada en el municipio de Montebello (Antioquia), de la cual el señor Ramírez Giraldo es propietario y representante legal, es y ha sido durante mucho tiempo la encargada de proveer de drogas y otros elementos a entidades públicas como la Empresa Antioqueña de Energía S.A. -EADE-; la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero; el Hospital San Antonio y las Rentas Departamentales de Antioquia, todas ellas con dependencias ubicadas en el municipio de Montebello.

De las pruebas allegadas al proceso se establecieron los siguientes hechos:

Según certificado de registro mercantil, expedido por el Secretario de la Cámara de Comercio de Medellín (fl.7) el señor Uriel Antonio Ramírez Giraldo es propietario del establecimiento de Comercio, situado en el municipio de Montebello (Antioquia) denominado "Droguería Comercial", dedicado a la venta de drogas y cacharros, con matrícula del 1° de enero de 1976, renovada el 4 de abril de 1994.

La Empresa Antioqueña de Energía S.A., -EADE- es una persona de derecho público, descentralizada, indirecta o de segundo grado, del tipo de las sociedades entre entidades públicas y con capital público, pertenece al orden departamental y está sometida a las normas previstas para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, especialmente el Decreto 1221 de 1986, codificado por el Decreto Nacional 1222 de 1986 (fl. 343).

La declaración rendida por la doctora Rosa Clara Urán Cardona (fls. 47-48), Jefe del Departamento de Servicios Médicos de la Empresa Antioqueña de Energía, da cuenta que la "Droguería Comercial" suministró fármacos a los usuarios del departamento médico de esa Empresa, mediante la presentación de una fórmula expedida en el hospital y de una orden emanada del administrador de la oficina de Montebello, sostuvo además que para dicho suministro existía un convenio verbal y que la empresa cancelaba al proveedor a los 30 o 40 días.

Mediante oficio del 29 de noviembre de 1994 (fl. 9), el Jefe de División de Relaciones Industriales de la Empresa de Energía mencionada, informa que el señor Uriel Antonio Ramírez Giraldo, es proveedor de esa empresa y presenta relación de valores, de facturas, de números de comprobantes y de fechas de los pagos realizados entre los meses de febrero y septiembre de 1994, lo que constituye

apenas un indicio de que las órdenes de suministro relativas a tales pagos debieron ser expedidas por el Hospital y por el administrador de la oficina de Montebello con 30 o 40 días de antelación, teniendo en cuenta que ese fue el plazo señalado en declaración por la Jefe del Departamento de Servicios Médicos de la EADE.

En estas condiciones no puede afirmarse que un año antes de su inscripción como candidato a la alcaldía de Montebello (Antioquia), el demandado suscribió contrato con la Empresa Antioqueña de Energía S.A., -EADE- y por ende, en cuanto hace a esta entidad, no se estructura la inhabilidad señalada por el actor.

A folios 36, 211 y 214 obran certificaciones expedidas por diferentes funcionarios de la Caja Agraria, sucursal Montebello (Antioquia), en las que dan cuenta que el señor Uriel Antonio Ramírez Giraldo no posee ni ha suscrito contrato alguno incluyendo el de suministro de drogas con esa entidad y tampoco figura inscrito en su registro de proveedores, mal podría entonces configurarse causal de inhabilidad por celebración de convenios.

Con fecha 7 de marzo de 1995 (fl. 202), la administradora de Rentas de Montebello, certificó que el señor Uriel Ramírez no tenía contrato escrito ni se encontraba inscrito en el registro de proveedores de esa oficina; pero agregó que, al no encontrarse en el Hospital San Antonio la droga requerida, con el visto bueno de esta institución se realizaron compras para "los empleados del departamento", las que hasta el 15 de junio de 1994 fueron canceladas por esa oficina.

Tampoco en este caso se anexaron pruebas que permitan establecer las fechas en que se realizaron las compras y pagos aludidos en su certificación por la administradora de rentas de Montebello.

Según constancia expedida por el Jefe de la Oficina Jurídica del Servicio de Salud de Antioquia (fl. 340), el Hospital San Antonio del municipio de Montebello, fue creado mediante Acuerdo número 2 del 24 de enero de 1943, proferido por el Concejo Municipal de esa localidad, es una entidad sin ánimo de lucro, dedicada a prestar servicios de salud a la comunidad, de origen público y perteneciente al subsector oficial del sector salud.

Mediante oficio número 34 de marzo 10 de 1995 (fl. 53) la Directora del Hospital San Antonio del municipio de Montebello remitió a este proceso copias de los siguientes documentos:

Ordenes de compra dirigidas al señor Uriel Ramírez Giraldo correspondientes a pedidos realizados por el Hospital mencionado, entre los meses de agosto y octubre de 1993 (fls. 156-201); orden de pago al señor Ramírez Giraldo, fechada el 27 de octubre del mismo año, por concepto de fotocopias, materiales de oficina y otros, para consumo de dos meses y medio, por valor de ciento seis mil setecientos treinta

y cinco pesos ($106.735) (fl. 155); los artículos adquiridos por el Hospital San Antonio durante el lapso mencionado son muy diversos, ya que comprenden desde útiles de oficina (fotocopias, cartulina, papel, etc.); implementos de mantenimiento (toma corrientes, puntillas, alambres, cintas aislantes), hasta copas de champaña, vasos, etc., salvo medicamentos y fármacos, pues durante este lapso no aparece prueba de que se hubieran solicitado.

Ordenes de compra realizadas por el Hospital San Antonio de Montebello entre el mes octubre y noviembre de 1993 (fls. 131-154), en su mayoría correspondientes a fotocopias y de la orden de pago fechada el 21 de noviembre de 1993 a nombre del demandado y por valor de treinta y nueve mil quinientos cincuenta pesos ($39.550) (fl. 130).

Ordenes de las compras realizadas por el centro hospitalario mencionado en los meses de noviembre y diciembre de 1993 (fls. 111-128), dirigidas al señor Uriel Ramírez, para adquirir elementos de papelería, medicamentos, adornos navideños, pinturas, bombillos, fotocopias, etc., asimismo, visible al folio 110, obra copia de la orden de pago al proveedor, fechada 28 de diciembre de 1993 y por valor de cuarenta y nueve mil ciento treinta pesos ($49.130.oo).

Ordenes de pedidos realizados por el Hospital San Antonio al mismo señor Uriel Ramírez en los meses de enero y marzo de 1994 (fls. 95-109) y la orden de pago del 18 de marzo del mismo año por valor de veintisiete mil cien pesos ($27.100.oo) (fl. 94); órdenes de las compras realizadas entre marzo y mayo de 1994 (fls. 61-91) y la orden de pago del 30 de mayo del mismo año, cancelada al proveedor mencionado y por valor de ciento veintiocho mil ciento cuarenta pesos (128.140) (fl. 60); finalmente, varias copias de órdenes de suministro en el mes de julio de 1994 (fls. 55-59) y orden de pago fechada el día 23 de los mismos mes y año, por valor de catorce mil trescientos cincuenta pesos ($14.350.oo) (fl. 54).

Con la prueba documental señalada antes no queda duda alguna que entre el primero (1°) de agosto de 1993 (fl. 157) y el dieciocho (18) de julio de 1994 (fl. 59), el señor Uriel Ramírez realizó y ejecutó en el municipio de Montebello (Antioquia), en el que resultó elegido alcalde, varios contratos de suministro como proveedor de medicamentos, de implementos de oficina, de utensilios de mantenimiento, etc., de una entidad pública del orden municipal, como es el Hospital San Antonio de Montebello; quedando además demostrado que en desarrollo de tal convenio, el demandado recibió contraprestación consistente en el pago correspondiente, como de ordinario acontece en las relaciones contractuales de este tipo.

Ahora bien, teniendo en cuenta que su inscripción como candidato a la alcaldía de Montebello, se realizó el 26 de agosto de 1994 (fl. 208) y que el año anterior a

ella se extendió hasta el 26 de agosto de 1993, es evidente que el demandado se encontraba incurso en la causal de inhabilidad prevista en el artículo 95-5 de la Ley 136 de 1994.

Lo anteriormente expuesto es suficiente para concluir que la decisión recurrida se encuentra ajustada a derecho y por lo tanto debe ser confirmada, no sin antes precisar que las excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades previstas en el artículo 10 de la Ley 80 de 1993, invocado por el apoderado del demandado, son inaplicables al caso en examen, por cuanto se trata de bienes y servicios ofrecidos por la entidad pública en igualdad de condiciones.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley oído el concepto de la Procuraduría y de acuerdo con él,

FALLA:

Confírmase la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 4 de julio de 1995, mediante la cual se declaró la nulidad de la elección del señor Uriel Ramírez Giraldo, como Alcalde Municipal de Montebello (Antioquia).

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta Providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del día veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Mirén de la Lombana de Magyaroff, Mario Alario Méndez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

REVOCATORIA TACITA DE LA ELECCION - Funcionario de período / ACTO DE REVOCATORIA DE LA ELECCION - Proceso ordinario / ACTO DE ELECCION - Proceso electoral / ACUMULACION DE ACCIONES - Improcedencia

Toda la acusación de la demanda está dirigida contra el acto mediante el cual, la Asamblea del Tolima, revocó la elección que para desempeñar el cargo varias veces mencionado había realizado el 5 de enero de 1995 en favor del ciudadano Luis Enrique González Trilleras. En efecto, la violación del derecho fundamental del debido proceso que predica el actor (art. 29 C. N.), se concreta a la inobservancia de varias normas del estatuto procedimental administrativo que regulan las actuaciones administrativas iniciadas de oficio, como la que impone el deber de comunicar su existencia a los particulares que puedan resultar afectadas en forma directa con la misma (art. 28), y las que facultan para pedir y decretar pruebas y adoptar decisión motivada cuando se dio oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones (arts. 34 y 35), pero todo con relación al acto de revocatoria, que además a juicio del actor, se realizó sin consentimiento del antecitado ciudadano en contravía de lo establecido en el artículo 73 *ibidem*. Resulta entonces claro, que los hechos de la demanda apuntan a demostrar la ilegalidad de un acto administrativo que por su naturaleza y efectos es completamente distinto al de elección de la señora María Argenis Cuéllar Chávez como secretaria general de la Asamblea del Tolima, por esta razón la pretensión de nulidad de este acto carece de fundamento, tanto de hecho como de derecho, pues los esgrimidos en contra del de revocatoria no le son comunicables al de elección bajo el entendimiento de que por haberse expedido ambos en una misma sesión, conforman un solo acto, tesis de la actora que no comparte la sala por cuanto tal como lo enfatiza el

tribunal, se trata de dos actos autónomos cuyo examen es independiente y mediante procesos separados, pues el acto de revocatoria que es de carácter particular debe serlo a través del proceso ordinario y sólo a petición del afectado o de cualquier persona, según la clase de acción que se ejercite la de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, en tanto que para el de elección se aplica el proceso especial contemplado en los artículos 223 y s.s. del C.C.A. y se impulsa a solicitud de cualquier persona por tratarse de una acción pública.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., noviembre veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Radicación número 1474.

Referencia: Electoral - Segunda instancia.

Actora: Yenny Figueroa Duarte.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 22 de agosto de 1995 (fls. 166 y s.s.), mediante la cual el Tribunal Administrativo del Tolima negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La acción

Ante el citado Tribunal la actora mencionada en la referencia, demandó la elección de la doctora María Argenis Cuéllar Chávez como Secretaria General de la Asamblea del departamento del Tolima, para el período comprendido entre el 1° de abril y 31 de diciembre de 1995, acto expedido por esta misma Corporación el 10 de marzo de 1995.

Dice la actora que ante la renuncia presentada por la señora Lucy Rodríguez de Tascón a partir del 31 de marzo de 1995 como Secretaria General de la Asamblea del Tolima, la Corporación en sesión del 5 de enero del mismo año eligió para reemplazarla al señor Luis Enrique González Trilleras, a quien se le comunicó la designación y éste la aceptó.

El 5 de enero de 1995 se encontraba vigente el reglamento interno de la Asamblea expedido mediante Resolución número 032 de agosto 16 de 1991 y

acto reglamentario 01 de noviembre 12 de 1992 que en su artículo 2° asignaba un período de un año a su secretario general.

Dicha Corporación en sesión del 10 de marzo de 1995 revocó la elección de Luis Enrique González Trilleras como Secretario General de la misma y, consecuencialmente, procedió a elegir para el cargo a la doctora María Argenis Cuéllar Chávez.

Estima la demandante que el acto de revocatoria fue realizado sin consentimiento del señor González Trilleras, sin comunicarle a él la determinación que se iba a tomar, sin su presencia en el momento de tomarse la decisión y en general sin el cumplimiento de las formalidades para esos eventos.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

Invoca los artículos 29 de la Constitución Nacional y 28, 34, 35, 73, 74 y 14 del C.C.A.

Se considera violado el precepto constitucional por inobservancia del debido proceso, ya que no se trata de un cargo de libre nombramiento y remoción sino de período fijo de un año, conforme a lo establecido en el artículo 28 de la Resolución número 032 de agosto 16 de 1991 anteriormente citado, ahora siendo ese nombramiento un acto administrativo de carácter particular y concreto su revocatoria solo procede adelantando actuación o procedimiento administrativo en la forma prevista en los artículos 74 y 28 del C.C.A., el cual fue ignorado.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

A folios 144 y ss., el señor Gobernador del Departamento del Tolima, quien fue notificado del auto admisorio de la demanda (fl. 138), mediante apoderado se refirió a los hechos sin hacer consideraciones en sentido distinto de admitir algunos como ciertos y respecto a los otros, estarse a lo que se pruebe.

A folios 147 y s.s., obra escrito presentado por el apoderado de la demandada y en relación con las pretensiones manifiesta su oposición expresando que el acto impugnado se llevó a cabo con el lleno de los requisitos formales y legales, pues ante la no aceptación del cargo por parte del señor González Trilleras dentro del término de ley, la Asamblea del Tolima procedió a revocar su nombramiento y este acto administrativo, no fue objeto de demanda contenciosa y por ende está en firme y produce efectos jurídicos.

También el señor Luis Enrique González Trilleras actuando como parte coadyuvante, presentó escrito de corrección a la demanda (fls. 150 y s.s.) en el sentido de adicionarle en sus fundamentos jurídicos y medios de prueba, pero fue inadmitido por el *a quo* en el auto de pruebas (fl. 153).

LA SENTENCIA RECURRIDA

Sostiene el Tribunal en sus consideraciones previas a la decisión, que el acto de revocatoria y el de elección, son actos autónomos y por lo tanto es preciso que se examinen por separado mediante el ejercicio de las acciones que a cada uno de ellos corresponda, pues mientras que la impugnación del primero tiene la vía ordinaria, respecto al segundo debe seguirse la especial contemplada en los artículos 223 y s.s. del C.C.A., por esta razón no sería posible que con ocasión de este proceso se debatiera el antecedente de revocación y si bien ambos fueron expedidos en una misma sesión, no por ello puede considerarse que se trata de uno solo.

El *a quo* centra su análisis en el procedimiento seguido por la Asamblea para llegar al acto de revocatoria, en vista de que esta circunstancia la que se esgrime como vicio de la elección y concluye.

"De todos modos no puede invalidarse la elección cuando esta tuvo como antecedente la vacancia por haberse revocado el nombramiento anterior lo cual es independiente de la figura de la revocatoria directa y por ello no necesitaba el consentimiento del titular del derecho pues si bien es cierto los nombramientos comunicados no pueden extinguirse unilateralmente, por tratarse de un acto de contenido particular, el proceder de la Asamblea tiene fundamento en otra disposición que la facultaba para ello por darse el supuesto en aquella consagrada".

EL RECURSO DE APELACION

La demandante al utilizar este medio de impugnación por no estar de acuerdo con el fallo, lo sustenta señalando que el *a quo* en ningún momento ha dado explicaciones que rechacen jurídicamente los cargos de violación del debido proceso y del artículo 73 del C.C.A. Estima que por tratarse de un empleo de término indefinido no regulado por normas especiales, el procedimiento administrativo que él implique se rige por las normas generales del C.C.A., y ellas fueron las que se violaron.

El acto de revocatoria del nombramiento y su consecuente reemplazo no solo se realizó en una sola sesión (hecho intrascendente jurídicamente), sino que fue un solo acto pues se condicionó este a la legalidad del anterior y por tanto se efectuó un procedimiento indebido, lo que se observa claramente con la sola lectura de la proposición número 63 que obra en el acta 22 de 1995 de la Asamblea del Tolima.

"Los actos de revocatoria y posterior nombramiento –agrega– no son autónomos e independientes como se afirman (sic) y si acaso serían independientes más no autónomos pues el último depende de que se realice el anterior en forma correcta y legal y por tanto si el primero es incorrecto e ilegal el segundo

procedimentalmente es también ilegal, pues es requisito que el segundo sea consecuencia (forma procedimiento) de un acto anteriormente legal".

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

La representante del Ministerio Público en su concepto de rigor, precisa que en el asunto *sub lite* la argumentación en torno a la violación del debido proceso, no hace referencia con la manifestación de voluntad del órgano colegiado que se traduce en el acto de nombramiento de la doctora Cuéllar Chávez, sino que se relaciona con el acto de revocatoria del nombramiento del doctor Luis Enrique González Trilleras, hecho que en nada afecta la validez y presunción de legalidad del acto demandado, porque se trata de actos administrativos diferentes, de dos manifestaciones de voluntad distintos entre sí y cada uno con una vía procesal propia para su juzgamiento.

Estima por tanto que la sentencia apelada deberá confirmarse.

No se observan vicios de nulidad que afecten la actuación y por ello se procede a la decisión de fondo, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Pretende la actora en este proceso, obtener la declaratoria de nulidad del acto de elección de la doctora María Argenis Cuéllar Chávez, como Secretaria General de la Asamblea del Tolima para el período comprendido entre el 1° de abril y el 31 de diciembre de 1995.

El fundamento básico de la pretensión consiste en que en sesión celebrada el día 10 de marzo de 1995, la antecitada Corporación revocó la elección del señor Luis Enrique González Trilleras y procedió a realizar la de la doctora Cuéllar Chávez, sin comunicarle a aquél la determinación que se iba a tomar, adoptándola sin su presencia y consentimiento y en líneas generales sin el cumplimiento de las formalidades propias de estos eventos.

Como primer cargo se señala la violación del derecho fundamental del debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional, norma según la cual este principio se aplicará a toda clase de actuaciones administrativas.

Explica la actora que de acuerdo al artículo 28 del reglamento de la Asamblea del Tolima, su Secretario General será elegido para el período de un (1) año y dado que este acto corresponde a un acto administrativo de carácter particular y concreto, su revocatoria procede adelantando actuación en la forma prevista en el artículo 28 del C.C.A., o sea haberse comunicado al señor Luis Enrique González Trilleras la existencia de la actuación previa a la revocatoria para que hiciera valer sus derechos.

Por la omisión de las formalidades previstas en la norma, considera infringidos los artículos 28, 34 y 35 *ibidem.*

El segundo cargo lo hace consistir en la violación directa del artículo 73 del C.C.A., argumentando que el cargo del Secretario General de la Asamblea no es de libre nombramiento y remoción, ni de carrera administrativa sino de período fijo, por tanto, las normas aplicables son las del citado estatuto que señalan para la revocatoria del acto, la necesidad de que medie consentimiento expreso del titular del derecho.

La circunstancia de estar basados los dos cargos en unos mismos hechos, permite a la Sala realizar un solo estudio del asunto debatido y deducir, inequívocamente, que toda la acusación de la demanda está dirigida contra el acto mediante el cual, la Asamblea del Tolima, revocó la elección que para desempeñar el cargo varias veces mencionado había realizado el 5 de enero de 1995 en favor del ciudadano Luis Enrique González Trilleras.

En efecto, la violación del derecho fundamental del debido proceso que predica el actor (art. 29 C.N.), se concreta a la inobservancia de varias normas del estatuto procedimental administrativo que regulan las actuaciones administrativas iniciadas de oficio, como la que impone el deber de comunicar su existencia a los particulares que puedan resultar afectadas en forma directa con la misma (art. 28), y las que facultan para pedir y decretar pruebas y adoptar decisión motivada cuando se dio oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones (arts. 34 y 35), pero todo con relación al acto de revocatoria, que además, a juicio del actor, se realizó sin consentimiento del antecitado ciudadano en contravía de lo establecido en el artículo 73 *ibidem.*

Resulta entonces claro, que los hechos de la demanda apuntan a demostrar la ilegalidad de un acto administrativo que por su naturaleza y efectos es completamente distinto al de elección de la señora María Argenis Cuéllar Chávez como Secretaria General de la Asamblea del Tolima, por esta razón la pretensión de nulidad de este acto carece de fundamento, tanto de hecho como de derecho, pues los esgrimidos en contra del de revocatoria no le son comunicables al de elección bajo el entendimiento de que por haberse expedido ambos en una misma sesión, conforman un solo acto, tesis de la actora que no comparte la Sala por cuanto tal como lo enfatiza el Tribunal, se trata de dos actos autónomos cuyo examen es independiente y mediante procesos separados, pues el acto de revocatoria que es de carácter particular debe serlo a través del proceso ordinario y sólo a petición del afectado o de cualquier persona, según la clase de acción que se ejercite la de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, en tanto que para el de elección se aplica el proceso especial contemplado en los artículos 223 y s.s. del C.C.A., y se impulsa a solicitud de cualquier persona por tratarse de una acción pública.

La Sala no puede entrar a analizar como primer aspecto las irregularidades de procedimiento que según la demanda vician el acto de revocatoria y una vez

establecido este hecho, como segundo aspecto, basar su decisión en la legalidad o ilegalidad de dicho acto, que es en síntesis lo que se deduce del contexto del libelo.

Al respecto es oportuna la cita que hace la representante del ministerio público en el sentido que de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación, "solo opera la declaratoria de nulidad electoral por los motivos previstos en la ley de manera expresa y taxativa. Además, que la acción de nulidad electoral que prevé el artículo 227 del C.C.A., difiere de la de simple nulidad prevista en el artículo 84 *ibidem*, y de la de nulidad y restablecimiento del derecho que estatuye el artículo 85 de la misma obra, en la que caben otros motivos para demandar la nulidad.

A más de lo anterior, dado el carácter rogado de la jurisdicción no es procedente efectuar análisis alguno frente a hechos o causales no aducidos en la demanda ..." sentencia de agosto 24 de 1995, expediente 1254, ponente: doctor *Amado Gutiérrez Velásquez.*

En conclusión, al no suministrarse elementos de juicio válidos en relación directa con el acto impugnado, la pretensión carece en absoluto de sustento legal, por tanto la sentencia apelada deberá ser confirmada.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia proferida el 22 de agosto de 1995 mediante la cual el Tribunal Administrativo del Tolima negó las pretensiones de la demanda.

En firme la decisión devuélvase el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del día veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

El Presidente,

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Mirén de la Lombana de Magyaroff, Mario Alario Méndez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración jurisprudencial sobre las diferencias entre la acción pública de nulidad, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y la acción de nulidad electoral de la sentencia del 24 de agosto de 1995, expediente 1254 C. P., doctor Amado Gutiérrez Velásquez.

ELECCIONES DE AUTORIDADES LOCALES - Titularidad de los participantes / RESIDENCIA - Concepto / NULIDAD ELECTORAL - Inexistencia / CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Facultades / INSCRIPCION DE CANDIDATOS - Efectos

Según lo establecido en el artículo 316 de la Constitución, en las votaciones que se realicen para la elección de autoridades locales y para la decisión de asuntos del mismo carácter, sólo podrán participar los ciudadanos residentes en el respectivo municipio, y en el artículo 183 de la Ley 136 de 1994 fue dispuesto que, para los efectos del nombrado artículo 316, se entendía por residencia el lugar donde una persona habita o de manera regular está de asiento, ejerce su profesión u oficio o posee algunos de sus negocios o empleo. Una vez más advierte la Sala que la violación del artículo 316 constitucional no determina la nulidad de la elección En tales casos, según lo establecido en el artículo 4° de la Ley 163 de 1994, sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiera lugar y cuando mediante un procedimiento breve y sumario se compruebe que el inscrito no reside en el respectivo municipio, el Consejo Nacional Electoral declarará sin efecto la inscripción.

ALCALDE - Requisitos para su elección / NEGACION INDEFINIDA - Residencia de candidato / CARGA DE LA PRUEBA- Residencia de candidato

Señala el artículo 86 de la Ley 136 de 1994, por el que se subrogó el artículo 2° de la Ley 49 de 1987, que para ser elegido alcalde se requiere, además de ser ciudadano en ejercicio, uno cualquiera de estos tres requisitos, alternativamente: haber nacido, haber residido durante el año anterior a la fecha de inscripción de la candidatura o haber residido en cualquier época durante un período de tres años consecutivos, en el respectivo municipio o área metropolitana. De manera que la inelegibilidad surge cuando el

candidato carece de todos esos requisitos, pues uno cualquiera lo habilita para ser elegido. La alegación de que el demandado no residía en el municipio de Los Córdobas en los términos del artículo 86 de la Ley 136 de 1994, es negación indefinida que, por lo mismo, no requería de prueba, como está dispuesto en el artículo 177 del código de Procedimiento Civil, y siendo así era carga del demandado probar su residencia en ese municipio.

Son indefinidas las negaciones que no implican la afirmación, indirecta o implícita, de hecho concreto y contrario alguno delimitado en tiempo y lugar.

PRUEBA TESTIMONIAL - Persona gravemente enferma / RATIFICACION DE TESTIMONIO - Eventos / TESTIMONIO PARA FINES JUDICIALES - Rechazo de plano / TESTIMONIO ANTE NOTARIO - Alcance / TESTIMONIO ANTE ALCALDES - Alcance

Como resulta de lo establecido en el artículo 220 del Código de Procedimiento Civil, los testimonios han de ser recibidos por el juez que conoce del proceso, y no por juez distinto. Y que sólo puede ser ratificados, dice el artículo 229 del mismo código, los rendidos en otro proceso cuando hubieran sido sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan, o cuando hubieran sido recibidos fuera de proceso en los casos y con los requisitos previstos en los artículos 298 y 299.

Según lo dispuesto en el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, sólo cuando se trate de personas gravemente enfermas, con citación de la parte contraria, para la cual la solicitud debe formularse ante juez de la residencia del testigo y el peticionario expresar bajo juramento, que se considerará prestado por la presentación del escrito, que el testigo se encuentra en la circunstancia mencionada, e informar el lugar donde puede citarse a la persona contra quien se pretende hacer valer la prueba; si el peticionario manifiesta, también bajo juramento prestado de igual manera, que ignora dónde puede citarse a la contraparte, se le emplazará. El juez dice también el artículo 298, ha de rechazar de plano la recepción de testimonios extraproceso para fines judiciales cuando la solicitud no cumpla con los requisitos señalados, y los testimonios que se reciban con violación de tales reglas no podrán ser apreciados por el juez. Y según lo establecido en el artículo

299 del Código de Procedimiento Civil, se trata de testimonios rendidos ante notarios o alcaldes para fines no judiciales o para fines judiciales sin citación de la parte contraria , evento en el cual el peticionario ha de afirmar bajo juramento, que se considerará prestado con la presentación del escrito, que sólo están destinados a servir de prueba sumaria en determinado asunto para el cual la ley autoriza esta clase de prueba y sólo tendrá valor para dicho fin.

TACHA DE FALSEDAD - Omisión trámite incidental / TRAMITE INCIDENTAL DE TACHA DE FALSEDAD - Omisión / NULIDAD PROCESAL - Ausencia de causal

El demandate oportunamente formuló tacha de falsedad de estos cuatro últimos documentos, pero el tribunal omitió el trámite incidental correspondiente. No obstante que en la actuación judicial se incurrió en la irregularidad anotada, esta circunstancia no está comprendida en ninguna de las causales de nulidad establecidas en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil; además, según lo dispuesto en el parágrafo del mismo artículo, cualesquiera otras irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas sino se impugnan oportunamente por medio de los recursos. Siendo así esa irregularidad ha de tenerse por subsanada.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., noviembre veintisiete (27) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Demandante: Doctor Joaquín Felipe Negrette Sepúlveda.

Referencia: Expediente número 1450.

Electoral.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante, señor Joaquín Felipe Negrette Sepúlveda, contra la sentencia del 12 de julio de 1995 dictada por el Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Joaquín Felipe Negrette Sepúlveda demandó ante el Tribunal Administrativo de Córdoba fuera declarado nulo el acto de elección del señor Juan Antonio Jabib Flórez como Alcalde del municipio de Los Córdobas para el período

de 1995 a 1997,. Se decretara la cancelación de la respectiva credencial y se declararan nulos todos los votos depositados en favor del mismo, y demandó asimismo se ordenara la realización de un nuevo escrutinio con los votos válidos restantes o, si ello no fuere posible, se ordenará repetir las elecciones para alcalde.

Dijo el demandante que el día 30 de octubre de 1994 tuvieron lugar las elecciones para alcalde en las que se inscribieron y participaron Juan Antonio Jabib Flórez y Adalberto de Horta Martínez., y que resultó elegido el primeramente nombrado; que el señor Jabib Flórez no era residente en el municipio de Los Córdobas en el año inmediatamente anterior ni lo fue durante tres años consecutivos en cualquier tiempo, que no es nacido en dicho municipio sino en el corregimiento Punta de Yánez y que tampoco ejerce su profesión u oficio de manera regular ni posee negocio o propiedad alguna o empleo en dicho municipio.

Consideró el demandante que fueron violados los artículos 316 de la Constitución, 2° de la Ley 49 de 1987 y 86 de la Ley 136 de 1994, porque para ser elegido alcalde se requiere haber nacido o ser residente en el respectivo municipio o correspondiente área metropolitana durante el año anterior a la inscripción o durante un período de por lo menos de tres años consecutivos en cualquier época; el artículo 183 de la Ley 136 de 1994, pues "aclara el sentido del término residencia, para efecto de participar en elección de autoridades locales, y el doctor Juan Antonio Jabib Flórez no los reúne tampoco", pues prestó sus servicios al Departamento Administrativo de Salud de Córdoba "en la ciudad de Montería (y nunca en Los Córdobas) desde junio 25/92 de abril 29/94 como Médico Coordinador de la Sección Patologías Crónicas y Degenerativas"; que aún bajo el supuesto de que el demandado hubiese prestado sus servicios profesionales en el municipio de Los Córdobas, cosa que no hizo, dijo, "también estaría inhabilitado para aspirar", según lo dispuesto el artículo 95, numeral 5, de la Ley 136 de 1994; que el señor Jabib Flórez accidentalmente conoció el municipio de Los Córdobas, ya que prestó el servicio social obligatorio durante un año y participó en la elección de alcalde para el período de 1992 a 1994, e inmediatamente se vinculó al Departamento Administrativo de Salud de Córdoba, y que fue violado el artículo 223, numeral 5, del Código Contencioso Administrativo, según el cual son nulas las actas de escrutinio cuando se computen votos a favor de un candidato que no reúna calidades constitucionales o legales para ser elegido.

El señor Juan Antonio Jabib Flórez contestó la demanda. Aceptó como ciertos algunos hechos pero negó otros manifestando que reside en el municipio de Los Córdobas desde el mes de octubre de 1990, cuando fue nombrado médico del centro de salud de ese lugar; que al dejar ese cargo en 1992 siguió vinculado al municipio en actividades agrícola y política y que en 1992 fue aspirante a la alcaldía, ocasión en que no fue favorecido; que aun cuando laboró en el servicio de salud de

Córdoba, pasaba los fines de semana en ese municipio atendiendo sus asuntos profesionales y personales, que posee bienes en Los Córdobas adquiridos por contratos de promesa de venta; que ha arrendado terrenos para cultivo, y que, además es usuario de un crédito de la Caja de Crédito Agrario.

El demandante alegó de conclusión y dijo en síntesis que el señor Jabib Flórez al momento de ser elegido alcalde no reunía las calidades que exige el artículo 86 de la Ley 136 de 1994, por cuanto no ha vivido tres años consecutivos en cualquier época en el municipio de Los Córdobas, ni fue residente allí durante el año anterior a la fecha de inscripción de su candidatura, como tampoco es residente, ni tiene bienes en el municipio, ni nació en dicho lugar. Agregó que también estaba inhabilitado para ser elegido alcalde porque "el cargo de Coordinador en Dasalud, que es el Departamento Administrativo de la Salud en el departamento de Córdoba, se ejerce con jurisdicción y mando en todo el departamento, de donde hace parte el ente territorial denominado municipio de Los Córdobas y por lo tanto, debía ejecutarse o cumplirse en dicho municipio, durante el año anterior a su inscripción, por cuanto lo ejerció hasta abril/94 y la (sic) elecciones fueron el 30 de octubre del mismo año, lo que vulnera el artículo 95 numeral 5° de la Ley 136/94".

II. LA SENTENCIA APELADA

Es la sentencia de 12 de julio de 1995 dictada por el Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda.

Dijo el Tribunal que como el demandante cuestionó la elección solamente en el sentido de que el elegido no es nacido en el lugar ni ha residido en el respectivo municipio el año anterior a la fecha de inscripción o durante un período mínimo de tres años en cualquier época, a ello se limitaba la controversia; que al demandante incumbe probar los hechos sobre los cuales fundamenta el derecho, esto es, que debía probar que el demandado no es nacido en el municipio de Los Córdobas o que no ha residido en el respectivo municipio durante el año anterior a la inscripción o durante un período mínimo de tres años durante cualquier época; que está demostrado que el señor Juan Antonio Jabib Flórez no es natural de municipio de Los Córdobas, pero que esa circunstancia por sí sola no lo inhabilitaba para ser elegido, y que los documentos allegados por el demandante no prueban que el señor Jabib Flórez no hubiese residido en ese municipio durante el año anterior a la inscripción de su candidatura o durante tres años consecutivos en cualquier época, lo cual es suficiente para denegar las pretensiones de la demanda; que, por el contrario, "hay circunstancias que permiten deducir que por lo menos el señor Jabib Flórez, tiene estrechos vínculos con el municipio de Los Córdobas, como son las declaraciones juramentadas rendidas por una serie de testigos que dan cuenta de los vínculos existentes entre él y el municipio; la circunstancia de haber aspirado en

el período inmediatamente anterior a la alcaldía de dicho municipio y en la cual no resultó favorecido por la voluntad popular y la constancia expedida por el Director de la Caja Agraria de Los Córdobas, en que se indica que es usuario de un crédito en esa ciudad".

III. LA APELACION

Contra la sentencia anterior el demandante, señor Joaquín Felipe Negrette Sepúlveda, interpuso el recurso de apelación. Insistió el demandante en que el demandado, señor Juan Antonio Jabib Flórez, no residió en el municipio Los Córdobas durante el año anterior a su inscripción ni durante tres años consecutivos en cualquier tiempo.

IV. LA OPINION DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuraduría Primera Delegada ante el Consejo de Estado rindió el concepto 12, presentado el 24 de octubre de 1995, en el sentido de que debe confirmarse la sentencia apelada.

Dijo la Procuraduría que el artículo 316 de la Constitución no hace referencia a las calidades que deben reunir el aspirante a alcalde, sino al ámbito de participación de la ciudadanía en las votaciones para la elección de alcaldes y para la adopción de decisiones en asuntos locales.

Y respecto a los artículos 86 y 183 de la Ley 136 de 1994 dijo que, de conformidad con las normas del Código Civil, el domicilio consiste en la residencia acompañada del ánimo de permanecer en ella, que se determina por el lugar donde un individuo ejerce habitualmente su profesión u oficio; que cuando en varias secciones territoriales ocurran circunstancias consecutivas de domicilio, se entenderá que en todas ellas se tiene, y que el demandado acreditó su ánimo de permanecer en el municipio de Los Córdobas con distintas certificaciones que encuentran respaldo en declaraciones extrajuicio, de todo lo cual concluyó que este tiene fijado uno de sus domicilios en el citado municipio.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Solicitó el demandante, se declare que es nulo el acto de 2 de noviembre de 1994, mediante el cual la comisión escrutadora declaró elegido al señor Juan Antonio Jabib Flórez como alcalde del municipio de Los Córdobas, pues dijo que es violatorio de los artículos 316 de la Constitución, 86 y 183 de la Ley 136 de 1994, 2° de la Ley 49 de 1987 y 223, numeral 5, del Código Contencioso Administrativo, porque el nombrado ciudadano no es nacido en el dicho municipio ni residió en el mismo en el año inmediatamente anterior a su inscripción o durante tres años por lo menos en cualquier tiempo y, por tanto, no reunía las calidades para ser alcalde.

Dijo el demandante, además, que el demandado estaría inhabilitado para aspirar a alcalde, en los términos del numeral 5 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, bajo el supuesto de que hubiera prestado sus servicios en el municipio de Los Córdobas, que no lo hizo, dijo, en el cargo de Médico Coordinador de la Sección de Patologías Crónicas y Degenerativas del Departamento Administrativo de Salud de Córdoba.

De la demanda surgen tres cargos, cada uno de los cuales será estudiado por la Sala, en el orden que sigue:

1. *Primer cargo.* Dijo el demandante que fueron violados el artículo 316 de la Constitución y el artículo 183 de la Ley 136 de 1994.

Según lo establecido en el artículo 316 de la Constitución, en las votaciones que se realicen para la elección de autoridades locales y para la decisión de asuntos del mismo carácter, sólo podrán participar los ciudadanos residentes en el respectivo municipio. Y en el artículo 183 de la Ley 136 de 1994 fue dispuesto que, para los efectos del nombrado artículo 316, se entendía por residencia el lugar donde una persona habita o de manera regular está de asiento, ejerce su profesión u oficio o posee algunos de sus negocios o empleo.

Una vez más advierte la Sala que la violación del artículo 316 constitucional no determina la nulidad de la elección. En tales casos, según lo establecido en el artículo 4° de la Ley 163 de 1994, sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiera lugar y cuando mediante un procedimiento breve y sumario se compruebe que el inscrito no reside en el respectivo municipio, el Consejo Nacional Electoral declarará sin efecto la inscripción.

El cargo, entonces, no tiene prosperidad.

2. *Segundo cargo.* Dijo el demandado que fueron violados los artículos 2° de la Ley 49 de 1987, 86 de la Ley 136 de 1994 y 223, numeral 5, del Código Contencioso Administrativo, porque el ciudadano Juan Antonio Jabib Flórez no es nacido en el municipio de Los Córdobas ni residió en el mismo durante el año inmediatamente anterior a su inscripción o durante tres años consecutivos en cualquier tiempo y, por tanto, no reunía las calidades para ser alcalde.

El artículo 2° de la Ley 49 de 1987 fue subrogado por el artículo 86 de la Ley 136 de 1994, de manera que el examen que sigue se contrae a esta última disposición. En lo pertinente dice:

> "ARTICULO 86. Calidades. Para ser elegido Alcalde se requiere ser ciudadano colombiano en ejercicio y haber nacido o ser residente en el respectivo municipio o de la correspondiente área metropolitana durante un

(1) año anterior a la fecha de la inscripción o durante un período mínimo de tres (3) años consecutivos en cualquier época.

..."

Señala el artículo 86 de la Ley 136/94, por el que se subrogó el artículo 2° de la Ley 49/87, que para ser elegido alcalde se requiere, además de ser ciudadano en ejercicio, uno cualquiera de estos tres requisitos, alternativamente: haber nacido, haber residido durante el año anterior a la fecha de inscripción de la candidatura o haber residido en cualquier época durante un período de tres años consecutivos, en el respectivo municipio o área metropolitana. De manera que la inelegibilidad surge cuando el candidato carece de todos esos requisitos, pues uno cualquiera lo habilita para ser elegido.

Está probado que el señor Juan Antonio Jabib Flórez no nació en el municipio Los Córdobas. En efecto, consta en el certificado de registro civil expedido el 27 de marzo de 1995 por el Notario Unico del Círculo de Ciénaga de Oro, que el señor Jabib Flórez nació en ese municipio (folio 111), y en el oficio 280/DCO/ 1.4.0.1 de 24 de abril de 1995 de los Registradores Especiales del Estado Civil de Montería y las copias de los registros expedidas por los mismos en esa fecha se dice que el señor Jabib Flórez nació en Punta Yánez, Ciénaga de Oro (folios 113 a 116).

Por otra parte, y con el propósito de demostrar que el demandado no residió en el municipio de Los Córdobas, el demandante trajo al proceso una certificación expedida por el Jefe de la Sección de Recursos Humanos del Departamento Administrativo de Salud de Córdoba el 2 de diciembre de 1994, en que se lee que este prestó sus servicios a la entidad desde el 25 de junio de 1992 hasta el 29 de abril de 1994 y que el último cargo desempeñado fue el de Médico Coordinador de la Sección de Patologías Tropicales Crónicas y Degenerativas (folio 6); pero este documento sólo prueba eso, no que el demandado no haya sido residente en Los Córdobas durante el año anterior a la inscripción de su candidatura o durante tres años consecutivos en cualquier época.

También aportó el demandado una certificación expedida por al Alcalde Municipal de Los Córdobas el 2 de diciembre de 1994 en que se dice que el señor Jabib Flórez "no reside en el municipio de Los Córdobas" (folio 7). Si algún crédito se diera a esa certificación, sólo probaría que el demandado no residía en ese municipio para entonces, no que no hubiera residido allí durante el año anterior a la inscripción de su candidatura o durante tres años consecutivos en cualquier época.

Y aportó asimismo una certificación expedida el 29 de noviembre de 1994 por el Analista de Presupuesto de la Tesorería Municipal de Los Córdobas en que

se dice que el demandado no aparece inscrito como propietario de ningún establecimiento público (folio 8), lo que tampoco demuestra que no residió en ese municipio.

Sea como fuere, la alegación de que el demandado no residía en el municipio de Los Córdobas en los términos del artículo 86 de la Ley 136 de 1994, es negación indefinida que, por lo mismo, no requería de prueba, como está dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, y siendo así era carga del demandado probar su residencia en ese municipio. Son indefinidas las negaciones que no implican la afirmación, indirecta o implícita, de hecho concreto y contrario alguno, delimitado en tiempo y lugar. En ello disiente la Sala del criterio expuesto por Tribunal de primera instancia.

Al contestar la demanda el señor Juan Antonio Jabib Flórez manifestó que "reside en el municipio de Los Córdobas desde el mes de octubre de 1990 cuando fue nombrado como médico jefe del centro de salud de esa localidad y al dejar el cargo en 1992 siguió vinculado al municipio en su actividad profesional agrícola y política"; que en "el año 1992 fue aspirante a la alcaldía de Los Córdobas no habiendo sido favorecido por la voluntad popular en esa ocasión pero en las elecciones de 1994 fue abrumadoramente apoyado en ellas"; que no se ha desvinculado de Los Córdobas, pues "si bien es cierto que laboró en el servicio de salud de Córdoba, los fines de semana los pasaba en ese municipio atendiendo sus asuntos profesionales y personales"; que allí posee bienes "adquiridos por contratos de promesa de ventas debidamente autenticadas y ha arrendado terrenos para cultivarlos", y que además "es usuario de la Caja de Crédito Agrario".

Para establecer esos hechos el demandado allegó los testimonios de los señores Jesús María Zapata Díaz, Miguel Antonio Negrette Carrascal, Isaías Barrios Ramos, Jaime Granada Valencia, Salvador, Cogollo Tordecilla, Efraín Torrente Narváez, Saúl Carreazo Silgado, Nallive Melendre, Augusto Ernesto Alvarez Padilla, Maliodith Rosado Durando, Luz Mari Cavadía Garcés, Néstor Camilo Rivas Díaz, Jesús María Primera Caro, Alfredo Arrieta López y Carlos Arturo Ladeux Ortega, recibidos fuera del proceso por el Juzgado Promiscuo Municipal de Los Córdobas (folios 27 a 49), algunos de los cuales fueron ratificados en el proceso (folios 99 a 106).

Pero ocurre que, como resulta de lo establecido en el artículo 220 del Código de Procedimiento Civil, los testimonios han de ser recibidos por el juez que conoce del proceso, y no por juez distinto. Y que sólo pueden ser ratificados, dice el artículo 229 del mismo Código, los rendidos en otro proceso cuando lo hubieran sido sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan, o cuando hubieran sido recibidos fuera de proceso en los casos y con los requisitos previstos en los artículos 298 y 299.

Según lo dispuesto en el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, sólo cuando se trate de personas gravemente enfermas, con citación de la parte contraria, para lo cual la solicitud debe formularse ante juez de la residencia del testigo y el peticionario expresar bajo juramento, que se considerará prestado por la presentación del escrito, que el testigo se encuentra en la circunstancia mencionada, e informar el lugar donde puede citarse a la persona contra quien se pretende hacer valer la prueba; si el peticionario manifiesta, también bajo juramento prestado de igual manera, que ignora dónde puede citarse a la contraparte, se la emplazará. El juez, dice también el artículo 298, ha de rechazar de plano la recepción de testimonios extraproceso para fines judiciales cuando la solicitud no cumpla con los requisitos señalados, y los testimonios que se reciban con violación de tales reglas no podrán ser apreciados por el juez.

Y según lo establecido en el artículo 299 del Código de Procedimiento Civil, se trata de testimonios rendidos ante notarios o alcaldes para fines no judiciales o para fines judiciales sin citación de la parte contraria, evento en el cual el peticionario ha de afirmar bajo juramento, que se considerará prestado con la presentación del escrito, que sólo están destinados a servir de prueba sumaria en determinado asunto para el cual la ley autoriza esta clase de prueba y sólo tendrán valor para dicho fin.

Tales testimonios, entonces, no pueden ser apreciados, y ni siquiera aquellos que fueron ratificados en el proceso.

También para demostrar su residencia trajo el demandado al proceso los documentos a que habrá de referirse la Sala:

Vale señalar previamente que no obra en el expediente prueba de la inscripción del señor Juan Antonio Jabib Flórez, pero está probada su elección (folio 9), de manera que esa inscripción debió ocurrir a más tardar el 26 de agosto de 1994, fecha en que venció el plazo para hacerla, o el 1° de septiembre del mismo año, en que venció el de las modificaciones, en conformidad con lo establecido en los artículos 1° y 2° de la Ley 163 de 1994.

Es de señalar también que la residencia es lugar en que de hecho se tiene asiento o establecimiento.

Pues bien, los documentos nombrados, son:

a) Un certificado de 7 de diciembre de 1994 suscrito por el Director del Centro de Salud de Los Córdobas, en el que se dice que el señor Jabib Flórez es médico y que posee en ese municipio un consultorio en el que atiende constantemente pacientes de esa localidad y sus alrededores (folios 22).

Este documento denota establecimiento del señor Jabib Flórez en ese lugar, pero sin ninguna precisión temporal;

b) Un certificado expedido el 5 de diciembre de 1994 por el Registrador del Estado Civil de Los Córdobas, según el cual la cédula de ciudadanía 6.875.592 de Montería, correspondiente al ciudadano Juan Antonio Jabib Flórez, está registrada en el censo electoral de ese municipio desde el 24 de agosto de 1991 (folio 23).

Se advierte al respecto que, según lo establecido en el artículo 4° de la Ley 163 de 1994, para los efectos de lo dispuesto en el artículo 316 de la Constitución, es decir, para participar en las votaciones para la elección de autoridades locales y para la decisión de asuntos del mismo carácter, la residencia será aquélla en donde se encuentre registrado el votante en el censo electoral. Esa presunción, entonces, está limitada a los solos efectos de participar en las votaciones, pero no es bastante para acreditar la residencia en los términos establecidos en el artículo 86 de la Ley 136 de 1994.

Pero, desde luego, ese hecho es indicativo de la residencia del señor Juan Antonio Jabib Flórez en el municipio de Los Córdobas desde el 24 de agosto de 1991;

c) Un certificado expedido el 5 de diciembre de 1994 por el Registrador del Estado Civil de Los Córdobas, según el cual el señor Juan Antonio Jabib Flórez, portador de la cédula de ciudadanía 6.875.592 de Montería, fue inscrito como aspirante a la alcaldía de ese municipio para el período de 1992 a 1994 (folio 24).

Este documento indica también la residencia en el municipio de Los Córdobas, pero sin mayor precisión temporal;

d) Un certificado del Director de la Caja Agraria, Agencia Los Córdobas, de 7 de diciembre de 1994, en el que se dice que el señor Juan Antonio Jabib Flórez es usuario de crédito de esa oficina desde el 8 de junio de 1993 y reside en ese municipio (folio 25).

Este hecho indica también asentamiento del demandado en el municipio de los Córdobas, al menos desde el 8 de junio de 1993;

e) Un certificado expedido por el Director del Departamento Administrativo de Salud de Córdoba de 23 de octubre de 1992, en que se dice que el nombrado Jabib Flórez fue nombrado en el cargo de Médico Rural del Centro de Salud de Los Córdobas mediante Resolución 2688 de 25 de octubre de 1990 y que desempeñó en ese cargo entre esa fecha y el 25 de octubre de 1991 (folio 26).

Este documento también indica residencia, concretamente entre el 25 de octubre de 1990 y el 25 de octubre de 1991;

f) Un documento "de compraventa" suscrito el 13 de septiembre de 1994 entre Ibis Antonio Mosquera Mosquera y Juan Antonio Jabib Flórez, mediante el

cual el primero, quien se denomina vendedor, "hace entrega formal, con derecho de dominio y posesión", al segundo, que se denomina comprador, "de un lote de terreno ubicado en la cabecera municipal de Los Córdobas", cuyo valor asciende a la suma de $230.000; "el vendedor se compromete con el comprador hacer las gestiones para la firma de su escritura" (folio 51).

No se trata, en verdad, de un contrato de compraventa, como se deriva de su texto mismo y porque la compraventa de inmuebles sólo puede celebrarse mediante escritura pública como mandan los artículos 1857 del Código Civil y 12 del Decreto 960 de 1970, sino de un contrato de promesa de compraventa, aunque ineficaz, porque no están satisfechos a plenitud los requisitos establecidos en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, e indica asentamiento en el municipio de Los Córdobas. Pero, sea como fuere, su celebración es posterior a la fecha en que debió tener lugar la inscripción y por lo mismo, para los efectos de que se trata, resulta inapreciable. La inscripción, se recuerda, debió ocurrir a más tardar el 26 de agosto de 1994, fecha en que venció el plazo para hacerla, o el 1° de septiembre del mismo año, en que venció el de las modificaciones;

g) Un contrato de arrendamiento suscrito ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Los Córdobas el 30 de octubre de 1991, por un término de seis años, entre el señor Saúl Carreazo Silgado, arrendador, y el señor Juan Antonio Jabib Flórez, arrendatario, sobre un globo de terreno de cinco hectáreas, apto para cultivo, que forma parte del predio rural denominado Los Páramos ubicado en la región El guáimaro, comprensión directa de la cabecera municipal Los Córdobas, para la siembra de plataneras y frutos transitorios (folio 55).

Este contrato es serio indicio del establecimiento del demandado en ese municipio desde la fecha de su celebración, 30 de octubre de 1991 y del ejercicio de las actividades para las cuales se tomó en arriendo el inmueble; e indicio, por tanto, de la residencia del demandado durante el año anterior a la inscripción de su candidatura;

h) Un contrato de arrendamiento suscrito el 15 de enero de 1992, por un término de dos años, entre el señor Walberto Robles Galán, arrendador, y el señor Juan Antonio Jabib Flòrez, arrendatario, sobre una casa y solar para el funcionamiento del Directorio de Insurgencia Liberal y un consultorio médico; las firmas de los otorgantes fueron autenticadas el 16 de los mismos ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Los Córdobas (folio 53).

Es indicio este contrato de la permanencia del demandado en el municipio de Los Córdobas desde el 15 de enero de 1992 y hasta el 15 de enero de 1994, fecha en que venció el contrato;

i) Un contrato de arrendamiento suscrito asimismo el 15 de mayo de 1992, por el término de un año, entre la señora María Felipa Anaya Avila, arrendadora, y el señor Juan Antonio Jabib Flórez, arrendatario, sobre un predio urbano ubicado en el municipio Los Córdobas; las firmas de los otorgantes fueron autenticadas el 17 de mayo de 1992 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Los Córdobas (folio 52).

Este contrato es indicio de la permanencia del demandado en ese municipio desde la fecha de su celebración y hasta el 15 de mayo de 1992, en que venció;

j) Un contrato de promesa de compraventa suscrito el 7 de marzo de 1994 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Los Córdobas entre el señor Domingo Saza Lemus, prometiente vendedor, y el señor Juan Antonio Jabib Flórez, prometiente comprador, sobre un predio urbano ubicado en la cabecera municipal de Los Córdobas (folio 54).

No se estipuló que el señor Jabib Flórez, prometiente comprador, entrara a tener el inmueble a partir de entonces. Por ello no indica su asentamiento en ese lugar, aunque sí su voluntad de hacerlo, y en todo caso a partir del 7 de marzo de 1994.

Apreciadas en su conjunto las pruebas anteriores, encuentra la Sala que el demandado residió en Los Córdobas, por lo menos, durante el año anterior a su inscripción como candidato. Lo que quiere decir que se encontraba habilitado para ser alcalde de ese municipio, en los términos del artículo 86 de la Ley 136 de 1994.

Cabe señalar que el demandante oportunamente formuló tacha de falsedad de estos cuatro últimos documentos, pero el Tribunal omitió el trámite incidental correspondiente . No obstante que en la actuación judicial se incurrió en la irregularidad anotada, esta circunstancia no está comprendida en ninguna de las causales de nulidad establecidas en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil; además, según lo dispuesto en el parágrafo del mismo artículo, cualesquiera otras irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente por medio de los recursos. Siendo así, esa irregularidad ha de tenerse por subsanada.

Por todo lo expuesto, el cargo debe desestimarse.

3. *Tercer cargo.* Dijo el demandante que el señor Juan Antonio Jabib Flórez estaría inhabilitado para ser elegido alcalde del municipio de Los Córdobas según lo establecido en el numeral 5 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, bajo el supuesto de que hubiera prestado sus servicios en el municipio de Los Córdobas, que no lo hizo, dijo, en el cargo de Médico Coordinador de la Sección de Patologías Tropicales Crónicas y Degenerativas del Departamento Administrativo de Salud de Córdoba.

El numeral 5 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, dice así:

"ARTICULO 95. Inhabilidades. No podrá ser elegido ni designado alcalde quien:

...

5. Durante el año anterior a su inscripción haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio, en el de terceros o haya celebrado por sí, o por interpuesta persona, contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

..."

Baste decir, sin más, que no se trajo al proceso prueba alguna de que el señor Jabib Flórez hubiera celebrado contrato alguno, por sí o por interpuesta persona, o intervenido en su celebración, con organismos del sector central o descentralizado que debiera ejecutarse o cumplirse en el municipio de Los Córdobas.

El cargo debe entonces desestimarse.

VI. DECISION

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:

CONFÍRMASE, por las razones expuestas, la sentencia del 12 de julio de 1995 dictada por el Tribunal Administrativo de Córdoba mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Esta sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de veinticuatro (24) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Amado Gutiérrez, Presidente; *Mario Alario Méndez, Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ACCION DE NULIDAD ELECTORAL - Características / AGOTAMIENTO DE LA VIA GUBERNATIVA - Inexistencia / RECLAMACION ELECTORAL - Causales / CAUSAL DE NULIDAD ELECTORAL - Derogación

La acción de nulidad de carácter electoral está establecida para efectos de examinar si el acto declaratorio de elección está viciado de nulidad. Para que prospere la acción de anulación, debe aparecer debidamente invocado, sustentado y probado que el hecho alegado configura una de las causales de nulidad del acto acusado establecidas por la ley. El ejercicio de la acción electoral no supone agotamiento de la vía gubernativa ni una separación de las acciones en forma tal que deba incoarse una para establecer la legalidad o no de la actuación de escrutadores o delegados del Consejo Nacional Electoral, como presupuesto para instaurar y obtener la anulación del acto declaratorio de una elección. Se puede, entonces, acudir directamente a la jurisdicción para incoar la acción de nulidad de carácter electoral, pero debe tenerse en cuenta que los fundamentos en este último caso son diferentes de los previstos para la reclamación por la vía administrativa. En tales condiciones, bien sea que se haya reclamado por la vía gubernativa o bien que se ocurra directamente a la jurisdicción en acción de nulidad de carácter electoral, debe tenerse en cuenta que en este último caso no basta con esgrimir hechos que puedan constituir causales de reclamación, debe probarse que tales hechos si se alegan en la demanda, encaja en alguna de las causales de nulidad a que hace relación el artículo 223 del C. C. A. que, por lo mismo, debe aparecer invocado en el numeral concreto que se considere se ajusta a los presupuestos fácticos y debe explicarse la forma en la cual se configura la causal de nulidad invocada. Lo anterior por cuanto el artículo 65 de la Ley 96 de 1985 que establecía como causales de nulidad, entre otras, las previstas como causales de

reclamación en el artículo 42, *ibidem* fue subrogado por el artículo 17 de la Ley 62 de 1988, que no las tiene en cuenta para considerarlas como causales de nulidad.

CAUSAL DE NULIDAD - Taxatividad / PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD CAUSALES DE NULIDAD - Aplicación / ANALOGIA CAUSALES DE NULIDAD ELECTORAL - Improcedencia / JURISDICCION ROGADA - Límites del juez

Las normas que establecen nulidades son por su naturaleza excepcionales y, por lo mismo, no susceptibles de interpretación extensiva o por analogía; por ello en sede judicial no se pueden proponer causales de reclamación para solicitar la nulidad del acto acusado; debe demostrarse, como ya se dijo, que los hechos alegados encajan en una causal de nulidad. Lo anterior por cuanto toda omisión, irregularidad o vicio puede ser considerado como causal de nulidad, siendo indispensable que se trate de un hecho al cual el legislador haya atribuido tal consecuencia, el cual debe aparecer invocado como tal en la demanda y probado dentro del juicio. La jurisdicción de lo contencioso administrativo es rogada por lo que el análisis debe circunscribirse a los hechos, normas y concepto de violación expuestos en la demanda que se constituyen en el marco de litis, no siendo jurídicamente posible para el juzgador salirse de tales parámetros para analizar de manera oficiosa, aspectos que no se plantean en la demanda.

JURADO DE VOTACION - Omisión de firmas / JURADO DE VOTACION - Homogeneidad / NULIDAD ELECTORAL - Inexistencia / SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD VOTO EN BLANCO Y VOTO NULO -Efectos

El exceso de número de votantes frente al establecido para sufragar, la falta de firmas en los jurados para tarjetoñes, y al aparecer éstos con marcas en más de una casilla, así como la constitución de un jurado homogéneo, se plantean como violatorios del artículo 14 de la Ley 84 de 1993. La Sala debe anotar que el artículo invocado se limita a explicar lo que se debe entender como voto en blanco y voto nulo, pero no hace ninguna alusión a que se genere alguna nulidad, por lo cual no afecta en nada la legalidad del acto en la forma en la cual aparece planteado. A lo anterior se agrega que mediante sentencia de fecha 23 de marzo de 1994, la honorable Corte Constitucional declaró inexequible el artículo 14

de la Ley 84 citada, en lo que hace a la definición de voto en blanco y voto nulo por cuanto consideró que el asunto era materia de la ley estatutaria, por lo que a la fecha de las elecciones la norma invocada no estaba vigente y por lo mismo no era aplicable.

ACTA DE ESCRUTINIOS - Votantes / RECLAMACION ELECTORAL - Causales / VIA GUBERNATIVA - Agotamiento / CAUSAL DE NULIDAD ELECTORAL - Inexistencia

La diferencia entre el número de votantes aptos para sufragar y el efectivo de sufragios, se considera en la demanda, encuadra en la causal 5ª del artículo 192 del Código Electoral y en el artículo 105 de la Ley 28 de 1979, vigente de conformidad con el artículo 218 del Decreto 2241 de 1986. Al respecto debe precisarse que la mención de la causal del artículo 192 del Decreto 2241 de 1986 es asunto que debe esgrimirse en la vía gubernativa. En la jurisdiccional sólo puede alegarse si se encuadra el hecho alegado en una causal de nulidad del acto acusado lo que no sucede en el caso de autos por lo que el cargo debe despacharse desfavorablemente.

CAUSAL DE NULIDAD - Inexistencia de determinación / CONCEPTO DE VIOLACION - Norma derogada

Se invoca, también de manera general, el artículo 223 del C. C. A., sin especificar la causal o causales que considera son aplicables a los hechos alegados. Considera la Sala que se ha debido establecer la necesaria relación entre las disposiciones y los hechos que se invocan y la forma como encajan en las causales de nulidad y de manera concreta en relación con cada uno de los hechos, para que el análisis se pudiera realizar de igual forma. En lo que se refiere a la violación del artículo 19 de la Ley 85 de 1981, debe precisarse que esta disposición fue derogada expresamente por el artículo 73 de la Ley 96 de 1985.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiocho (28) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: Doctora *Mirén de la Lombana de Magyaroff.*

Referencia: Expediente número 1471.

Apelación sentencia.

Actor: César Eugenio Martínez Restrepo.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 17 de julio de 1995, por la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia denegó las súplicas de la demanda que solicitó la nulidad de la elección como Alcalde del municipio de Liborina (Antioquia) del señor Fabio Emiro Marín Urrego, para el período 1995-1997.

ANTECEDENTES

El demandante de la referencia, mediante apoderado debidamente constituido, en ejercicio de la acción pública de nulidad de carácter electoral, solicita que se decrete la nulidad de la elección como Alcalde del municipio de Liborina (Antioquia) del señor Fabio Emiro Marín Urrego, contenida en el acta parcial de escrutinio, proferido por la Comisión Escrutadora Municipal de fecha 2 de noviembre de 1994.

Como consecuencia de lo anterior, se ordene un nuevo escrutinio, excluyendo los votos nulos, aquellas tarjetas con más de una marca, aquellas que excedan el número de personas que sufragaron en la mesa correspondiente, aquellas en las que falte las firmas de los jurados de votación y los sufragios, la mesa número 1 del puesto de votación de la cárcel municipal por la homogeneidad política en la conformación del jurado.

Realizado lo anterior se anule la credencial al alcalde elegido, se proceda a declarar como tal y se le expida la credencial a César Eugenio Martínez Restrepo, si lo favorece el escrutinio.

Los hechos narrados en el libelo se resumen así:

1. El domingo 30 de octubre de 1994 se efectuaron las elecciones en el municipio de Liborina.

2. Efectuado el escrutinio, el señor Fabio Emiro Marín Urrego obtuvo el mayor número de votos, seguido por el señor César Eugenio Martínez Restrepo.

3. Como resultado de lo anterior, mediante Acta Parcial de Escrutinio, fechada el 2 de noviembre de 1994, se hizo la declaratoria de elección del señor Fabio Emiro Marín Urrego.

4. En la diligencia de escrutinios municipales, el candidato César Eugenio Martínez Restrepo presentó 10 impugnaciones correspondientes a las 10 mesas de votación de la cabecera municipal, cárcel municipal y corregimientos de San Diego.

El Carmen de la Venta y La Honda, las cuales no fueron decididas durante los escrutinios del 2 de noviembre de 1994.

Las impugnaciones se basaron en los siguientes hechos:

4.1. Mesa 4 del corregimiento de San Diego. Excedente de votos con relación al número de ciudadanos que podían votar en ellos.

4.2. Mesa 4 del corregimiento de San Diego. El tarjetón 036 carece de firmas de los jurados.

4.3. Mesa 1 del corregimiento de San Diego. El tarjetón 018 presentaba marcas en más de una casilla y fue contabilizado.

4.4. Mesa 2 del corregimiento de El Carmen de la Venta. Se contabilizó el tarjetón 261, a pesar de presentar marcas en más de una casilla.

4.5. Mesa 1 del corregimiento de El Carmen de la Venta. Situación idéntica a la anterior con el tarjetón 218.

4.6. Mesa 1 de la cárcel municipal. El jurado era completamente homogéneo.

4.7. Mesa 2 de la cabecera municipal. Se tuvieron en cuenta los resultados para la Asamblea, aun cuando se carecía de las firmas de los jurados.

4.8. Mesa 4 de la cabecera municipal. Fue computado el tarjetón 252, con más de una marca.

4.9. Mesa 6 de la cabecera municipal. Los tarjetones 048 y 203 fueron tenidos en cuenta a pesar de tener varias marcas en varias casillas.

4.10. Mesa 2 del corregimiento de La Honda. Se computó el tarjetón 021 aunque carecía de firmas de los jurados de votación.

5. En vista de lo anterior, el señor Martínez Restrepo interpuso el 2 de noviembre a las 11:50 a.m., recurso de apelación que le fue admitido.

6. El 2 de noviembre de 1994, la Comisión Escrutadora expidió el Acta General de Escrutinio Municipal, donde se ratifica en los resultados del Acta Parcial de Escrutinio. En ésta se manifiesta que el cierre de los escrutinios fue a las 11:45 a.m. cuando en realidad fue a las 11:50 a.m. Manifiesta que tacha de falsa la hora de terminación.

7. El 3 de noviembre la Asistente Jurídica de la Procuraduría Provincial de Medellín, expidió el informe evaluativo número 008, donde manifiestó haber comprobado los siguientes hechos durante los escrutinios del 1° de noviembre:

– Que la Comisión escrutadora declaró la nulidad de 4 tarjetones, por los hechos expuestos en el documento citado, concluyendo que hubo desinformación,

ya que en adelante se tomaron como válidos los que encontraron en circunstancias semejantes (leve rayón equivalente a una coma del mismo color), y así se ha debido proceder desde el principio.

– Que las 8:45 p.m. del 1° de noviembre de 1994 se suspendieron los escrutinios, hasta las 9:00 a.m. del día siguiente.

– Que el 2 de noviembre, estando en términos, la Comisión Escrutadora conociendo un recurso de apelación, presentado por el candidato César Eugenio Martínez Restrepo, **"no efectuándose la elección de alcalde,** *ni concejales electos para la corporación edilicia y menos aún la expedición de credenciales, dándole fin a los mismos en la última fecha señalada,* **siendo las 11:50 a.m."** (fl. 43).

8. Con fecha 3 de noviembre, sin embargo, la Comisión expidió la credencial, eligiendo al señor Fabio Emiro Marín Urrego, como Alcalde Popular de Liborina.

9. En esta misma fecha, el Oficio número 124 de la Comisión Escrutadora Municipal dio respuesta en forma extemporánea y por fuera de diligencia a cuatro asuntos planteados en el memorial presentado el 1° de noviembre de 1994, por el señor Martínez Restrepo. Este oficio fue recibido el día 11 del mismo mes y año, a las 3:15 p.m.

10. El 7 de noviembre, los Delegados del Consejo Nacional Electoral, mediante Resolución 002 de 1994, se abstienen de considerar las peticiones presentadas por el señor Martínez, argumentando que el recurso se presentó el 2 de noviembre, a las 11:50, en forma extemporánea, de tal supuesto deduce que no adquiere competencia para resolver el petitorio.

11. Ese mismo día, el interesado interpuso recurso de reposición contra la Resolución 002 de noviembre 7 de 1994.

12. El 8 de noviembre, los Delegados del Consejo Nacional Electoral, mediante Resolución 013 de 1994, se ratificó en los mismos argumentos, denegando la reposición.

13. Como quiera que los Delegados de la Comisión Escrutadora Departamental descubrieron irregularidades en los escrutinios municipales de Liborina, resolvieron remitir, mediante Oficio número 2352 del 10 de noviembre de 1994, copia de las actas de escrutinio al Procurador Departamental para que investigara.

Invoca como violados el artículo 1°, numerales 1° y 3° y artículo 2° del Decreto 2241 de 1986; artículo 42, numeral 5° de la Ley 96 de 1985; artículo 223 del C. C. A..; artículo 19 de la Ley 85 de 1981 y de manera general la Ley 84 de 1993.

Las irregularidades narradas en el punto 4° de los hechos, esto es el exceso de votantes frente al establecido para sufragar, la falta de firmas de los jurados en

los tarjetones, marcas en más de una casilla y constitución de un jurado de votación homogéneo, considera, violan ostensiblemente el artículo 14 de la Ley 84 de 1993.

Por otra parte, la diferencia entre el número de votantes aptos para sufragar y el efectivo de sufragios encuadra en la causal 5ª del artículo 192 del Código Electoral. El remedio para esta ilegítima falta de correspondencia ha debido ser previsto en el artículo 105 de la Ley 28 de 1979, vigente, anota, de conformidad con el artículo 218 del Decreto 2241 de 1986.

Como los jurados no hicieron nada para remediar la situación, han debido hacerlo los Delegados del Consejo Nacional Electoral en salvaguardia de los derechos fundamentales a elegir y ser elegido (arts. 40-1 y 258 de la C. N.).

Aunque es clara la nulidad de los tarjetones el artículo 192 del Decreto 2241 de 1986, no prevé exactamente el caso como causal de reclamación de los escrutinios porque en la época de expedición de la norma no se utilizaban los mismos.

Mediante auto fechado el 6 de diciembre de 1994, el Tribunal Administrativo de Antioquia resolvió admitir la demanda y ordenar el trámite de ley.

El elegido se presentó al juicio, por intermedio de apoderado para oponerse a las pretensiones de la demanda.

En relación con los hechos, manifestó que son ciertos los numerados del uno al tres y el octavo. Respecto al cuarto manifiesta que debe probarse y explica que se trata de hechos irrelevantes que no alcanzan a ser causales de nulidad, ni del escrutinio, ni de la elección: no influyen en el resultado final.

En relación con el hecho sexto explica que el acta de escrutinio es un documento público, emanado de funcionarios públicos y goza de presunción de validez, por lo cual se debe seguir un procedimiento legal para tacharlo de falso. La falsedad debe ser declarada judicialmente, pero no en este proceso donde todos los documentos se presumen válidos. Además, pregunta *"¿Por qué no se dejó constancia de la diferencia horaria en el mismo documento de escrutinio?"* (fl. 62).

Sobre el hecho séptimo anota que es parcialmente cierto. Explica que la doctora se pronunció sobre la anulación de 4 votos considerada, según la profesional, irregular, pero que no influye en el resultado. La transcripción hecha es parcial y del texto completo se deduce que esos votos nunca debieron anularse pues era la intención del elector. *"Contrario a lo que piensa el demandante quien pretendía la nulidad de todos los votos en donde se presentó la supuesta irregularidad"* (fl. 62).

En cuanto a la manifestación sobre suspensión de los escrutinios, expresa que debe probarse.

Señala que el hecho décimo es cierto en lo que se refiere a la declaratoria de extemporaneidad, mas no que tal supuesto sea falso.

Solicita que se prueben los hechos noveno, once y doce que se prueben.

La parte actora presentó alegato de conclusión, reiterando lo expresado en la demanda y agregando lo siguiente:

– Dice el demandado que el acta de escrutinios es un documento público que goza de la presunción de validez de los actos jurídicos. Es claro que éste busca ampararse en un concepto del principio de legalidad completamente revaluado, en la medida que se pretende esconder la verdad real utilizando los principios formales del ordenamiento jurídico para defraudarlo. Si la defensa fuera más sustanciosa respecto a la hora del cierre, contestaría con elementos relacionados con el fondo del asunto y no se apoyaría en las garantías, que con otra justificación concede el ordenamiento jurídico.

– Nada se opone a que una vez examinadas las pruebas, tanto documentales como testimoniales, el Tribunal declare la falsedad de la hora del cierre que consta en el acta de escrutinios municipales.

– Del examen de las pruebas, se deduce claramente que la hora fue inexplicablemente alterada en el acta de escrutinios, a fin de que la reclamación interpuesta por el excandidato fuera escamoteada.

– La declaración parcial de falsedad del acta de escrutinios que pretende fundar jurídicamente la elección de Fabio Emiro Marín Urrego, *"no obstante que el recurso se presentó en tiempo y que a la luz del inciso 3° del artículo 166 del Código Electoral y del parágrafo del artículo 42 de la Ley 96 de 1985, debió ser suficiente para suspender esa declaratoria de elección"* (fl. 148).

Como consecuencia de esto, el honorable Tribunal debe dar aplicación al artículo 247 del C. C. A., señalando hora y día para realizar un nuevo escrutinio, al igual que tomar las medidas pertinentes en las mesas donde existe un exceso de votos.

Por su parte, la parte demandada presentó sus alegatos, en tiempo, reiterando lo expresado en la contestación de la demanda y agregó lo siguiente:

– Ante la estrecha diferencia entre el Alcalde elegido y su contendor, el candidato perdedor ha intentado por todos los medios de encontrar los elementos jurídicos que le permitan modificar el resultado. La mayoría de las impugnaciones carecen de fundamento. Es cierto que los tarjetones ponen de manifiesto el

desconocimiento que aún existe en la utilización de los mismos, pero no por ello se pueden anular todos y cada uno de los votos, con el formalismo excesivo de la marca del votante única y exclusivamente en el respectivo cuadrante del tarjetón.

Es una constante en la votación de todos los candidatos, la marca en sitios que no se prestan a confusión y los que resultaren dudosos fueron debidamente anulados.

– Por otra parte, la Comisión Escrutadora estuvo integrada por personas de reconocida honorabilidad.

– Respecto a la presencia de la delegada del Ministerio Público, ésta fue solicitada por el Alcalde y el Personero del municipio de Liborina.

– No existe ninguna razón de peso que permita sospechar una manipulación en los resultados electorales. La propia Procuraduría estuvo presente y dio fe de la claridad en los resultados.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal Administrativo de Antioquia, por sentencia del 17 de julio de 1995, resolvió no acceder a las súplicas de la demanda, con base en los siguientes fundamentos:

– En la parte resolutiva de la Resolución 002 de 1994, los delegados se abstuvieron de considerar las peticiones del señor Martínez Restrepo, por encontrarse que éstas fueron resueltas por la Comisión Escrutadora Municipal (punto sexto). Además, el escrutinio fue cerrado a las 11:45 a.m., procediéndose, en consecuencia, a la declaratoria de elección de alcalde (punto séptimo) y declarando extemporáneo el escrito de apelación presentado, el cual fue anexado, sin resolverse (punto octavo).

Por último, el 3 de noviembre, la Comisión Escrutadora respondió el oficio al señor Martínez arrogándose funciones que a la fecha ya no tenía (punto noveno) y declarando que esta Comisión no adquiere competencia para resolver el petitorio, por estar terminado el escrutinio y por ser extemporáneo el escrito (punto décimo).

– De lo anterior se sigue que debió discutirse por vía judicial, en primer lugar, lo atinente a la extemporaneidad de las reclamaciones, para luego controvertir las situaciones allí planteadas, con intervención del Consejo Nacional Electoral, integrando debidamente el contradictorio. De otra manera, no queda más alternativa que la de acatar lo dispuesto en estos actos ejecutorios, de obligatorio cumplimiento. No puede efectuarse ninguna consideración, ni tomarse ninguna decisión judicial frente a las Resoluciones del Consejo Nacional Electoral, mientras no medie la anulación de ellas (cosa que no se pidió en este proceso).

Por lo anterior, es incontrovertible que los escrutinios concluyeron a las 11:45 a.m. del 2 de noviembre de 1994 y que las reclamaciones fueron presentadas extemporáneamente, es decir a las 11:50 a.m. del mismo día, de acuerdo con los documentos aportados.

EL RECURSO DE APELACION

El señor apoderado de la parte demandante apeló la anterior decisión, reiterando los argumentos planteados en la demanda y en la oportunidad del traslado agregó los siguientes:

– Las pretensiones de la demanda ponen de presente la ilegalidad con que actuó las Comisión Escrutadora Municipal y el desconocimiento de varias reclamaciones interpuestas durante los escrutinios.

– La Comisión Escrutadora Municipal declaró electo al demandado el 3 de noviembre, en forma extemporánea, pues ya habían cesado sus funciones. El fallo del Tribunal guardó silencio acerca de esta irregular proclamación, ignorando además, que la Comisión había admitido las reclamaciones y éstas debían ser resueltas en la diligencia de escrutinios departamentales.

– Está comprobado que se apuntó una hora falsa de cierre de los escrutinios, y como las funciones de la Comisión Escrutadora habían cesado el 2 de noviembre, actuaron como funcionarios de hecho al expedir la credencial.

– El Tribunal exige una prejudicialidad que condicione el proceso electoral a los resultados de otro proceso: según lo expuesto habría que incoar un proceso penal que declare la responsabilidad de los implicados en delitos contra el sufragio, o esperar la declaratoria de nulidad de las Resoluciones números 002 y 013 de 1994, como presupuesto procesal de la demanda electoral. Esto no se puede pretender pues los términos perentorios de la acción electoral precluirían y los supuestos fácticos de las causales de nulidad electoral no pueden asimilarse con otra clase de irregularidades, como la penal, por estar regidos con diferentes ámbitos normativos. Además, el proceso electoral es judicial, por lo cual no se puede alegar que la falsedad documental "deberá ser declarada judicialmente".

– Como quiera que el recurso de apelación interpuesto dentro de la diligencia del 2 de noviembre fue admitido, se solicita al Consejo de Estado reconocer las causales de reclamación para poder apreciar las irregularidades de hecho y de derecho que se presentaron en la elección.

– Además, solicita se acceda a las otras peticiones de la demanda, como es el nuevo escrutinio, la corrección en lo que se refiere al exceso de votos en algunas mesas, etc., y al análisis de las pruebas obrantes en el expediente, ya que el honorable Tribunal no realizó esta tarea.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Novena Delegada en lo Contencioso solicita que se confirme la sentencia apelada, de fecha 17 de julio de 1995, por los siguientes motivos:

– En relación con el concepto de violación, éste no se precisa en la demanda, sólo se hace referencia a las irregularidades narradas en el acápite 4° de los hechos.

La Delegada no encuentra que se indique, en el presente caso, ningún hecho o circunstancia que esté consagrado por la ley como causal de nulidad electoral.

– Todos los hechos y circunstancias hacen referencia a causales de reclamación consagradas en el artículo 192 del Decreto 2241 de 1986.

– Por su parte, el actor hace referencia al artículo 223 del C. C. A., pero no indica qué causal invoca exactamente como violada y ante lo rogado de la jurisdicción contencioso administrativa, es inocuo su análisis.

– Por lo anterior y al no estar probado procesalmente hecho o hechos que generen causal de nulidad, se debe confirmar la sentencia apelada.

CONSIDERACIONES

Competencia

La Sala es competente para conocer del presente recurso de apelación conforme a lo previsto en el artículo 29 de la Ley 78 de 1986.

El fondo del negocio

Antes de emprender el análisis del caso, la Sala considera procedente hacer las siguientes precisiones:

La acción de nulidad de carácter electoral está establecida para efectos de examinar si el acto declaratorio de elección está viciado de nulidad.

Para que prospere la acción de anulación, debe aparecer debidamente invocado, sustentado y probado que el hecho alegado configura una de las causales de nulidad del acto acusado establecidas por la ley.

El ejercicio de la acción electoral no supone agotamiento de la vía gubernativa ni una separación de las acciones en forma tal que deba incoarse una para establecer la legalidad o no de la actuación de escrutadores o de delegados del Consejo Nacional Electoral, como presupuesto para instaurar y obtener la anulación del acto declaratorio de una elección.

Se puede, entonces, acudir directamente a la jurisdicción para incoar la acción de nulidad de carácter electoral, pero debe tenerse en cuenta que los fundamentos

en este último caso son diferentes de los previstos para la reclamación por la vía administrativa.

En tales condiciones, bien sea que se haya reclamado por la vía gubernativa o bien que se ocurra directamente a la jurisdicción en acción de nulidad de carácter electoral, debe tenerse en cuenta que en este último caso no basta con esgrimir hechos que puedan constituir causales de reclamación; debe probarse que tales hechos si se alegan en la demanda, encajan en alguna de las causales de nulidad a que hace relación el artículo 223 del C. C. A., que, por lo mismo, debe aparecer invocado en el numeral concreto que se considere se ajusta a los presupuestos fácticos y debe explicarse la forma en la cual se configura la causal de nulidad invocada.

Lo anterior por cuanto el artículo 65 de la Ley 96 de 1985 que establecía como causales de nulidad, entre otras, las previstas como causales de reclamación en el artículo 42, *ibidem,* fue subrogado por el artículo 17 de la Ley 62 de 1988, que no las tiene en cuenta para considerarlas como causales de nulidad.

Ahora bien, las normas que establecen nulidades son por su naturaleza excepcionales y, por lo mismo, no susceptibles de interpretación extensiva o por analogía; por ello en sede judicial no se pueden proponer causales de reclamación para solicitar la nulidad del acto acusado; debe demostrarse, como ya se dijo, que los hechos alegados encajan en una causal de nulidad.

Lo anterior por cuanto no toda omisión, irregularidad o vicio puede ser considerado como causal de nulidad, siendo indispensable que se trate de un hecho al cual el legislador haya atribuido tal consecuencia, el cual debe aparecer invocado como tal en la demanda y probado dentro del juicio.

En tales condiciones, la extemporaneidad en la actuación gubernativa, sólo puede ser analizada como circunstancia anulatoria del acto cuando la demanda expresa que la misma encaja en una de las causales de nulidad previstas por la ley y la invoca para tales efectos en esa forma. Lo mismo sucede con los comportamientos de los jurados o de los delegados del Consejo Nacional Electoral.

De otra parte debe precisarse que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es rogada por lo que el análisis debe circunscribirse a los hechos, normas y concepto de violación expuestos en la demanda que se constituyen en el marco de litis, no siendo jurídicamente posible para el juzgador salirse de tales parámetros para analizar de manera oficiosa, aspectos que no se plantean en la demanda.

Sentado lo anterior se procede a analizar los cargos propuestos:

1. El exceso de número de votantes frente al establecido para sufragar, la falta de firmas de los jurados en los tarjetones, y el aparecer éstos con marcas en más de una casilla, así como la constitución de un jurado de votación homogéneo, se plantean como violatorios del artículo 14 de la Ley 84 de 1993.

La Sala debe anotar que el artículo invocado se limita a explicar lo que se debe entender como voto en blanco y voto nulo, pero no hace ninguna alusión a que se genere alguna nulidad, por lo cual no afecta en nada la legalidad del acto en la forma en la cual aparece planteado.

A lo anterior se agrega que mediante sentencia de fecha 23 de marzo de 1994, la honorable Corte Constitucional declaró inexequible el artículo 14 de la Ley 84 citada, en lo que hace a la definición de voto en blanco y voto nulo por cuanto consideró que el asunto era materia de ley estatutaria, por lo que a la fecha de las elecciones la norma invocada no estaba vigente y por lo mismo no era aplicable.

Con fundamento en lo anterior el cargo debe despacharse desfavorablemente.

2. La diferencia entre el número de votantes aptos para sufragar y el efectivo de sufragios, se considera en la demanda, encuadra en la causal 5ª del artículo 192 del Código Electoral y en el artículo 105 de la Ley 28 de 1979, vigente de conformidad con el artículo 218 del Decreto 2241 de 1986.

Al respecto debe precisarse que la mención de la causal 5ª del artículo 192 del Decreto 2241 de 1986 es asunto que debe esgrimirse en la vía gubernativa. En la jurisdiccional sólo puede alegarse si se encuadra el hecho alegado en una causal de nulidad del acto acusado lo que no sucede en el caso de autos por lo que el cargo debe despacharse desfavorablemente.

3. La omisión de los jurados y de los delegados del Consejo Nacional Electoral, que no remediaron las irregularidades que se alegan, violenta los derechos fundamentales a elegir y ser elegido (artículos 40-1 y 258 de la C. N.).

La violación de los artículos mencionados, señala la sala, sólo puede producirse como consecuencia de la configuración en el caso concreto, de una causal de nulidad que en el presente no se menciona por lo que el cargo recibirá despacho desfavorable.

Se invocan también como violados los artículos que a continuación se analizan:

Artículo 1°, numerales 1° y 3° y artículo 2° del Decreto 2241 de 1986. El primero de los mencionados establece entre los principios orientadores, los de imparcialidad y eficacia del voto; el segundo artículo citado prevé que las autoridades protegerán el derecho al sufragio, otorgando plenas garantías a los ciudadanos en el proceso electoral con una actuación imparcial.

En estas dos disposiciones su contenido de carácter general salta a la vista por lo cual se remite la Sala a lo que sobre el particular se dejó expuesto, no se señala que su infracción tenga como consecuencia la nulidad de la elección, por lo que su violación sólo puede darse como consecuencia de que se pruebe que en la situación concreta alegada se configura una causal de nulidad del acto, lo que no sucede en el asunto en estudio en el cual no hay invocación concreta sobre el particular.

En lo que hace referencia a la violación del artículo 42 de la Ley 96 de 1985, el cual enuncia que los artículos 152 de la Ley 28 de 1979 y el 31 de la Ley 85 de 1981 se refunden en uno solo, debe precisarse en lo que hace al numeral 5° invocado, que se trata de una causal de reclamación (recogida por el artículo 192-5 del Decreto 2241 de 1986) que, como las demás de que trataba el citado artículo 42 se tenían en cuenta como causales de nulidad según lo previsto por el artículo 65-6 de la Ley 96 de 1985 y que desaparecieron como tales por previsión del artículo 17 de la Ley 62 de 1988, tal como se explicó antes.

Se invoca, también de manera general, el artículo 223 del C. C. A., sin especificar la causal o causales que considera son aplicables a los hechos alegados.

Considera la Sala que se ha debido establecer la necesaria relación entre las disposiciones y los hechos que se invocan y la forma como encajan en las causales de nulidad y de manera concreta en relación con cada uno de los hechos, para que el análisis se pudiera realizar de igual forma.

En lo que se refiere a la violación del artículo 19 de la Ley 85 de 1981, debe precisarse que esta disposición fue derogada expresamente por el artículo 73 de la Ley 96 de 1985.

Como bien lo expresa la distinguida Procuradora Delegada colaboradora, al no estar probado procesalmente hecho o hechos que generen nulidad, ni estar invocada causal de nulidad alguna, se deben denegar las súplicas de la demanda y confirmar la sentencia apelada, por las razones anteriores.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto de la Procuradora en lo Contencioso Administrativo y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia del 17 de julio de 1994, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, objeto del presente recurso de apelación.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en sesión de fecha veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de Sala; *Mario Alario Méndez, Mirén de la Lombana de M., Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NOMBRAMIENTO EN EL EXTERIOR - Requisitos para ratificación en el cargo

Según lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 10 de 1992, no podrá ser nombrada nuevamente en un cargo en el exterior la persona que no hubiera prestado sus servicios en la planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores durante un período continuo no inferior a la mitad del tiempo en que se hubiera desempeñado en el exterior, salvo los embajadores.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., cuatro (4) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Mario Alario Méndez.*

Radicación número 1261.

Referencia: Demandante Genaro Alfonso Sánchez Moncaleano.

Electoral.

Cumplido el trámite legalmente establecido, procede la Sala a dictar sentencia.

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Genaro Alfonso Sánchez Moncaleano ha demandado se declare nulo el Decreto 256 de 6 de febrero de 1995, mediante el cual el Gobierno nombró provisionalmente a la señora Luz Elvira Pérez de De Castro en el cargo de Consejero, Grado Ocupacional 4 Ex, en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República Oriental del Uruguay, encargada de funciones consulares en Montevideo.

Señaló el demandante como violados los artículos 2º, 4º, 6º, 83, 123 y 125 de la Constitución; 10 del Decreto 453 de 1930; 1º y concordantes de la Ley 61 de 1987; 4º, 5º, 6º, 9º, 10, 11, 12, 13, 23, 24, 25, 26, 27 y siguientes del Decreto 10 de

1992; 35, numeral 4, del Decreto 2126 de 1992; 4°, de la Ley 27 de 1992, y 1°, 4° y 7° de la Resolución 114 de 1987, y planteó tres cargos.

El primero se hace consistir en, en síntesis, en que, según lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto 10 de 1992, la señora Luz Elvira Pérez de De Castro, que no pertenece a la carrera diplomática y consular, no podía ser nombrada en el cargo de Consejero, Grado Ocupacional 4 Ex, en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República Oriental del Uruguay, encargada de funciones consulares en Montevideo, pues siendo éste un cargo de carrera debía proveerse con personal inscrito y escalafonado, y que en el Ministerio había funcionarios escalafonados, en la carrera diplomática y consular, uno de los cuales debe desempeñar ese cargo.

El segundo cargo se hace consistir en que la señora Pérez de De Castro, que había ocupado provisionalmente el cargo de Consejero en la Misión Permanente de Colombia ante la Asociación Latinoamericana de Integración con sede en Montevideo, no podía ser nombrada nuevamente en cargo en el exterior sin antes prestar servicios a la planta interna del Ministerio en Colombia por un período continuo no inferior a la mitad del tiempo desempeñado en el exterior, según lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 10 de 1992.

Y el tercero de los cargos se hace consistir en que, según lo ordenado en el artículo 35, numeral 4°, del Decreto 2126 de 1992, el Gobierno, por conducto de la Subsecretaría de Asuntos Consulares, debió cumplir y hacer cumplir los requisitos establecidos para el ejercicio de funciones consulares, en los artículos 10 del Decreto 453 de 1930 y 1°, 4° y 7° de la Resolución 114 de 1987, y que esa unidad debió certificar el cumplimiento de tales requisitos antes de proceder a dar posesión a la nombrada.

La Nación, Ministerio de Relaciones Exteriores, entidad demandada, dio contestación a la demanda diciendo que el artículo 6° del Decreto 10 de 1992 permite el nombramiento en provisionalidad en empleos de carrera con personas que no pertenezcan a la misma, si no existiera personal escalafonado en la respectiva categoría, y que por ello la señora Pérez de De Castro podía ser nombrada en el cargo en que lo fue porque para entonces "no existía en la planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores personal escalafonado que hubiera cumplido su período obligatorio de alternación para poder así ser nombrado en el exterior, en el mencionado cargo, como lo estipula el artículo 25 del Decreto número 10 de 1992".

Dijo también que la señora Elvira Pérez de De Castro como Consejero ante la Asociación Latinoamericana de Integración fue reemplazada por el señor Henry Javier Arcos Muñoz, con lo cual quedó insubsistente su nombramiento en ese cargo, de manera que cuando fue nombrada en el cargo de Consejera de la Embajada de Colombia ante el Gobierno del Uruguay no estaba obligada a cumplir lo dispuesto

en el artículo 25 del Decreto 10 de 1992. Además, dijo, la alternación se predica sólo de los funcionarios del servicio exterior escalafonados en la carrera diplomática y consular, no de los de libre nombramiento y remoción, que no pertenecen a la misma.

II. LA OPINION DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuraduría Décima Delegada ante el Consejo de Estado rindió su concepto número 7.195, recibido el 20 de septiembre de 1995.

Dijo la Procuraduría que según lo establecido en el artículo 25 del Decreto 10 de 1992, no puede ser nombrado nuevamente en un cargo en el exterior la persona que no hubiera prestado sus servicios en la planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores durante un período continuo no inferior a la mitad del tiempo en que se hubiere desempeñado en el exterior; que esta disposición es aplicable a todo funcionario del servicio diplomático y consular, sea o no de carrera; que la señora Luz Elvira Pérez de De Castro fue nombrada por el Decreto 1392 de 1992 en el cargo de Consejero, Grado Ocupacional 4 Ex, en la Misión Permanente de Colombia ante la Asociación Latinoamericana de Integración, que tiene sede en Montevideo, del cual tomó posesión el 30 de noviembre de 1992 y en el cual permaneció hasta el 28 de febrero de 1995; que mediante el Decreto 256 de 1995 se le nombró en el cargo de Consejero, Grado Ocupacional 4 Ex, en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República Oriental del Uruguay, encargada de funciones consulares en Montevideo, del que tomó posesión los días 31 de marzo y 17 de abril del mismo año, y que, siendo así, fue violado el artículo 25 del Decreto 10 de 1992, porque se la nombró nuevamente en un cargo en el exterior sin haber cumplido el requisito señalado.

Y con base en tales consideraciones, solicitó la Procuraduría fuera declarado nulo el Decreto 256 de 1995.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dijo el demandante que, según lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 10 de 1992, la señora Luz Elvira Pérez de De Castro, que había ocupado provisionalmente el cargo de Consejero en la Misión Permanente de Colombia ante la Asociación Latinoamericana de Integración con sede en Montevideo, no podía ser nombrada nuevamente en cargo en el exterior sin antes prestar servicios a la planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores en Colombia por un período continuo no inferior a la mitad del tiempo desempeñado en el exterior.

En efecto, según lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 10 de 1992, no podrá ser nombrada nuevamente en un cargo en el exterior la persona que no hubiera prestado sus servicios en la planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores

durante un período continuo no inferior a la mitad del tiempo en que se hubiera desempeñado en el exterior, salvo los embajadores.

Mediante el Decreto 1392 de 1992 la señora Luz Elvira Pérez de De Castro fue nombrada provisionalmente en el cargo de Consejero, Grado Ocupacional 4 Ex, en la Misión Permanente de Colombia ante la Asociación Latinoamericana de Integración, con sede en Montevideo, República Oriental del Uruguay (fls. 6 y 132), del cual tomó posesión ante el Secretario General del Ministerio de Relaciones Exteriores el 30 de septiembre de 1992, como consta en el Acta de posesión número 213 (fl. 129), y en la misma fecha ante el Embajador Representante de Colombia ante la Asociación Latinoamericana de Integración, como consta en el Acta número 49 (fl. 129).

Estuvo en ese cargo desde entonces y hasta el 28 de febrero de 1995, como se lee en la certificación expedida el 22 de marzo de 1995 por el Jefe de Capacitación, Bienestar Social y Prestaciones Sociales del Ministerio de Relaciones Exteriores (fl. 218). En su reemplazo y mediante el Decreto 2830 de 1994, había sido nombrado el señor Henry Javier Arcos Muñoz (fls. 6 y 128).

Y mediante el Decreto 256 de 1995 fue nombrada la señora de De Castro en el cargo de Consejero, Grado Ocupacional 4 Ex, en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República Oriental del Uruguay, encargada de funciones consulares en Montevideo, del cual tomó posesión ante el Secretario General del Ministerio de Relaciones Exteriores el 31 de marzo de 1995, como consta en el Acta de posesión número 115 (fl. 104), y el 17 de abril del mismo año ante el Embajador, como consta en el acta correspondiente (fl.103).

Quiere lo anterior decir que mediante el Decreto 256 de 1995, fue violado el artículo 25 del Decreto 10 de 1992, en tanto se hizo un nuevo nombramiento provisional en el servicio exterior a quien no había prestado sus servicios en la planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores durante un período continuo no inferior a la mitad del tiempo en que se hubiera desempeñado en el exterior.

Dijo la Nación, Ministerio de Relaciones Exteriores, al dar respuesta a la demanda, que como la señora Elvira Pérez de De Castro como Consejero ante la Asociación Latinoamericana de Integración fue reemplazada por el señor Henry Javier Arcos Muñoz, su nombramiento en ese cargo quedó insubsistente, de manera que cuando fue nombrada en el cargo de Consejera de la Embajada de Colombia ante el Gobierno del Uruguay no estaba obligada a cumplir lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 10 de 1992. Además, dijo, la alternación se predica sólo de los funcionarios del servicio exterior escalafonados en la carrera diplomática y consular, no de los de libre nombramiento y remoción, que no pertenecen a la misma, porque de ser ello así "se podría (sic) presentar situaciones fácticas contrarias a la

Constitución o a la ley, consistentes en que si no es nombrado en planta interna al término de sus funciones no podrá cumplir con el presupuesto de trabajar la mitad del tiempo, luego de ser así, le sería imposible jurídicamente volver a ser nombrado".

Pues bien, la alternación de que trata el artículo 25 del Decreto 10 de 1992 resulta aplicable a todas las personas que hubieran desempeñado cargos en el servicio exterior, salvo los embajadores, como se lee en su texto, y no sólo a los funcionarios de carrera. No es dable, pues, establecer una distinción que no trae esa norma. Pero, además, según lo dispuesto en el artículo 73 del mismo decreto, las disposiciones de ese estatuto son aplicables, en lo pertinente, a los funcionarios del servicio exterior y del Ministerio, aun cuando no pertenezcan a la carrera diplomática y consular, lo que no deja dudas al respecto.

Por otra parte, el hecho de que el nombramiento de la señora de De Castro en el cargo de Consejero, Grado Ocupacional 4 Ex, en la Misión Permanente de Colombia ante la Asociación Latinoamericana de Integración, que se hizo mediante el Decreto 1392 de 1992, hubiera quedado insubsistente porque en su reemplazo fue nombrado el señor Henry Javier Arcos Muñoz mediante el Decreto 2830 de 1994, no cambia las cosas. En todo caso, y según lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 10 de 1992, no podrá ser nombrada nuevamente en un cargo en el exterior la persona que no hubiera prestado sus servicios en la planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores durante un período continuo no inferior a la mitad del tiempo en que se hubiera desempeñado en el exterior, salvo los embajadores.

Es, pues, nulo el decreto acusado, y así habrá de declararse. Y siendo así, por las razones expuestas, se ve relevada la Sala del examen de los otros cargos, porque resulta innecesario.

IV. DECISION

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:

Declárase la nulidad del Decreto 256 de 6 de febrero de 1995, mediante el cual el Gobierno nombró provisionalmente a la señor Luz Elvira Pérez de De Castro en el cargo de Consejero, Grado Ocupacional 4 Ex, en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República Oriental del Uruguay, encargada de funciones consulares en Montevideo.

En firme esta providencia, archívese el expediente.

Notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Mario Alario Méndez, Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

GOBERNADOR - Inhabilidades / FALTA DISCIPLINARIA - Desempeño como alcalde/ SANCION ACCESORIA - Inhabilidad para el desempeño de funciones públicas / SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD - Efectos / ACTO PARTICULAR - Efectos

Se aduce que la honorable Corte Constitucional, con sentencia de fecha 25 de mayo del año en curso (C-229-95, Proceso D-706) declaró inexequible el citado numeral 2 del artículo 104 de la Ley 136 de 1994. Dicho fallo de inexequibilidad del numeral 2, artículo 104 de la Ley 136 de 1994, norma con base en la cual el Gobernador del Casanare destituyó al doctor Sossa Pacheco, imponiéndole también la sanción accesoria de inhabilidad para el desempeño de funciones públicas, desde que alcanzó firmeza determina la extinción de esa previsión legal. Pero ese fenómeno sólo se da a partir de la ejecutoria de la sentencia, porque los fallos de inexequibilidad, a diferencia de los de nulidad, sólo producen efectos hacia el futuro, es decir, *ex nunc.*

Pero en el caso en examen se presenta una situación que adquiere especial relevancia en cuanto a los efectos de la inexequibilidad del numeral 2° del artículo 104 en mención. En efecto, entre la norma y el acto acusado media otro de contenido particular y concreto, generador de situación jurídica de índole subjetiva para el doctor Sossa Pacheco: la resolución por la que se lo destituyó e inhabilitó para el desempeño de funciones públicas. –De dicho acto, vigente al momento de producirse la elección acusada, no cabe predicar la excepción de inconstitucionalidad por su carácter creador de una situación jurídica individual–.

PERDIDA DE LA FUERZA EJECUTORIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS - Efectos

Esa pérdida de fuerza ejecutoria tampoco tiene efectos hacia el pasado. –Sólo al momento en que ella se produjo y hacia el futuro,

precisamente porque el fundamento de derecho cuya desaparición la originó si existió al momento de producirse el acto.– En otras palabras: las consecuencias de la pérdida de la fuerza ejecutoria por la causal 2 del artículo 66 del C.C.A. son distintas, por ejemplo, de las que se dan cuando aquella ocurre por suspensión provisional, porque entonces se produce esa pérdida por medida precautelar que reconoce violación manifiesta de la ley al momento de producir el acto. De allí que los efectos de la suspensión provisional son *ex tunc*, semejantes pero no iguales a los de la sentencia declaratoria de nulidad de acto.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., diciembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Amado Gutiérrez Velásquez.*

Radicaciones números 1208 y 1222.

Referencia: Expedientes acumulados.

Actores: Augusto Hernández Becerra y Marco Fidel Díaz Zapata.

En procesos separados los actores de la referencia pretenden la nulidad del acto declaratorio de la elección del doctor Emiro Sossa Pacheco como Gobernador de Casanare para el período 1995-1997, producido por el Consejo Nacional Electoral mediante Acuerdo número 16 de 14 de diciembre de 1994, notificado en estrados el 19 de los mismos mes y año.

Por auto de 21 de julio del año en curso, proferido en el expediente radicado al número 1208, se dispuso la acumulación de los procesos referenciados, por reunirse los presupuestos prescritos al efecto en el artículo 238 y concordantes del C.C.A. En diligencia de sorteo efectuada el dos (2) de agosto de este año correspondió al suscrito ponente continuar la tramitación (fl. 289).

Agotada la etapa previa al fallo, con aporte de alegatos de los actores y del apoderado del opositor, así como concepto de la señora Procuradora Novena Delegada ante esta Corporación, por no observar en lo actuado causales de nulidad se procede a decidir de mérito.

I. ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO

a) Por tratarse de acciones de nulidad electoral, cualquier ciudadano tiene legitimación en la causa y capacidad de postulación (art. 140, numeral 6°, de la C. Política);

b) Las acciones fueron incoadas oportunamente, esto es, cuando aún no habían transcurrido veinte (20) días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en el que fue notificado el acto declaratorio de la elección acusada (art. 7° de la Ley 14 de 1988, reformatorio del art. 28 de la Ley 78 de 1986);

c) Las demandas fueron admitidas por reunir los requisitos formales estatuidos en la ley (art. 137 y siguientes del C.C.A.). Además, a ellas se adjuntó copia del acto acusado;

d) Es el Consejo de Estado, a través de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, competente para tramitar y decidir de los procesos acumulados, por cuanto tratándose de demandas contra la elección de Gobernador de departamento se debe aplicar la regla de competencia residual del numeral 16, artículo 128, del C.C.A. (subrogado por el art. 2° del Decreto-ley 597 de 1988), en concordancia con el artículo 6° de la Ley 14 de 1988.

II. RESUMEN DE LAS DEMANDAS Y DE SU CONTESTACION

Por razones de método y precisión en el análisis, procederá la Sala a examinar cada uno de los expedientes, así:

A) **Expediente 1208**

Actor: Augusto Hernández Becerra

A.1. El actor de la referencia, en su propio nombre, instauró contencioso de nulidad electoral contra el Acuerdo número 16, de fecha diciembre 14 de 1994, mediante el cual el Consejo Nacional Electoral declaró electo al doctor Emiro Sossa Pacheco como Gobernador del departamento de Casanare para el período comprendido entre el 1° de enero de 1995 y el 31 de diciembre de 1997. Pretende, además, que se cancele la credencial expedida al citado doctor Sossa P. como Gobernador de Casanare para el período dicho.

Los fundamentos de hecho de dichas pretensiones las expuso así:

"1. Siendo Alcalde Mayor de Yopal, el doctor Emiro Sossa Pacheco, so pretexto de rendir informe a la comunidad sobre las obras realizadas durante su gobierno, participó en una reunión de clara intención política y electoral que tuvo lugar en la Inspección Rural 'El Aracal' de la jurisdicción de Yopal el día 4 de marzo de 1992.

2. Según se desprende de las pruebas allegadas a la investigación disciplinaria respectiva, en dicha ocasión el doctor Sossa Pacheco, en su condición de alcalde, pronunció un discurso en el cual manifestó en forma vehemente y reiterada su respaldo personal a distintos candidatos al Consejo de Yopal, a la alcaldía del mismo municipio y la Asamblea Departamental, y recomendó a los presentes que les apoyaran con su

voto en las próximas elecciones, en su propio nombre y en el de su movimiento político.

3. Esta actuación del servidor público, en ejercicio de sus funciones, en época preelectoral, produjo el natural escándalo en la comunidad y dio lugar a una investigación disciplinaria por cuenta de la Procuraduría Departamental de Casanare.

4. Mediante Resolución número 016 del 24 de agosto de 1993, la Procuraduría Departamental de Casanare dedujo responsabilidad disciplinaria en contra de Emiro Sossa Pacheco y resolvió solicitar al Gobernador de Casanare que se le aplicara la sanción de destitución.

5. Esta determinación fue confirmada mediante Resolución número 379 del 10 de mayo de 1994 de la Procuraduría Tercera Delegada para la Vigilancia Administrativa, al desatar el recurso de apelación interpuesto.

6. Recibida la actuación por la Gobernación de Casanare, el Gobernador, mediante Resolución número 00783 del 21 de julio de 1994, impuso al doctor Emiro Sossa Pacheco la sanción de destitución del cargo de Alcalde Mayor de la ciudad de Yopal y, en cumplimiento de lo prescrito por la ley, resolvió 'imponer la sanción accesoria de inhabilidad para el desempeño de funciones públicas al doctor Emiro Sossa Pacheco por un período de tres (3) años'.

7. Habiéndose dado curso a recurso de reposición contra la anterior actuación, este fue rechazado por improcedente mediante Resolución número 01005 del 14 de octubre de 1994 de la Gobernadora ad-hoc *del departamento de Casanare designada para el efecto por el Gobierno Nacional.*

8. No obstante encontrarse inhabilitado para participar en las pasadas elecciones del 30 de octubre de 1994, dado que estaba ejecutoriado y en pleno vigor la providencia que le impedía desempeñar funciones públicas por haber sido destituido del cargo como resultas de un Proceso disciplinario, el doctor Emiro Sossa Pacheco inscribió su candidatura a la Gobernación del departamento de Casanare y resultó electo, según la declaratoria que en tal sentido hizo el Consejo Nacional Electoral mediante Acuerdo número 16 del 14 de diciembre de 1994, que ahora se demanda" (fls. 56 y 57).

Procesalmente apoya la demanda en los artículos 227 y 228 del C.C.A. y desde el punto de vista sustantivo en lo previsto en el artículo 17 de la Ley 13 de 1984, en armonía con el artículo 10 de la Ley 49 de 1987. También en el artículo 63 de la Ley 4ª de 1990.

El concepto de violación desarrolla la alegada inhabilidad del doctor Sossa Pacheco para ser elegido Gobernador y, en general, para desempeñar cualquier cargo público por nombramiento o elección, por cuanto en Proceso Disciplinario que le adelantó la Procuraduría Departamental del Casanare, por conductas cumplidas mientras fue Alcalde de Yopal en el período 1990-1992, al deducirle responsabilidad de esa índole se solicitó en su contra sanción de destitución que hizo efectiva el entonces Gobernador de Casanare quien, además, "... en el artículo 2º de la parte resolutiva de la Resolución número 00783 del 21 de julio de 1994..." le impuso la "... sanción accesoria de inhabilidad para el desempeño de funciones públicas, al doctor Emiro Sossa Pacheco, por un período de tres (3) años...".

Agrega que dicha sanción accesoria estaba en firme y vigente el 30 de octubre de 1994, cuanto resultó electo el citado doctor Sossa Pacheco como Gobernador de Casanare, por lo cual esa elección está viciada de nulidad toda vez que favoreció a quien "era inelegible" o tenía "impedimento para ser elegido".

Pruebas. Con la demanda, además de la copia del acuerdo en que consta el acto acusado se allegaron copias de los fallos de primera y segunda instancia del Proceso Disciplinario número 06366, seguido al doctor Emiro Sossa Pacheco por la Procuraduría General de la Nación, y de las Resoluciones del Gobernador de Casanare números 00783 del 21 de julio de 1994 y 01005 del 14 de octubre del mismo año.

A.2. Admitida la demanda con auto que además denegó la suspensión provisional del acto acusado, el doctor Emiro Sossa Pacheco la contestó, mediante apoderado, para oponerse a las pretensiones. Al respecto, fuera de exigir la prueba de los hechos aducidos en apoyo de lo pedido, negó a este asidero en las normas jurídicas invocadas y expresó:

> *"...En efecto, no existe ni legalmente ha existido la inhabilidad alegada por el actor para que el demandado pudiera ser elegido, como efectivamente lo fue, Gobernador del departamento de Casanare en las elecciones del 30 de octubre de 1994: la 'Resolución número 00783 del 21 de julio de 1994' aducida por el actor, por la que supuestamente resolvió 'imponer la sanción accesoria de inhabilidad para el desempeño de funciones públicas al doctor Emiro Sossa Pacheco por un período de tres (3) años', ni siquiera tiene la categoría de acto administrativo, porque no fue expedida por quien desempeñaba el cargo de Gobernador del departamento de Casanare el 21 de julio de 1994 doctor Oscar Leonidas Wílchez Carreño. Y es tan evidente la ilegalidad de dicha 'resolución', aún en el supuesto de que hubiera sido proferida realmente por el Gobernador del departamento de Casanare, que el Tribunal Administrativo*

de Boyacá, mediante providencia del 30 de noviembre de 1994, proferida en el Proceso radicado bajo el número 144465 de nulidad y restablecimiento del derecho (actor: Emiro Sossa Pacheco).

'RESUELVE:

8. DECRETAR la SUSPENSIÓN PROVISIONAL del ARTÍCULO SEGUNDO de la Resolución número 00783 del 21 de julio de 1994 que impone 'la sanción accesoria de inhabilidad para el desempeño de funciones públicas al doctor EMIRO SOSSA PACHECO, por un período de tres (3) años', proferida por el señor Gobernador del departamento de Casanare" (fls. 83 y 84).

También propuso, a título de excepciones, la que denominó "de inexistencia de la causal de inhabilidad del demandado..."; la que se derive del Proceso y cualquier otra que se encuentre probada. Solicitó la práctica de pruebas documentales, algunas de las cuales acompañó a la contestación.

En escrito aparte pidió suspender el Proceso por prejudicialidad, solicitud oportunamente denegada.

A.3. Las pruebas pedidas por las partes fueron decretadas y de oficio se solicitó a la Procuraduría Departamental de Casanare copia del Proceso Disciplinario seguido al doctor Sossa P. que culminó con la resolución de destitución atrás aludida.

B. **Expediente número 1222**

Actor: Marco Fidel Díaz Zapata

B.1. También en su propio nombre el actor de la referencia, en ejercicio de la acción contenciosa especial electoral, demanda la nulidad "... del acta o acuerdo mediante la cual se declaró elegido a *Emiro Sossa Pacheco* como Gobernador del departamento de Casanare..." para el período 1995-1977 y la consiguiente cancelación de la credencial expedida para acreditarle esa investidura.

Fundamentó esas pretensiones en los siguientes hechos:

"1. El Procurador Departamental de Casanare, por medio de la Resolución número 016 del 24 de agosto de 1993, solicitó al Gobernador del Departamento de Casanare, imponer sanción disciplinaria de DESTITUCIÓN DEL cargo de Alcalde Mayor de Yopal, Casanare, que para la época de los hechos desempeñaba el doctor Emiro Sossa Pacheco, identificado con la C.C. número 9.518.893 expedida en Sogamoso.

2. La resolución mencionada fue notificada personalmente a Emiro Sossa Pacheco, el diez y seis (16) de septiembre de 1993.

3. La resolución mencionada en el numeral uno fue confirmada por el Procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa mediante la

Resolución número 379 del 10 de mayo de 1994 al desatar el recurso de apelación interpuesto contra ella por el notificado, Emiro Sossa Pacheco.

4. En cumplimiento de las resoluciones mencionadas en los numerales uno y tres, el Gobernador del departamento de Casanare mediante la Resolución número 00783 del 21 de julio de 1994 DESTITUYÓ *al doctor Emiro Sossa Pacheco, identificado con la C.C. 9.518.893, expedida en Sogamoso, del cargo de Alcalde Mayor de la ciudad de Yopal, Casanare.*

5. El Gobernador del departamento de Casanare, en cumplimiento de las resoluciones mencionadas en los numerales uno y tres, mediante la Resolución número 00783 del 21 de julio de 1994 ***impuso la sanción accesoria de inhabilidad para el desempeño de funciones públicas, al doctor Emiro Sossa Pacheco, por un período de tres (3) años.***

6. El día 22 de julio de 1994 fue notificada personalmente al doctor Emiro Sossa Pacheco, la Resolución número 00783, mencionada en los numerales cuatro y cinco anteriores.

7. Mediante Resolución número 01005 del 14 de octubre de 1994, el Gobernador ad hoc del departamento de Casanare rechaza el recurso de reposición interpuesto por el notificado, Emiro Sossa Pacheco.

8. La Resolución número 01005 del 14 de octubre de 1994 estableció en su artículo segundo que contra ella no procedía recurso alguno por la vía gubernativa.

9. Se hallan en firme la sanción de destitución y la sanción accesoria de inhabilidad para el desempeño de funciones públicas, impuestas al doctor Emiro Sossa Pacheco, identificado con la C.C. 9.518.893 expedida en Sogamoso.

10. No obstante la existencia de la vigencia de las sanciones mencionadas Emiro Sossa Pacheco se inscribió como candidato a la Gobernación del departamento de Casanare, en las elecciones realizadas el 30 de octubre de 1994.

11. Fueron computados como válidos por la Registraduría Departamental de Casanare los votos a favor del candidato Emiro Sossa Pacheco quien no reunía las calidades constitucionales y legales.

12. El señor Emiro Sossa Pacheco fue declarado elegido como Gobernador del departamento de Casanare mediante acta o acuerdo del 14 de diciembre de 1994, emanada del Consejo Nacional Electoral..." (fls. 79 y 80 del Exp. 1222).

Como norma violada invocó la del artículo 99 de la Constitución Política, según la cual "la calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa e indispensable para ejercer el derecho del sufragio, para ser elegido y para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción...".

También los artículos 303 y 305 de la misma Carta Fundamental; y procesalmente adujo los artículos 227 y 228 del C.C.A.

Al efecto expresa, en el concepto de la violación, que el doctor Emiro Sossa Pacheco está inhabilitado desde el 21 de julio de 1994 y hasta por tres años, para desempeñar funciones públicas que lleven anexa autoridad o jurisdicción, pues así resulta de la sanción accesoria a la de destitución que le impuso el Gobernador de Casanare con la Resolución número 00783. Por consiguiente, como al cargo de Gobernador de departamento es inherente autoridad y jurisdicción, al tenor de lo que prescriben los artículos 303 y 305 de la Carta Política, la declaratoria de elección del doctor Sossa Pacheco como Gobernador de Casanare viola la norma constitucional inicialmente mencionada, por tener la calidad de ciudadano limitada durante los 3 años de su inhabilidad.

Acompañó a la demanda copia de las aludidas Resoluciones números 016 de 24 de agosto de 1993 y 379 del 10 de mayo de 1994, expedidas por la Procuraduría General de la Nación; y números 00783 y 01005, de 21 de julio y 14 de octubre de 1994, de la Gobernación de Casanare. Igualmente, copia del acto acusado y los anexos requeridos para el trámite del proceso.

B.2. Mediante apoderado el doctor Emiro Sossa Pacheco contestó la demanda, exigiendo la prueba de los hechos que la sustentan y oponiéndose a las pretensiones.

Al respecto formuló idénticas razones a las aducidas en el Proceso 1208 y propuso las mismas excepciones.

También son idénticas las pruebas documentales que acompañó y las demás que pide allegar, todas las cuales fueron oportunamente decretadas.

III. ALEGATOS DE CONCLUSION

III. 1. El actor Marco Fidel Díaz Zapata reitera en su alegato la enunciación de los hechos de la demanda, pero fuera de las normas allí invocadas aduce otras, constitucionales y legales que en su criterio estatuyen inhabilidades generales para desempeñar cualquier función pública. Cita apartes de providencias de esta Sala referentes a la previsión del artículo 17 de la Ley 13 de 1984 para concluir reafirmando, con apoyo en ese texto, la solicitud de nulidad del acto acusado.

III. 2. El actor Augusto Hernández Becerra nuevamente enuncia en su alegato los hechos de la demanda. –Igual hace con las normas invocadas como infringidas y el concepto de la violación–.

Formula su criterio acerca del momento de aplicación de la inhabilidad, determinable objetivamente el día en que tuvo lugar la elección, de modo que "... los hechos sobrevinientes a la incapacidad jurídica por inhabilidad no surten efectos con relación a una elección que fue desde un primer instante inválida" (fl. 315). Comenta asimismo lo concerniente a la suspensión provisional que el Tribunal Administrativo de Boyacá decretó de la resolución del Gobernador de Casanare que destituyó al doctor Sossa Pacheco de la Alcaldía de Yopal, pero sólo en lo concerniente a la imposición de la sanción accesoria de inhabilidad para el desempeño de funciones públicas, decisión que apelada dio lugar a la declaratoria de nulidad de lo actuado en el Proceso que se seguía ante el memorado Tribunal, por lo cual la referida suspensión provisional de los efectos del acto acusado nunca estuvo vigente. –Pide allegar copia de las actuaciones cumplidas por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación al desatar el recurso de apelación contra dicha suspensión–.

III.3. El apoderado del opositor alega de conclusión para afirmar la improcedencia de las pretensiones de la demanda propuesta por el doctor Hernández Becerra, por razones que en síntesis e consignan así:

a) Porque la Resolución número 00783 de 21 de julio de 1994, por la cual además de destituir al doctor Sossa Pacheco como Alcalde de Yopal se le impuso inhabilidad para el desempeño de funciones públicas por tres (3) años, no fue proferida por el Gobernador de Casanare, pues el titular de la gobernación en el período 1992-1994 desempeñó el cargo sin solución de continuidad. –De allí infiere que esa resolución "... no tiene siquiera la apariencia de acto administrativo y como tal es jurídicamente inexistente..." (fl. 325)–;

b) Porque aun bajo el supuesto de que "...la Resolución 00783 del 21 de julio de 1994 hubiera sido dictada realmente por el Gobernador de Casanare, doctor Oscar Leonidas Wílchez Carreño y, por tanto, se tratara de un acto administrativo con la presunción de legalidad propia de los de su especie, ese supuesto acto habría perdido su fuerza ejecutoria y, en consecuencia, no sería obligatorio a términos del artículo 66 del C.C.A...", por cuanto mediante providencia de 30 de noviembre de 1994, del honorable Tribunal Administrativo de Boyacá (Proceso 14465. Actor: Emiro Sossa Pacheco) fue suspendido provisionalmente el artículo 2º de dicha resolución, precisamente con el que se impuso la sanción accesoria "... de inhabilidad para el desempeño de funciones públicas...";

c) Que también se da causal de pérdida de ejecutoria del acto administrativo en cuestión conforme al numeral 2º del artículo 66 del C.C., por virtud de la sentencia de inexequibilidad del numeral 2º, artículo 104, de la Ley 136 de 1994 (Sentencia C-229/95 de 25 de mayo de 1995, de la honorable Corte Constitucional).

Por este aspecto argumenta:

"2.2.2. El fundamento o fundamentos de hecho de la 'Resolución' 00783 del 21 de julio de 1994 no son otros que los contenidos en las Resoluciones 016 de 24 de agosto de 1993 de la Procuraduría Departamental de Casanare y la 379 del 10 de mayo de 1994 de la Procuraduría Tercera Delegada para la Vigilancia Administrativa mediante las cuales se solicita al señor Gobernador del departamento de Casanare sanción disciplinaria de destitución del cargo de Alcalde Mayor de Yopal, Casanare, al doctor Emiro Sossa Pacheco.

2.2.2. Sin embargo, en la Sentencia C-229/95 ya citada, de la Corte Constitucional para declarar la inexequibilidad del numeral 2° del artículo 104 de la Ley 136 de 1994 se argumenta por el guardián de la Constitución Política que '... cuando ejerza la supervigilancia disciplinaria y por mandato directo del artículo 227 ordinal 6° de la Constitución, el Procurador y sus delegados o agentes, deben imponer –esto es, adoptar y hacer efectiva– la suspensión o destitución de estos funcionarios, sin que tengan por qué solicitar a otras autoridades la ejecución de la medida' (he subrayado).

2.2.3. Si se tiene en cuenta que, de conformidad con el artículo 243 de la Constitución Política, 'los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito de cosa juzgada constitucional', en virtud de la Sentencia C-229/95 invocada es claro que han desaparecido los fundamentos de hecho y de derecho del acto administrativo mediante el cual la Procuraduría Departamental de Casanare por Resolución 016 de 24 de agosto de 1993, confirmada por la 379 de 10 de mayo de 1994 de la Procuraduría Tercera Delegada para la Vigilancia Administrativa, solicita al Gobernador del departamento de Casanare imponer sanción disciplinaria de destitución del cargo de Alcalde Mayor de Yopal al doctor Emiro Sossa Pacheco, pues tal sanción la debió imponer –esto es, adoptarla y hacerla efectiva– el mismo Procurador sus Delgados o Agentes, en los términos del artículo 277 numeral 6° de la Constitución Política.

2.2.4. En el anterior orden de ideas es, entonces, también evidente que, al desaparecer el numeral 2° del artículo 104 de la Ley 136 de 1994 como fundamento de derecho de las Resoluciones 016 de 24 de agosto de 1993 de la Procuraduría Departamental de Casanare y 379 de 10 de mayo de 1994 de la Procuraduría Tercera Delegada para la Vigilancia Administrativa, han desaparecido correlativamente los fundamentos de hecho de la 'Resolución' 0783 de 21 de julio de 1994, pues ésta tiene todo su soporte jurídico en aquellas.

2.2.5. No está de más observar aquí que, si bien la Sentencia C-229/95 de la Corte Constitucional de 25 de mayo de 1995 es un hecho de ocurrencia posterior a la interposición de la demanda de nulidad contra el Acuerdo número 16 de 14 de diciembre de 1994 proferido por el Consejo Nacional Electoral, debe ser tenida en cuenta en la sentencia que se profiera al tenor del ordenamiento contenido en el inciso final del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, norma según la cual en la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual vese el litigio ocurrido después de haberse propuesto la demanda..." (fls. 326 y sigte);

d) Que mientras se encuentre *sub judice* la legalidad de la Resolución 00783 de 21 de julio de 1994, como lo está en el Proceso 14.465 que cursa ante el Tribunal de Boyacá, ese acto no puede ser tenido en cuenta para la decisión de este proceso.

Concluye que el acto acusado no es violatorio de las normas invocadas en la demanda.

Respecto del Proceso seguido por virtud de la demanda del señor Marco Fidel Díaz Zapata, también sostiene la improcedencia de las pretensiones "...por las mismas razones que he aducido en las del expediente 1208...", a las cuales se remite.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Novena Delegada ante esta Corporación, luego de examinar lo concerniente a la petición de suspensión del Proceso por prejudicialidad que considera improcedente dada la naturaleza del Proceso electoral, analiza el artículo 17 de la Ley 13 de 1984 para concluir que esa norma "...consagra una inhabilidad de carácter general para el desempeño de funciones públicas, que cobija a cualquier persona que se encuentre en la situación allí prevista, de sancionado con destitución..." (fl. 358).

Y agrega: acreditado como está que el doctor Sossa Pacheco fue sancionado disciplinariamente con solicitud de destitución del ejercicio del cargo de Alcalde Mayor de Yopal, a la que atendió el Gobernador de Casanare mediante la Resolución número 0078 (sic) de 21 de julio de 1994, se concluye que aquel, al momento de su elección como Gobernador del mismo departamento "estaba inhabilitado para el desempeño de funciones públicas...".

Son suyas las siguientes apreciaciones:

"...No son de recibo los argumentos de la parte demandada, en el sentido que la resolución que impuso la sanción no le es oponible, porque no fue proferida por una autoridad administrativa en ejercicio de sus funciones, y porque han desaparecido sus fundamentos de hecho o de derecho, como se infiere claramente de lo dispuesto en la Sentencia C-229/95 proferida por la Corte Constitucional de fecha 25 de mayo de 1995 que declara inexequible el numeral 2° del artículo 104 de la Ley 136 de 1994, en la cual se argumenta, que es el Procurador o sus Delegados o Agentes, quienes deben imponer la suspensión o destitución, sin que tengan porqué solicitar a otra autoridades la ejecución de la medida.

En efecto, encuentra esta Delegada irrelevante el primer argumento, porque si bien, el doctor Oscar Leonidas Wilches Carreño como se comprobó era el Gobernador titular del departamento de Casanare para la época en que se profirió la precitada Resolución número 00783, quien la dictó como se observa en ella, fue el doctor Adolfo León Rey en su condición de Gobernador Encargado. Además, es un acto administrativo amparado por la presunción de legalidad, que produce efectos jurídicos mientras no sea destruida mediante el ejercicio de la acción pertinente.

De otro lado, la sentencia de la honorable Corte Constitucional fue proferida el 25 de mayo de este año y produce efectos hacia el futuro, a partir de su ejecutoria, por lo tanto, no afecta la resolución que profirió el Gobernador imponiendo la sanción.

Por último no encuentra esta delegada la presunta violación del artículo 99 de la Constitución Política, que señala la demanda radicada bajo el número 1222, ya que el demandado no ha perdido la calidad de ciudadano en ejercicio que es condición previa según lo dispone esta norma, para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad y jurisdicción, pues sólo como quedó establecido, fue inhabilitado para desempeñar funciones públicas en por el lapso de tres (3) años".

Concluye con solicitud de nulidad del acto acusado.

CONSIDERACIONES

I. Pretenden los accionantes, en los dos procesos acumulados, se declare la nulidad del Acuerdo número 16 del 14 de diciembre de 1994, en cuanto declaró elegido Gobernador de Casanare al doctor Emiro Sossa Pacheco para el período constitucional comprendido entre el 1° de enero de 1995 y el 31 de diciembre de 1997. También, que se cancele la credencial expedida al doctor Sossa Pacheco para acreditarlo titular de dicho cargo.

Pero, en tanto la demanda instaurada en el Proceso radicado al número 1208 pretende esa nulidad por darse en el elegido inhabilidad para el desempeño de funciones públicas al momento de la elección, por cuanto esa sanción accesoria le fue impuesta por el Gobernador de Casanare al destituirlo del cargo de Alcalde Mayor de Yopal con la Resolución número 00783 de 21 de julio de 1994, en la que originó el Proceso 1222 se invoca el artículo 99 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 303 y 305 de la misma Carta Fundamental, para deducir que el doctor Sossa Pacheco está impedido para desempeñar el cargo de Gobernador, al que es inherente el ejercicio de autoridad y jurisdicción, por virtud de la inhabilidad para el desempeño de funciones públicas que le dedujo el Gobernador de Casanare.

En el alegato de conclusión el demandante Díaz Zapata formula extensa argumentación acerca de la inhabilidad del doctor Sossa Pacheco para ser elegido Gobernador citando normas constitucionales y legales que no invocó en la demanda (arts. 122, 293 y 304 inciso segundo de la Constitución Política y 51 del C. Penal), a las cuales no se referirá este fallo por cuanto ello excedería los límites del contencioso determinados con las normas invocadas y el concepto de la violación del libelo demandatorio.

También se extiende en el examen de la inhabilidad para ser elegido Gobernador resultante de la que para el desempeño de funciones públicas le impuso quien lo destituyó del cargo de Alcalde con base en el artículo 17 de la Ley 13 de 1984, aspecto igualmente ajeno a la sustentación que en derecho hizo de sus pretensiones, por lo que, en lo que a su demanda atañe tampoco será esa materia objeto de especial análisis.

II. **De las excepciones propuestas**

Al contestar las demandas el apoderado del opositor propuso similares excepciones, denominando una de ellas como de "inexistencia de la causal de inhabilidad del demandado alegada por el actor". Las demás las enunció como la "que se derive de las pruebas del proceso, fundamentada en los textos legales y relacionada con las pretensiones y los hechos de la demanda" y "cualquiera otra excepción que el fallador encuentre probada...". –Estas últimas, que es dable apreciar como las de reconocimiento oficioso previstas en el artículo 306 del C. P. Civil, implican el examen de los hechos sobre los que se sustenta la defensa del acto acusado y, por tanto, su dilucidación sólo es dable en la sentencia (art. 164 del C.C.A.)–.

La primera también atañe a cuestión de fondo del asunto contencioso, por lo que se la decidirá en el fallo.

III. Cuestiones previas

a) Tanto al contestar las demandas como en su alegato de conclusión el apoderado del opositor afirma que la Resolución número 00783 de 21 de julio de 1994, por la cual el Gobernador de Casanare destituyó al doctor Emiro Sossa Pacheco del cargo de Alcalde de Yopal y le impuso la sanción accesoria de inhabilidad para el desempeño de funciones públicas (fls. 35 a 42 de este expediente), "...no fue proferida por el Gobernador del departamento de Casanare, doctor *Oscar Leonidas Wílchez Carreño*, quien en esa fecha, y desde el 2 de enero de 1992 hasta el 31 de diciembre de 1994 desempeñó dicho cargo sin solución de continuidad, según está demostrado en autos..." (fl. 325).

La prueba que al respecto aduce es una certificación expedida por el Secretario General de la Gobernación de Casanare, visible a folio 81 de este expediente, según la cual el doctor Oscar Leonidas Wílchez Carreño ejerció el cargo de Gobernador de ese departamento desde el 2 de enero de 1992 hasta el 31 de diciembre de 1994, sin solución de continuidad.

No obstante, aparece que la mencionada resolución fue recurrida en reposición por el interesado doctor Sossa Pacheco en memorial dirigido a quien suscribió ese acto administrativo en calidad de Gobernador de Casanare (E), sin que en el extenso escrito sustentatorio del recurso se hubiera aducido falsedad o usurpación de funciones públicas (escrito visible a folios 49 a 78 del expediente 1222). Es más: de la reposición debió conocer una Gobernadora *ad hoc* de Casanare, por cuanto al titular de ese despacho, doctor Oscar Leonidas Wílchez Carreño, le fue aceptado por la Presidencia de la República el impedimento que manifestó para conocer del recurso (fls. 51 y 52 de este cuaderno).

Mediante la Resolución número 01005 de 14 de octubre de 1994 dicha Gobernadora rechazó el recurso por improcedente. –Por lo demás, no se formuló tacha de falsedad contra el acto en mención, que habría sido lo procedente de estimar fundada la objeción–;

b) También al contestar las demandas y en el alegato de conclusión hizo el apoderado del opositor capítulo especial para referirse a la pérdida de fuerza ejecutoria de la Resolución número 00783 del 21 de julio de 1994, en lo atinente a la sanción accesoria de inhabilidad para el desempeño de funciones públicas. Sustenta ese argumento en la suspensión provisional del número 2 de la parte resolutiva del ameritado acto administrativo, que decretó el honorable Tribunal Administrativo de Boyacá mediante providencia del 30 de noviembre de 1994 proferida en Proceso radicado en esa Corporación bajo el número 14465.

Pero merced a la prueba decretada de oficio por la Sala se logró establecer que el susodicho Proceso número 14465 fue enviado por competencia al honorable

Tribunal Administrativo de Casanare, por una parte. –Y por otra, que el precitado auto de 30 de noviembre de 1994, con el que el Tribunal Administrativo de Boyacá admitió la demanda con acción de nulidad y restablecimiento del derecho que el doctor Emiro Sossa Pacheco propuso contra la Resolución número 00783 tantas veces aludida y otras, fue apelado para ante esta Corporación, en cuanto a la suspensión provisional, la que en sala unitaria declaró la nulidad de todo lo actuado por incompetencia del *a quo*. Ese proveído, de fecha 4 de agosto del año en curso, fue recurrido en súplica ordinaria y confirmado en sala de decisión con auto del 9 de noviembre del año en curso–.

De allí que lo argumentado con apoyo en la susodicha suspensión provisional, del numeral 2° de la parte resolutiva de la Resolución número 00783 de 21 de julio de 1994, resulta infundado por la nulidad que se decretó de todo lo actuado en el citado Proceso número 14465.

IV. **La cuestión de mérito del contencioso**

Como atrás se vio, la alegada inhabilidad del doctor Emiro Sossa Pacheco para ser elegido Gobernador de Casanare en los comicios del 30 de octubre de 1994 se deriva, en cuanto a la demanda instaurada en el expediente número 1208 (actor: Augusto Hernández Becerra), de la inhabilidad para el desempeño de funciones públicas que como sanción accesoria a la de destitución le impuso el Gobernador de ese departamento con la Resolución número 00783 de 21 de julio de 1994, atendiendo a lo solicitado por la Procuraduría Departamental con la Resolución número 016 de agosto 24 de 1993, confirmada con la Resolución número 379 de 10 de mayo de 1994 de la Procuraduría Tercera Delegada para la Vigilancia Administrativa. Con estas últimas concluyó el Proceso Disciplinario que adelantó el primero de esos despachos al doctor Sossa Pacheco por actuaciones cumplidas en tanto se desempeñó como Alcalde de Yopal.

De paso no sobra anotar que el doctor Sossa P. solicitó la revocatoria directa de las resoluciones de la Procuraduría Departamental de Casanare y de la Procuraduría Tercera Delegada en mención, petición que el Procurador General de la Nación denegó por improcedente (fls. 258 a 262 de este cuaderno).

Ahora bien: la Resolución número 783 tantas veces aludida quedó en firme a su notificación personal cumplida el 22 de julio de 1994 (fl. 50, exp. 1208), pues por Resolución número 01005 de 14 de octubre del mismo año la Gobernadora *ad hoc* de Casanare rechazó por improcedente el recurso de reposición que contra aquella se interpuso. –Se impone, por tanto, examinar si dicho acto es eficaz para generar la inhabilidad que se atribuye al doctor Sossa Pacheco, con base en la cual se pretende la nulidad de su elección como Gobernador de Casanare para el período

1995-1997 declarada por el Consejo Nacional Electoral por Acuerdo número 16 de 14 de diciembre de 1994–.

Al respecto se observa que mediante la prementada Resolución número 783 del 21 de julio de 1994 el Gobernador de Casanare sancionó con destitución al doctor Emiro Sossa Pacheco, por solicitud de la Procuraduría del mismo departamento al encontrarlo responsable de faltas disciplinarias mientras se desempeñó como Alcalde de Yopal. –El citado Gobernador, en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 17 de la Ley 13 de 1984, también le impuso la accesoria de inhabilidad para el desempeño de funciones públicas por un período de tres (3) años, sanciones vigentes para el 30 de octubre de 1994 cuando se produjo la elección del doctor Sossa Pacheco como Gobernador de Casanare–.

La solicitud de destitución formulada al Gobernador por la Procuraduría Departamental de Casanare obedeció a lo prescrito en el artículo 104, numeral 2° de la Ley 136 de 1994, norma por cierto similar a la que puso en vigencia la Ley 78 de 1986 en su artículo 17, literal c), modificada por el artículo 6° de la Ley 49 de 1987. De allí que el Gobernador de Casanare vino a constituirse en elemento esencial del susodicho acto, como el órgano competente que en función administrativa impuso la sanción pedida y la accesoria deducida por mandato legal. A este respecto se aduce por el apoderado del doctor Sossa Pacheco que la honorable Corte Constitucional, con sentencia de fecha 25 de mayo del año en curso (C-229/95, Proceso D-706) declaró inexequible el citado numeral 2° del artículo 104 de la Ley 136 de 1994, por cuanto

> *"...la Corte recuerda que el Ministerio Público es un órgano constitucional de control que tiene carácter autónomo. En efecto, la Carta señala de manera explícita que, además de las tres ramas tradicionales del poder, existen otros órganos autónomos e independientes para el cumplimiento de las demás funciones del Estado (CP art. 113). Y dentro de ellos sitúa al Ministerio Público como un organismo de control (CP art. 117), cuyo supremo director es el Procurador General (CP art. 275).*
>
> *Esto tiene consecuencias trascendentales sobre el significado de la facultad del Procurador de imponer sanciones en ejercicio de su potestad disciplinaria externa, puesto que implica una profunda diferencia con la Constitución de 1886. En efecto, el anterior ordenamiento señalaba, en su artículo 142, que el Ministerio Público ejercido por el Procurador pero bajo la suprema dirección del Gobierno. Además, ese ordenamiento no confería al Ministerio Público una función constitucional específica de imponer sanciones disciplinarias sino que señalaba que el Procurador debía 'cuidar' que todos los funcionarios públicos al servicio de la Nación*

desempeñaran cumplidamente sus deberes. En tales circunstancias, era perfectamente razonable que durante la vigencia de esa Constitución, la ley diferenciara dos momentos diversos en la imposición de sanciones disciplinarias originadas en la potestad de vigilancia externa del Ministerio Público: de un lado, el Procurador o sus delegados adoptaban la decisión y, con base en ella, una vez ejecutoriada, solicitaban a la autoridad administrativa hacerla efectiva. Correspondía entonces al superior jerárquico o al nominador del funcionario investigado ejecutar la sanción. Esta diferenciación de momentos armonizaba con la suprema dirección que el Gobierno ejercía sobre el Ministerio Público, puesto que la imposición autónoma de sanciones disciplinarias a funcionarios de la Rama Ejecutiva por el Procurador podía ser vista como una ruptura de la suprema dirección gubernamental.

6. En cambio, en la actual Constitución, la situación es diversa, puesto que el Ministerio Público es autónomo y no está sometido a ninguna dirección gubernamental. Además, la Carta expresamente confiere al Procurador la facultad de 'imponer sanciones' y no sólo la de 'cuidar' el desempeño de los funcionarios públicos, como decía la Carta derogada.

En tales circunstancias, y teniendo en cuenta la independencia del Ministerio Público, la Corte considerada que la única interpretación adecuada al alcance de esta facultad de imponer sanciones es que, como regla general, corresponde directamente al Procurador, a sus delegados o a sus agentes, no sólo adoptar la decisión disciplinaria correspondiente sino, además, hacerla efectiva. No otro puede ser el sentido de la facultad de 'imponer las respectivas sanciones conforme a la ley' consagrado en el artículo 277 ordinal 6º, puesto que 'imponer', según el Diccionario de la Real Academia Española, significa 'hacer valer su autoridad o poderío'. Es obvio que la potestad de supervigilancia disciplinaria del Procurador pierde parte de su autoridad o poderío si la ley limita la facultad del Ministerio Público a que éste 'solicite' que el superior jerárquico o el nominador hagan efectiva la sanción correspondiente. En efecto, ello implica una concepción subalterna de la Procuraduría, pues da a entender que ésta sigue sometida a la suprema dirección del Ejecutivo, tal como sucedía en la Constitución derogada.

Concluye así:

"... para la Corte es claro que el artículo acusado vulnera la Constitución por cuanto, de manera genérica, señala que la Procuraduría no impone

sino que simplemente solicita que el Presidente y los Gobernadores hagan efectivas las sanciones disciplinarias a los alcaldes. El artículo no ha definido entonces causales taxativas de suspensión o destitución de los alcaldes por el Presiente y los Gobernadores en los ámbitos en los cuales éstas son legítimas (CP arts. 314 y 323) sino que ha establecido una regulación general de la forma de hacer efectivas las sanciones disciplinarias a estos funcionarios locales, la cual, por las razones legalmente expuestas en esta sentencia, no sólo desconoce la potestad de supervigilancia disciplinaria e imposición de sanciones de la Procuraduría sino que desconoce la autonomía municipal. Una tal regulación podía adecuarse a la anterior Constitución, por cuanto en ella el Ministerio Público estaba sujeto a la suprema dirección gubernamental y no tenía una facultad autónoma de 'imponer' sanciones sino únicamente de 'cuidar' la conducta de los funcionarios públicos. Pero ella no es conforme a la Constitución de 1991, por lo cual la disposición acusada será declarada inexequible en la parte resolutiva de esta sentencia".

Dicho fallo de inexequibilidad del numeral 2°, artículo 104, de la Ley 136 de 1994, norma con base en la cual el Gobernador de Casanare destituyó al doctor Sossa Pacheco, imponiéndole también la sanción accesoria de inhabilidad para el desempeño de funciones públicas, desde que alcanzó firmeza determina la extinción de esa previsión legal.

Pero ese fenómeno sólo se da a partir de la ejecutoria de la sentencia, porque los fallos de inexequibilidad, a diferencia de los de nulidad, sólo producen efectos hacia el futuro, es decir, *ex nunc.* Así lo tiene definido la jurisprudencia como se ve de la sentencia de esta Corporación de fecha mayo 22 de 1974 (exp. 2013 Consejero Ponente: Dr. Carlos Galindo Pinilla). Igual criterio sostiene el tratadista doctor Luis Carlos Sáchica, quien en su obra "constitucionalismo Colombiano, 3ª Edición, página 104, expresa: "Tal sentencia sólo tiene efectos profuturos, o sea, que no tiene efecto retroactivo. Se respetan los efectos que ya surtió la ley y las situaciones jurídicas establecidas dentro de su vigencia...".

Pero en el caso en examen se presenta una situación que adquiere especial relevancia en cuanto a los efectos de la inexequibilidad del numeral 2° del artículo 104 en mención. En efecto, entre la norma y el acto acusado media otro de contenido particular y concreto, generador de situación jurídica de índole subjetiva para el doctor Sossa Pacheco: la resolución por la que se lo destituyó e inhabilitó para el desempeño de funciones públicas. –De dicho acto, vigente al momento de producirse la elección acusada, no cabe predicar la excepción de inconstitucionalidad por su carácter creador de una situación jurídica individual–. Respecto de actos de ese

contenido ha expresado la jurisprudencia que "...tienen plena eficacia legal y generan la totalidad de sus efectos mientras su nulidad no se haya declarado por los Tribunales competentes...". Así lo expresó esta Corporación en fallo de 25 de septiembre de 1961 (Consejero Ponente Dr. Gustavo Arrieta. Actor: Maidem Form Brassiere Company Inc.). En el mismo proveído agregó: "...La llamada impropiamente excepción de inconstitucionalidad no opera con relación a los ordenamientos administrativos que reconocen un derecho particular, como no se aplica tampoco a los actos jurisdiccionales. La Carta la limita exclusivamente a los casos de incompatibilidad entre los preceptos constitucionales y los legales. La pretensión de generalizar el sistema a las decisiones de tipo individual dictadas por la administración, implicaría la aceptación de que esa clase de providencias participan de la naturaleza jurídica de la ley, hipótesis que es sencillamente inadmisible, no sólo porque contraría la orientación eminentemente organicista adoptada por nuestros estatutos para estructurar las nociones de acto legislativo y de acto administrativo, sino porque tales ordenamientos carecen de la generalidad, impersonalidad y objetividad que ordinariamente se le atribuye a la ley...".

Entonces, como entre la norma legal declarada inexequible pero vigente al momento en que sirvió de fundamento a la Resolución número 0783 del 21 de julio de 1994 y el acto eleccionario acusado media dicho acto de contenido particular, no es dable desconocer a este sus efectos hasta tanto no se le anule o suspenda "...por la jurisdicción de lo contencioso administrativo..." (art. 66 del C.C.A.) o se produzca la pérdida de su fuerza ejecutoria conforme a cualquiera de los presupuestos que esa misma disposición prevé.

En el caso en examen no se ha dado el supuesto de la anulación ni el de la suspensión del aludido acto pero sí el segundo, el de la pérdida de su fuerza ejecutoria por la declaratoria de inexequibilidad de la norma legal que le sirvió de fundamento en derecho, es decir, que se produjo el llamado fenómeno del decaimiento, por circunstancias sobrevinientes que hicieron desaparecer su fundamento de derecho en cuanto al órgano que lo produjo, que no en cuanto a la legalidad de la sanción, deducida por la Procuraduría General de la Nación de la responsabilidad disciplinaria del doctor Sossa Pacheco conforme a la investigación que le adelantó.

Pero esa pérdida de fuerza ejecutoria tampoco tiene efectos hacia el pasado. –Sólo al momento en que ella se produjo y hacia el futuro, precisamente porque el fundamento de derecho cuya desaparición la originó sí existió al momento de producirse el acto–.

En otras palabras: las consecuencias de la pérdida de la fuerza ejecutoria por la causal 2ª del artículo 66 del C.C.A. son distintas, por ejemplo, de las que se dan cuando aquella ocurre por suspensión provisional, porque entonces se produce esa

pérdida por medida precautelar que reconoce violación manifiesta de la ley al momento de producir el acto. –De allí que los efectos de la suspensión provisional son *ex tunc,* semejantes pero no iguales a los de la sentencia declaratoria de nulidad del acto–.

Entonces, como al momento de su elección como Gobernador de Casanare estaba el doctor Emiro Sossa Pacheco inhabilitado para el desempeño de funciones públicas y, por ende, no se lo podía legalmente elegir para ese cargo, debe declararse la nulidad del acto acusado.

Respecto de la demanda que dio origen al Proceso número 1222, basta decir que no se da causal de inhabilidad de la elección por violación del artículo 99 de la Constitución Política, por cuanto la sanción accesoria que impuso el Gobernador de Casanare al doctor Emiro Sossa Pacheco no implicó la suspensión por tres años de su "...calidad de ciudadano en ejercicio ..., sino inhabilidad para el desempeño de funciones públicas. El sancionado continuó con su derecho al sufragio, expresión de la capacidad electoral activa, aunque no a ser elegido y menos a desempeñar cargo público que lleve anexa autoridad o jurisdicción. –Este último aspecto fue el cuestionado en la demanda que se examina, con base en que el cargo de Gobernador de departamento lleva anexo autoridad o jurisdicción conforme a los artículos 303 y 305 de la Constitución Política, careciendo la pretensión de vocación de prosperidad por cuanto el elegido tiene la calidad de ciudadano en ejercicio aunque con limitaciones en cuanto a la capacidad electoral pasiva–.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en pleno acuerdo con el concepto de su colaboradora del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA:

1. Declárase la nulidad del Acuerdo número 16 de diciembre 14 de 1994, por el cual el Consejo Nacional Electoral declaró electo al doctor Emiro Sossa Pacheco como Gobernador de Casanare para el período constitucional comprendido entre el 1° de enero de 1995 y el 31 de diciembre de 1997.

2. Dése cuenta de esta decisión al señor Presidente de la República y al Consejo Nacional Electoral, para lo de sus competencias.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta sentencia, archívese el expediente.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del primero (1°) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Mirén de la Lombana de M., Luis Eduardo Jaramillo M., Mario Rafael Alario Méndez.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: Se reiteran las jurisprudencias de mayo 22/74, Exp. 2013.

EXCEPCION DE PERDIDA DE LA FUERZA EJECUTORIA - Procedencia / EXCEPCION DE PRESCRIPCION - Término de Notificación / TITULO EJECUTIVO ADMINISTRATIVO - Exigibilidad

La pérdida de la fuerza ejecutoria y la prescripción, como excepciones, debe precisarse que si la notificación se produce antes del término de ciento veinte días previsto en la ley, la fecha que debe tenerse en cuenta para los efectos de la norma citada es aquella en la cual se dictó el mantenimiento ejecutivo (art. 90 del C. de P. C). Así las cosas es claro que la actuación que tiene el efecto de desvirtuar la previsión del artículo 66-3, cuando se aduce como excepción de pérdida de fuerza ejecutoria o de prescripción, es la notificación al deudor del mandamiento ejecutivo dictado por el funcionario ejecutor o la expedición del acto citado si se notifica antes del paso del término a que se hizo referencia. No son eficaces, por lo expuesto y para efectos de evitar la pérdida de la fuerza ejecutoria, la realización de actuaciones distintas a las señaladas, según el caso, que aunque previas no tienen el efecto requerido, por las razones expuestas. Se concluye para el caso de autos que la pérdida de la fuerza ejecutoria se presenta cuando dentro de los cinco años siguientes a la fecha en la cual alcanzó firmeza el acto correspondiente, no se dicta o se notifica al deudor o al curador *ad litem* el mandamiento ejecutivo dictado por el funcionario de la administración investido de jurisdicción coactiva. Pues bien, al haber perdido la fuerza ejecutoria el acto administrativo integrante del título ejecutivo, le quita a éste su condición de exigibilidad, por lo que no es posible continuar con la ejecución.

ACTO ADMINISTRATIVO - Firmeza / FUERZA EJECUTORIA DE ACTO ADMINISTRATIVO - Alcance / PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA DEL ACTO - Efectos

La fuerza ejecutoria de los actos administrativos a que se refiere la disposición transcrita es la capacidad de que goza la

administración para hacer cumplir por sí mismo sus propios actos, es decir, que tal cumplimiento no depende de la intervención de autoridad distinta a la de la misma administración. Debe precisarse que la pérdida de la fuerza ejecutoria hace relación a la imposibilidad de efectuar los actos propios de la administración para cumplir lo ordenado por ella misma, cuando ha dejado pasar el término señalado en la norma sin haber realizado la actuación correspondiente. La jurisdicción coactiva de que se ha investido a ciertos funcionarios de la administración para el cobro de deudas fiscales se ha entendido como un privilegio exorbitante en favor de la administración, por el cual no tiene que acudir a la jurisdicción para lograr el pago de lo adeudado por el concepto de estudio sino aquella misma puede hacerlo directamente mediante el procedimiento establecido para tal efecto.

JURISDICCION COACTIVA - Procedimiento / COBRO DE DEUDAS FISCALES - Notificación de mandamiento ejecutivo / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - Aplicación

Para el caso de autos es el previsto por el Capítulo VIII Ejecución para el cobro de deudas fiscales, del Título XXVII Proceso Ejecutivo Singular, de la Sección Segunda Proceso de Ejecución, del Libro Tercero Los Procesos, artículos 561 y siguientes del C. de P. C. conforme a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil y como sucede con cualquier actuación de autoridad de cobro que se inicia al proferirse el mandamiento ejecutivo y por ello establece que la vinculación al proceso del deudor debe hacerse a la mayor brevedad posible, bien sea por la notificación al mismo, o en su defecto, al curador *ad litem* que la ley prevé se designe para tal fin.

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

Consejera Ponente: Doctora *Mirén de la Lombana de Magyaroff.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., cinco (5) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Radicación número 0487.

Actor: Instituto de Desarrollo Urbano, IDU/Consorcio Camilo Correal G. Luis Guillermo Franco V. y Seguros del Estado S.A.

EXCEPCIONES

Procedente del Instituto de Desarrollo Urbano, División I de Ejecuciones Fiscales, llega a la Corporación para su estudio y decisión el incidente de excepciones propuesto por las señoras apoderada y curadora *ad litem* del Consorcio Camilo Correal G. y Luis Guillermo Franco V. y Seguros del Estado S.A., respectivamente.

ANTECEDENTES

Dan cuenta los autos que mediante providencia del 24 de junio de 1994, la División I de Ejecuciones Fiscales del Instituto de Desarrollo Urbano libró mandamiento de pago en favor de este último y a cargo de la Compañía de Seguros del Estado S.A. y el Consorcio Camilo Correal Guzmán y Luis Guillermo Franco Velásquez por la suma de dieciséis millones doscientos cincuenta y tres mil trescientos cuarenta y ocho pesos con 41/100 ($16.253.348.41), más intereses causados entre la fecha de exigibilidad de la obligación y la de su pago total.

La oficina ejecutora manifestó que el título ejecutivo, a términos del artículo 68-4 del C.C.A., se conforma con el contrato 020 de 1987, la póliza de garantía de cumplimiento 205283 con sus certificados modificatorios 55412, 60106, 56798 y 61125, la póliza de garantía de buen manejo y buena inversión del anticipo 303279 con sus certificados modificatorios 55413, 56799, 58410 y 61124 que, manifiesta, integran con la Resolución 322 del 11 de mayo de 1989 que liquidó el contrato en mención un acto administrativo complejo que presta mérito ejecutivo.

No obstante lo anterior, continúa el funcionario ejecutor, prestan mérito ejecutivo en forma separada los siguientes documentos:

– La Resolución 636 del 14 de octubre de 1988 junto con la póliza 205283 y los modificatorios números 55412, 56798, 60106 y 61125, expedidos por Seguros del Estado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 562-3 del C. de P. C. y el artículo 68-5 del C.C.A.

– La Resolución 048 del 27 de enero de 1989, integrada por la póliza 205283 y los modificatorios números 55412, 56798, 60106 y 61125, expedidos por Seguros del Estado S.A. de conformidad con el artículo 68-5 del C.C.A.

– La Resolución número 322 del 11 de mayo de 1989 de liquidación del contrato 020 según lo dispuesto por el inciso final del artículo 470 del Código Fiscal del Distrito Capital de Bogotá.

El anterior mandamiento fue notificado a la representante legal de la aseguradora, el 14 de julio de 1994 y a la curadora *ad litem* designada para representar un juicio al Consorcio ejecutado el 16 de enero de 1995.

Los representantes legales de la parte ejecutada presentaron excepciones así:

Seguros del Estado: Propone la excepción que denomina la pérdida de la fuerza ejecutoria, sustentada en la siguiente forma:

Conforme al artículo 66-3 del C.C.A. el título ejecutivo perdió su fuerza ejecutoria porque el mandamiento de pago de fecha junio 24 de 1994, que le fue notificado el 14 de julio de 1994 se basa en el título complejo conformado por el contrato número 020 del 27 de julio de 1987, las pólizas de cumplimiento números 205283 y 303279 y certificados modificatorios y, en particular, las Resoluciones números 636 de octubre 14 de 1988 que impone una multa y 048 del 27 de enero de 1989 que declara el incumplimiento del contrato y la exigibilidad de cláusula penal y finalmente la Resolución número 322 del 11 de mayo de 1989 por la cual se liquidó el contrato.

De lo anterior deduce que los actos administrativos en los cuales se basa la ejecución perdieron la fuerza ejecutoria por cuanto los cinco años se cumplieron en cada caso desde mediados de febrero y desde mayo de 1994, respectivamente, por lo cual el proceso está llamado a fracasar y por ello solicita se niegue la orden de seguir adelante la ejecución.

La curadora *ad litem* del consorcio ejecutado manifiesta que propone la excepción de prescripción y caducidad según los elementos probatorios que obren en el proceso.

CONSIDERACIONES

Las excepciones propuestas son las que denomina pérdida de la fuerza ejecutoria de los actos administrativos y la de prescripción y caducidad.

Concretamente, la representante legal de Seguros del Estado sostiene que el acto administrativo que sirvió de título ejecutivo en el presente proceso carece de exigibilidad por haserse dado la condición establecida en el artículo 66-3 del C.C.A.

El artículo 66 del C. C. A., dice:

"Art. 66. *Pérdida de fuerza ejecutoria.* Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos..."

La fuerza ejecutoria de los actos administrativos a que se refiere la disposición transcrita es la capacidad de que goza la administración para hacer cumplir por sí

misma sus propios actos, es decir, que tal cumplimiento no depende de la intervención de autoridad distinta a la de la misma administración.

Debe precisarse que la pérdida de la fuerza ejecutoria hace relación a la imposibilidad de efectuar los actos propios de la administración para cumplir lo ordenado por ella misma, cuando ha dejado pasar el término señalado en la norma sin haber realizado la actuación correspondiente.

Es procedente, entonces, determinar cuál es la actuación que desvirtúa la circunstancia prevista en la norma en el caso de las excepciones planteadas.

La jurisdicción coactiva de que se ha investido a ciertos funcionarios de la administración para el cobro de deudas se ha entendido como un privilegio exorbitante en favor de la administración, por el cual no tiene que acudir a la jurisdicción para lograr el pago de lo adeudado por el concepto en estudio sino que ella misma puede hacerlo directamente mediante el procedimiento establecido para tal efecto. Para el caso de autos es el previsto por el Capítulo VIII Ejecución para el Cobro de Deudas Fiscales, del Título XXVII Proceso Ejecutivo Singular, de la Sección Segunda Proceso de Ejecución, del Libro Terceros Los Procesos, artículo 561 y siguientes del C. de P. C.

Conforme a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil como sucede con cualquier actuación de autoridad, hay obligación en el caso en estudio de enterar al interesado del proceso de cobro que se inicia al proferirse el mandamiento ejecutivo y por ello establece que la vinculación al proceso del deudor debe hacerse a la mayor brevedad posible, bien sea por la notificación al mismo, o, en su defecto, al curador *ad litem* que la ley prevé se designe para tal fin.

Ahora bien, como en el presente caso se deduce la pérdida de la fuerza ejecutoria y la prescripción, como excepciones, debe precisarse que si la notificación se produce antes del término de ciento veinte días previsto en la ley, la fecha que debe tenerse en cuenta para los efectos de la norma citada es aquélla en la cual se dictó el mandamiento ejecutivo (art. 90 del C. de P. C.).

Así las cosas es claro que la actuación que tiene el efecto de desvirtuar la previsión del artículo 66-3, cuando se aduce como excepción de pérdida de fuerza ejecutoria o de prescripción, es la notificación al deudor del mandamiento ejecutivo dictado por el funcionario ejecutor o la expedición del acto citado si se notifica antes del paso del término a que se hizo referencia.

No son eficaces, por lo expuesto y para efectos de evitar la pérdida de la fuerza ejecutoria, la realización de actuaciones distintas a las señaladas, según el caso, que aunque previas no tienen el efecto requerido, por las razones expuestas.

En tales condiciones se concluye para el caso de autos que la pérdida de la fuerza ejecutoria se presenta cuando dentro de los cinco años siguientes a la fecha en la cual alcanzó firmeza el acto correspondiente, no se dicta o se notifica al deudor o al curador *ad litem* el mandamiento ejecutivo dictado por el funcionario de la Administración investido de jurisdicción coactiva.

En el presente caso, la oficina ejecutora manifiesta que el título ejecutivo está conformado a términos del artículo 68-4 del C.C.A. con el contrato 020 de 1987, la póliza de garantía de cumplimiento 205283 con sus certificados modificatorios 55412, 60106, 56798 y 61125, la póliza de garantía de buen manejo y buena inversión del anticipo 303279 con sus certificados modificatorios 55413, 56799, 58410 y 61124 que, manifiesta, integran con la Resolución 322 del 11 de mayo de 1989 que liquidó el contrato en mención.

La citada Resolución 322 del 11 de mayo de 1989 fue notificada mediante edicto cuya fecha de desfijación fue el 6 de junio de 1989. No hay constancia ni información alguna sobre interposición de recursos por lo que desde la fecha en que quedó en firme la anterior providencia, o sea, el 13 de junio de 1989 y hasta la fecha en la cual se dictó el mandamiento ejecutivo (por aplicación del artículo 90 del C. de P. C.), 24 de junio de 1994, se cumplieron los cinco años a que se refiere el artículo 66-3 del C.C.A.

Pues bien, al haber perdido la fuerza ejecutoria el acto administrativo integrante del título ejecutivo, le quita a éste su condición de exigibilidad, por lo que no es posible continuar con la ejecución.

Ahora bien, en el mandamiento de pago, la oficina ejecutora señala la existencia de títulos ejecutivos independientes conformados en cada caso por distintas pólizas y actos administrativos, así:

a) La Resolución 636 del 14 de octubre de 1988 y la póliza 205283 y los modificatorios números 55412, 56798, 60106 y 61125, expedidos por Seguros del Estado S.A. (art. 68-5 del C. C.A.).

b) La Resolución 048 del 27 de enero de 1989 y la póliza 205283 y los modificatorios números 55412, 56798, 60106 y 61125, expedidos por Seguros del Estado S.A. (art. 68-5 del C. C. A.).

c) La Resolución número 322 del 11 de mayo de 1989 de liquidación del contrato 020 según lo dispuesto por el inciso final del art. 470 del Código Fiscal del Distrito Capital de Bogotá.

La Sala observa que el análisis de cada uno de los títulos enumerados por separado, conduce a la misma conclusión a la cual se llegó antes porque el artículo

68-5 en los cuales se fundamentan los literales a) y b) establece también la complejidad del título y lo conforma por el acto administrativo y la correspondiente póliza y la Resolución número 322 del 11 de mayo de 1989 mencionada en el literal c) ya fue analizada en cuanto a la pérdida de su fuerza ejecutoria en el comienzo de estas consideraciones.

No son de recibo las apreciaciones de la oficina ejecutora acerca de las diligencias desplegadas por la misma por cuanto debe precisarse que las actuaciones realizadas, sin competencia para ello, cuando se ha decretado la nulidad de lo actuado, como sucedió en el presente caso por auto de 18 de junio de 1993 de esta sección, no cuentan para los efectos de que no se presente la pérdida de la fuerza ejecutoria. En consecuencia el conteo del término sólo puede hacerse entre la fecha de la exigibilidad de la deuda y aquélla en la cual se dicta válidamente el nuevo mandamiento de pago.

En este orden de ideas se declara probada la excepción de pérdida de fuerza ejecutoria y prescripción y, en consecuencia, terminado el proceso.

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

FALLA:

1. Declárase probada la excepción propuesta de prescripción y pérdida de fuerza ejecutoria propuesta contra el mandamiento ejecutivo del 24 de junio de 1994, dictado por el Instituto de Desarrollo Urbano División I de Ejecuciones Fiscales.

2. Declárase terminado el presente proceso.

En firme esta decisión, vuelva el expediente a la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente a la oficina de origen y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha cuatro (4) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Mario Alario Méndez* (con salvamento de voto), *Mirén de la Lombana de M., Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO EJECUTIVO Y ACTO ADMINISTRATIVO EJECUTORIO - Diferencias / PRESCRIPCION - Título ejecutivo / DECAIMIENTO DEL ACTO - Falta de ejecución

Dos características, pues, se atribuyen al acto administrativo firme, su carácter ejecutivo y su carácter ejecutorio, que son conceptos distintos. El carácter ejecutivo dice relación a la obligatoriedad y a la idoneidad del acto administrativo firme como título de ejecución, en tanto que el carácter ejecutorio consiste en la facultad de la administración para ejecutar por sí misma tales actos. No siempre la administración tiene la facultad de ejecutar por sí misma sus decisiones, no obstante ser estas obligatorias. Se trata así de actos administrativos ejecutivos, mas no como título de ejecución, se extingue por prescripción, cuando ha transcurrido el lapso señalado por la ley sin que la administración haya ejercido la acción ejecutiva, el cual, a falta de señalamiento especial, es de diez años, según lo establecido en el artículo 2536 del Código Civil. Y la ejecutoriedad del acto administrativo, o sea, la facultad de la administración para ejecutar por sí tales actos, decae por el transcurso del término de cinco años de estar en firme sin que la administración realice los actos que le corresponde para ejecutarlos, según lo establecido en el artículo 66, num. 3, del Código Contencioso Administrativo, pero no por ello pierden tales actos su carácter ejecutivo.

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

Consejero Ponente: Doctora *Mirén de la Lombana de Magyaroff.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., siete (7) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente doctora *Mirén de la Lombana de Magyaroff.*

Radicación número 487.

SALVAMENTO DE VOTO

No comparto las motivaciones de la sentencia en lo que confunde y asemeja los conceptos de prescripción y de pérdida de fuerza ejecutora, ni comparto la decisión adoptada con base en las mismas.

El artículo 64 del Código Contencioso Administrativo, dice así:

"Artículo 64. *Carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos.* Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados.

Dos características, pues, se atribuyen al acto administrativo firme, su carácter ejecutivo y su carácter ejecutorio, que son conceptos distintos. El carácter ejecutivo dice relación a la obligatoriedad y a la idoneidad del acto administrativo firme como título de ejecución, en tanto que el carácter ejecutorio consiste en la facultad de la administración para ejecutar por sí misma tales actos.

Ese, que es el sentido de la norma, es también el criterio de los más autorizados doctrinantes. Así, Sayagués Laso enseña al respecto:

"En principio el acto administrativo una vez perfeccionado produce todos sus efectos y por lo mismo, cuando requiere ser llevado a los hechos, puede y debe ser ejecutado. Es la regla general. Esta particular característica del acto administrativo se denomina *ejecutividad.*

No debe confundirse ese carácter con la *ejecutoriedad*, que es la posibilidad de la administración de ejecutar el acto por sí misma, incluso en caso de resistencia abierta o pasiva de las personas afectadas, pudiendo acudir en tal caso a diversas medidas de coerción" (SAYAGUES LASO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo. Montevideo, 1963. T. I. P. 490).

Marienhoff es de la siguiente opinión:

"La '*ejecutoriedad*' del acto administrativo significa que, por principio, la administración misma y con sus propios medios lo hace efectivo, poniéndolo en práctica. Tal es el '*principio*' que, desde luego, reconoce excepciones. Estas últimas dependen del sistema jurídico imperante en el lugar de que se trate.

La posibilidad de que la propia administración pública haga efectivos o ponga en práctica los actos administrativos que emita, integra una de las tantas '*potestades*' de la administración: la imperativa o de mando.

A esa *'ejecutoriedad'*, los autores franceses –inicialmente Hauriou– la llaman *'action d'office'* o *'preálable'* , entendiendo por *'privilège du préalable'* la posición que tiene la administración pública al atenerse a su propia decisión *'antes'* de toda verificación por la justicia.

La ejecutoriedad, cuyo concepto ya quedó expuesto, no debe ser confundida con la *'ejecutividad'*, o sea con la *'exigibilidad'*. Estas últimas son características de todo acto administrativo que esté en condiciones de ser exigido o cumplido. La *'ejecutoriedad'*, en cambio, es la potestad que, por principio, tiene la administración pública de hacer cumplir por sí misma los actos que emita." (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988. T. II. pp. 374 y 375).

Cassagne, quien con Fiorini entiende que la ejecutividad caracteriza al acto administrativo como título suficiente de ejecución, advierte que esa característica nada tiene que ver con la ejecutoriedad, que es "la posibilidad de ejecutar el acto por parte de la administración pública sin acudir al órgano judicial" (CASSAGNE, Juan Carlos, *La Ejecutoriedad del Acto Administrativo*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, pp. 50 a 52).

Dromi, por su parte, señala:

"La ejecutividad es sinónimo de eficacia del acto, es la regla general de los actos administrativos y consiste en el principio de que todo acto una vez perfeccionado produce todos sus efectos, sin que se difiera su cumplimiento.

Este carácter de exigibilidad proviene del cumplimiento de todos los requisitos que hacen a la existencia del acto, no se lo debe confundir con la ejecutoriedad del acto, que como veremos luego, es la posibilidad de la administración, otorgada por el orden jurídico de ejecutar por sí misma el acto, pudiendo acudir a diversas medidas de coerción para asegurar su cumplimiento. Exigibilidad, ejecutividad u obligatoriedad inmediata significan lo mismo, y son expresiones distintas de lo que representa la ejecutoriedad y pueden existir sin ella. La ejecutividad proviene de la validez del acto, mientras la ejecutoriedad se asienta en la eficacia.

...

La ejecutoriedad del acto administrativo significa que la misma administración por medios propios lo ponen en práctica y lo hace efectivo, en ejercicio de facultades otorgadas por el ordenamiento jurídico en forma expresa o razonablemente implícita" (DROMI, José Roberto, *Acto Administrativo, Ejecución, Suspensión y Recursos*. Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1973, pp. 21 y 22).

Entre los doctrinantes nacionales, Sánchez Torres, al referirse a la ejecutoriedad de los actos administrativos, dice así:

> "Hace referencia a que ese acto administrativo, que busca la producción de unos determinados efectos jurídicos, que se presume expedido de acuerdo con la ley y que es obligatorio para el administrado, puede ser ejecutado directamente por la administración, sin necesidad de que intervenga ninguna otra autoridad del Estado.
>
> ...
>
> La ejecutoriedad no se confunde con la ejecutividad. Esta es propia de cualquier acto administrativo, en cuanto significa la condición del acto que puede ser efectuado. Ejecutividad equivale, por tanto, a eficacia en general. La ejecutoriedad es propia solamente de los actos que imponen deberes positivos o negativos; ella presupone que el acto sea ejecutivo, es decir, eficaz, y consiste en un modo particular de comportarse tal eficacia que no tiene razón de ser sino en los actos de esta categoría: la posibilidad para la administración de realizar el contenido del acto con el uso inmediato de los medios coercitivos.
>
> ...
>
> La ejecutividad es sinónimo de eficacia del acto, es la regla general de los actos administrativos y consiste en el principio de que todo acto una vez perfeccionado produce todos sus efectos, sin que se diera su cumplimiento.
>
> Este carácter de exigibilidad proviene del cumplimiento de todos los requisitos que hacen a la existencia del acto, con la posibilidad de acudir a diversas medidas de coerción para asegurar su cumplimiento.
>
> Exigibilidad, ejecutividad y obligatoriedad inmediata significan lo mismo, y son expresiones distintas de lo que representa la ejecutoriedad y pueden existir sin ella.
>
> La ejecutoriedad, expresa el contenido operativo, que tiene el acto administrativo, independientemente del procedimiento de ejecución, para realizarse directamente por medio de los órganos estatales en ejercicio de la función administrativa" (SANCHEZ TORRES, Carlos Ariel, *Teoría General del Acto Administrativo*. Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1995, pp. 103 a 106).

No siempre la administración tiene la facultad de ejecutar por sí misma sus decisiones, no obstante ser estas obligatorias. Se trata así de actos administrativos ejecutivos, mas no ejecutorios.

Son pues, conceptos distintos la ejecutividad y la ejecutoriedad de los actos administrativos, de lo cual surgen consecuencias diferentes. La ejecutividad del acto administrativo, esto es, su idoneidad como título de ejecución, se extingue por prescripción, cuando ha transcurrido el lapso señalado por la ley sin que la administración haya ejercido la acción ejecutiva, el cual, a falta de señalamiento especial, es de diez años, según lo establecido en el artículo 2536 del Código Civil.

Y la ejecutoriedad del acto administrativo, o sea, la facultad de la administración para ejecutar por sí misma tales actos, decae por el transcurso del término de cinco años de estar en firme sin que la administración realice los actos que le corresponden para ejecutarlos, según lo establecido en el artículo 66, numeral 3, del Código Contencioso Administrativo, pero no por ello pierden tales actos su carácter ejecutivo.

Son también distintos, entonces, los conceptos de prescripción y de pérdida de fuerza ejecutoria.

Las resoluciones 636 de 14 de octubre de 1988, 48 de 27 de enero de 1989 y 322 de 11 de mayo de 1989, dictadas por el Instituto de Desarrollo Urbano tienen, indudablemente, carácter ejecutivo, pero no son actos ejecutorios, porque la administración no puede ejecutarlos por sí misma o, mejor, no puede ejecutarlos en sede administrativa, sino que debe recurrir a un procedimiento judicial, el de jurisdicción coactiva, instituido en los artículos 561 a 568 del Código de Procedimiento Civil y 68 y 252 del Código Contencioso Administrativo. También los mandamientos ejecutivos librados por las autoridades administrativas investidas de jurisdicción coactiva son providencia judiciales, autorizadas por el artículo 116, inciso tercero de la Constitución, según el cual excepcionalmente la ley puede atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas.

Y la acción ejecutiva adelantada con base en tales actos, no se encontraba extinguida por prescripción, según lo expuesto.

Mario Alario Méndez.

ACCION DE NULIDAD ELECTORAL - Término de caducidad / CADUCIDAD DE LA ACCION - Término / ELECCION DE CONCEJAL - Notificación por estrados / INEPTITUD DE LA DEMANDA - Inexistencia

Conforme al artículo 7° de la Ley 14 de 1988 la caducidad de la acción de nulidad de carácter electoral es de veinte días contados desde el siguiente de aquél en el cual se notificó el acto. El acto mediante el cual se declara la elección que aquí se impugna, se ha dicho por la jurisprudencia, se notifica en estrados. En consecuencia el término empezó a cortarse el 3 de noviembre de 1994 y los veinte días, que conforme al artículo 70 del C. C., tal como fue subrogado por el artículo 62 del C. de R. P. M. son hábiles, es decir, que se excluyen sábados, domingos y feriados, se vencieron el 2 de diciembre de 1994, mientras que la demanda se presentó el día 30 de noviembre de 1994 por lo que no hay caducidad de la acción y, por lo mismo, por este aspecto procede a analizarse de fondo. Ahora bien, es posible demandar no sólo a los elegidos sino a los demás integrantes de la lista en las condiciones previstas en el artículo 56 de la Ley 136 de 1994. En consecuencia no es tampoco la anterior, razón para considerar la demanda inepta.

CONCEJAL - Inhabilidades / CELEBRACION DE CONTRATOS - Término de inhabilidad / LISTA DE CANDIDATOS - Improcedencia de extensión causales de inhabilidad / NULIDAD ELECTORAL - Efectos

Conforme a la disposición transcrita en el artículo 43 número 4 Ley 136/94 queda incurso en la inhabilidad prevista toda persona que intervenga en la celebración de contratos con entidades públicas, bien sea en interés propio o en el de terceros, siempre que sea en la misma circunscripción en la cual se realiza la elección que se cuestiona. Así las cosas, basta que una persona intervenga

en la celebración de un contrato, dentro del término fijado en la ley para que quede incurso en la inhabilidad. Se establece, entonces, una diferencia con la legislación anterior, en cuya vigencia la inhabilidad operaba en relación con quienes fueran contratistas del municipio dentro de los dos años anteriores a la elección como concejales (art. 83 del Decreto 1333 de 1986). De las anteriores pruebas allegadas se deduce que el señor Díaz, obrando bien como propietario de la Miscelánea Central o bien como administrador de la misma contrató con la administración municipal para proveer los víveres, rancho, licores y abarrotes y recibió los pagos por los correspondientes suministros. En cualquiera de las calidades en las cuales se alega contrató con el municipio, bien que se trate del dueño o del administrador, autorizado por la propietaria, lo cierto es que participó en la celebración de contratos dentro del término de inhabilidad como puede deducirse de la relación que aparece en los apartes anteriores de esta providencia cuyo análisis por parte del Tribunal y de la distinguida Procuradora Delegada colaboradora comparte la Sala, y, por lo mismo, quedó incurso en la causal alegada por lo que su elección quedó viciada de nulidad. Por último, la Sala debe precisar que en lo concerniente a la inhabilidad de los demás integrantes de la lista, no se dan las condiciones previstas por el artículo 56 de la Ley 136 de 1994, por cuanto la disposición establece que puede acusarse de inhabilidad al resto de lista si el motivo es el mismo que se predica de quien la encabeza pero en el caso de autos, tal circunstancia no se presenta en relación con los demás por cuanto no aparece demostrada la celebración de contratos ni extenderse la causal del cabeza de lista a los demás en la forma que lo pretende la demandada.

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

Consejera Ponente: Doctora *Mirén de la Lombana de Magyaroff.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Radicación número 1477.

Actor: Gerardo Grajales.

APELACION SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte impugnadora contra la sentencia del 31 de agosto de 1995, por la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca accedió a las súplicas de la demanda mediante la cual se solicitó la nulidad de la elección como concejal del municipio de La Unión, Valle, del señor Sergio Tulio Díaz Prado para el período 1995-1997.

ANTECEDENTES

El demandante de la referencia obrando en su propio nombre, en ejercicio de la acción pública de nulidad de carácter electoral solicita la declaratoria de nulidad de la elección del señor Sergio Tulio Díaz como Concejal de La Unión, para el período 1995-1997, contenida en el acta parcial de escrutinio formulario E-26 hojas 3 y 4 y, subsidiariamente la nulidad de lista encabezada por el citado señor Díaz.

Manifiesta la parte actora que el señor Sergio Tulio Díaz Prado y la lista por él encabezada violaron la Ley 136 de 1994, artículo 43-4, porque se inscribieron a conciencia de que el señor Díaz estaba inhabilitado por ser proveedor de la Administración Municipal de La Unión.

Mediante auto fechado el 15 de diciembre de 1994, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca resolvió admitir la demanda e imprimir el trámite correspondiente.

Llegado el momento de fallar, mediante auto del 20 de abril de 1995 el Tribunal anuló la actuación a partir de la subsiguiente a la expedición del auto admisorio de la demanda.

Así las cosas, el elegido se presentó al juicio por intermedio de apoderado para oponerse a las pretensiones de la demanda.

Manifiesta que los hechos no pueden contestarse porque no lo son. Se desconoció el artículo 137 del C. C. A.

Se cita la Ley 136 y no se dice el año de la misma.

El objetivo de la demanda de que se anule la lista no es de recibo porque se requiere que se trate de elegidos.

No hay fundamentos de derecho a los cuales referirse lo que impide ejercer el derecho de defensa.

Propone las excepciones que denomina Inepta demanda y caducidad y que fundamenta así:

Inepta demanda: No aparecen ni los hechos ni las consideraciones jurídicas.

Caducidad de la acción porque desde el día de las elecciones o sea el 30 de octubre de 1994 o el día en que se declaró la elección 2 de noviembre de 1994 y hasta el 1° de diciembre del mismo año había operado la caducidad.

En el mismo escrito recusó al señor Agente del Ministerio Público por considerar que al haber conceptuado en el negocio antes de que se declarara la nulidad no podía volver a hacerlo.

Por proveído del 8 de junio de 1995 el Tribunal rechazó la recusación a que se hizo referencia.

La parte impugnadora alegó de conclusión.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por sentencia del 31 de agosto de 1995, declaró no probadas las excepciones propuestas y accedió a las súplicas de la demanda, con base en los siguientes fundamentos:

Considera que aunque la demanda no es un modelo de perfección, cumple con las exigencias mínimas para su estudio como son el hecho que origina la inhabilidad, la norma en la cual se fundamenta, y el acto acusado.

La no integración del contradictorio no se presenta porque la declaratoria de nulidad de un concejal no afecta a los demás según el artículo 226 del C.C.A.

La citación al resto de los integrantes de la lista no era procedente ni menos necesaria porque la demanda se dirige sólo contra uno de los concejales.

La caducidad alegada no se configura porque la acción fue presentada dentro de la oportunidad legal.

En relación con la inhabilidad alegada señala que la misma de acuerdo con las pruebas allegadas se encuentra demostrada y precisa que aunque lo que aparece en los recibos no es el nombre del señor Sergio Tulio Díaz, la cédula que allí aparece coincide con la que utiliza en las distintas presentaciones y documentos.

El hecho de que el establecimiento la Miscelánea Central haya sido vendido a Bertha Enelia González Ayala el 7 de mayo de 1993, no altera la decisión porque sigue estando incurso en la inhabilidad de acuerdo con lo plasmado en la causal alegada.

RECURSO DE APELACION

El señor Sergio Tulio Díaz Prado por intermedio de apoderada apeló la anterior decisión con los siguientes argumentos:

La demanda no cumplió con los requisitos mínimos por lo que no se podía controvertir.

Las pruebas allegadas por la parte impugnadora no fueron tenidas en cuenta. Si no se tuvo en cuenta el cumplimiento de los requisitos de la demanda no se puede esperar lo mismo de la valoración de las pruebas.

En un proceso similar el Tribunal falló en sentido contrario aunque en el presente caso no se allega contrato sino cuentas de cobro y pagos.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradura Décima Delegada en lo Contencioso solicita que se confirme la sentencia apelada, por los siguientes motivos:

De las pruebas allegadas se deduce que aunque de algunas no es posible deducir la configuración de la causal, de las órdenes de pago 00949, 1048, 1045, 1046, 1047, 01313, 01437, 01438 se deduce que tienen su origen en suministros efectuados el 7 de febrero, 22 de abril, 30 de marzo, 7 de abril y 5 y 10 de mayo, 20 de abril, 20 de mayo, 16 de junio, 21 de junio todas del año de 1994 y por la Miscelánea Central, lo que permite en concepto de la Procuradora inferir la existencia de un contrato de suministros entre la Miscelánea Central y el municipio de La Unión, Valle, dentro del término de inhabilidades porque hubo un término superior a seis meses entre la celebración y la inscripción del candidato realizada el 26 de agosto de 1994.

En relación con la condición de empleado del elegido en la Miscelánea Central, manifiesta que la misma no le excluye de la causal invocada porque ella establece la inhabilidad tanto para quien celebra los contratos en interés propio o de terceros y esta condición se presenta en el señor Sergio Tulio Díaz Prado.

Comparte el raciocinio del Tribunal sobre la identidad de la cédula del elegido con la de quien aparece como beneficiario de las órdenes de pago, como el relacionado con la venta del establecimiento comercial,

CONSIDERACIONES

Competencia

La Sala es competente para conocer del presente recurso de apelación conforme a lo previsto en el artículo 132, numeral 4° del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con los artículos 129 y 131, numeral 3°, *ibídem*, conforme al documento obrante a folios 24 a 35 del expediente.

Cuestión previa

La demanda está instaurada contra el acto administrativo mediante el cual fue declarado legalmente electo concejal del municipio de La Unión, Valle, el señor Sergio Tulio Díaz Prado para el período constitucional 1995-1997 y contenido

en el acta parcial de escrutinio formulario E-26, hoja número 3 y la declaratoria de elección contenida en el formulario E-26 hoja número 4; "*y, subsidiariamente, la nulidad de la lista inscrita ante la Registraduría Municipal de La Unión, Valle, encabezada por el demandado;...*" (fl. 20).

Como pruebas enuncia y acompaña al libelo el acta parcial de escrutinios de voto para el concejo de La Unión y en ella está la hoja 4 del formulario E-26 correspondiente a la declaratoria de elección (fl. 6).

En la misma demanda que se analiza y en la cual se solicita la nulidad en mención se invoca el numeral 5° del artículo 223 del C. C. A., modificado por el artículo 65 de la Ley 96 de 1985, y explica que tanto el señor Díaz como la lista por él encabezada violaron el artículo 43-4 de la Ley 136 de 1994 porque se inscribieron, aunque el señor Díaz era proveedor de la administración municipal conforme a las pruebas que allega, tales pruebas están enunciadas en el acápite correspondiente y apareen acompañadas a la demanda.

De lo anterior cualquier lector desprevenido deduce que la demanda cumple con los requisitos mínimos para que se le diera trámite, aunque, tal como lo afirma el Tribunal no sea un modelo de técnica lo que no es sinónimo, ni el *a quo* lo afirma, de incumplimiento de requisitos.

No comparte la Sala el argumento de que no señale el año de la Ley 136 porque el mismo está en el folio 1 y a continuación de la enumeración de la ley, lo que sucede es que aparee saltado un renglón, aspecto que no hace inadmisible la demanda.

Si las normas y las razones hacen prósperas las peticiones es asunto que sólo se analiza al resolver el fondo del negocio que, conforme a lo visto, es procedente realizar por este aspecto.

En relación con la caducidad de la acción debe precisar que en la demanda se hace mención, como ya tuvo oportunidad de transcribirse a la hoja número 4 del formulario E-26 que contiene la declaratoria de elección y que aparece a folio 4. Pues bien, a folio 4 vto. aparece la fecha del documento y se lee claramente 2 de noviembre de 1994.

En tales condiciones es procedente verificar si la demanda está presentada oportunamente.

Conforme al artículo 7° de la Ley 14 de 1998 la caducidad de la acción de nulidad de carácter electoral es de veinte días contado desde el siguiente de aquél en el cual se notificó el acto.

El acto mediante el cual se declara la elección que aquí se impugna, se ha dicho por la jurisprudencia, se notifica en estrados. En consecuencia el término empezó a contarse el 3 de noviembre de 1994 y los veinte días, que conforme al artículo 70 del C. C. tal como fue subrogado por el artículo 62 del C. de R. P. M. son hábiles, es decir, que se excluyen sábados, domingos y feriados, se vencieron el 2 de diciembre de 1994, mientras que la demanda se presentó el día 30 de noviembre de 1994 por lo que no hay caducidad de la acción y, por lo mismo, por este aspecto procede a analizarse de fondo.

Ahora bien, es posible demandar no sólo a los elegidos sino a los demás integrantes de la lista en las condiciones previstas en el artículo 56 de la Ley 136 de 1994. En consecuencia no es tampoco la anterior, razón para considerar la demanda inepta.

El fondo del negocio

El cargo planteado es la configuración de la inhabilidad prevista en el artículo 43-4 de la Ley 136 de 1994 por cuanto el elegido era proveedor de la administración municipal dentro del término de inhabilidad.

Dice la norma:

"*Inhabilidades:* No podrá ser concejal:

....

4. Quien haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o de terceros, dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de inscripción.

Parágrafo. Las inhabilidades previstas en los numerales 4, 6 y 7 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción del municipio en la cual se efectúe la respectiva elección."

Conforme a la disposición transcrita queda incurso en la inhabilidad prevista toda persona que intervenga en la celebración de contratos con entidades públicas, bien sea en interés propio o en el de terceros, siempre que sea en la misma circunscripción en la cual se realiza la elección que se cuestiona.

Así las cosas, basta que una persona intervenga en la celebración de un contrato, dentro del término fijado en la ley para que quede incurso en la inhabilidad.

Se establece, entonces, una diferencia con la legislación anterior, en cuya vigencia la inhabilidad operaba en relación con quienes fueran contratistas del municipio dentro de los dos años anteriores a la elección como concejales (art. 83 del Decreto 1333 de 1986).

En el proceso obran las siguientes pruebas:

Acta parcial de escrutinios en la cual consta que el señor Sergio Tulio Díaz Prado resultó elegido como concejal del municipio de La Unión, Valle (formulario E-26 hoja 4) (fl. 4).

Copia del acta de solicitud de inscripción y constancia de aceptación de lista de candidatos para las elecciones del 30 de octubre de 1994, encabezada por el señor Sergio Tulio Díaz Prado, con fecha 26 de agosto de 1994, 4:30 p.m. ante la Registraduría Nacional del Estado Civil (fl. 7).

Copia del acta de modificación e inscripción de listas de candidatos (formulario E.7) en la cual aparece una modificación en el nombre del 4° renglón de la lista, distinto del señor Díaz (fl. 6).

Certificado expedido por el señor Secretario de Hacienda del municipio de La Unión según el cual, revisadas las tarjetas de control del impuesto de industria y comercio que se llevan en esa dependencia, el propietario del establecimiento comercial denominado Miscelánea Central es el señor Sergio Tulio Díaz Prado (fl. 1).

Ordenes de pago y comprobantes de egreso, así:

Cuaderno principal:

Folio 8: Comprobante de egreso número 00763 del 13 de mayo de 1994 a nombre de Sergio Díaz, por concepto de compra de mineral para la biblioteca municipal, factura adjunta, orden de pago número 00795.

Folio 9: Comprobante de egreso número 00795 del 19 de mayo de 1994 a nombre de Sergio Díaz por suministro de artículos de aseo para la Universidad del Quindío sede La Unión, Valle, factura adjunta y orden de pago número 00949.

Folio 10. Orden de pago número 00949 del 18 de mayo de 1994 a nombre de Miscelánea Central, c.c. o NIT 2582300 de La Unión, Valle, por concepto de suministro de artículos de aseo, destino Universidad del Quindío según factura adjunta de 7 de febrero de 1994. Conforme a los documentos probatorios y constancia de recepción según

Planilla número XXX

Orden de gastos 12151

Salida de almacén 325

Recibo de bienes y servicios 325

Resolución número XXXXX

Contrato número XXXX

Factura número 8212 del 7 de febrero de 1994.

Folio 11: Comprobante de egresos número 00923 a nombre de Sergio Díaz, por concepto de compras varias hechas a Miscelánea Central según facturas adjuntas y órdenes de pago números 01044, 01046, 01047, 01048, 01045.

Folio 12: Orden de pago número 01048 del 25 de mayo de 1994, a nombre de Miscelánea Central, c.c. 2582300 de La Unión, Valle, por concepto de suministro de artículos de aseo, destino Biblioteca Municipal según factura adjunta del 22 de abril de 1994. Conforme a los documentos probatorios y constancia de recepción según:

Planilla XXXX

Orden de gasto 12814

Salida de almacén 1.015

Recibo bienes y servicios: 1.015

Resolución número XXXXXX

Contrato número XXXXX

Factura número 8753 abril 22/94.

Folio 13: Orden de pago número 01045 del 25 de mayo de 1994, a nombre de Miscelánea Central, c.c. 2582300 de La Unión Valle, por concepto de suministro de elementos de cafetería con destino administración municipal, según facturas adjuntas del 30 de marzo, 5 de mayo y del 7 de abril de 1994. Conforme a los documentos probatorios y constancia de recepción según:

Planilla XXXX

Salida de almacén 12817-12816

Orden de gasto 1.018-1.017

Recibo bienes y servicios: 1.018-1.017

Resolución número XXXXXX

Contrato número XXXXX

Facturas números 8657-8845-8658

Folio 14: Orden de pago número 1046 del 25 de mayo de 1994, a nombre de Miscelánea Central, c.c. 2582300 de La Unión, Valle, por concepto de suministro de prensa correspondiente al mes de abril/94, destino Concejo Municipal y Personería

Municipal, según facturas adjuntas del 10 de mayo de 1994. Conforme a los documentos probatorios y constancia de recepción según:

Planilla XXXX

Orden de gasto 12825-12823

Salida de almacén 1024-1022

Recibo bienes y servicios: 1.024-1.022

Resolución número XXXXXX

Contrato número XXXX

Factura número 8938-8939

Folio 15: Orden de pago número 1047 del 25 de mayo de 1994, a nombre de Miscelánea Central, c.c. 2582300 de La Unión, Valle, por concepto de suministro de 8 pares de pilas y una batería linterna, destino vigilancia alcaldía municipal, según factura adjunta de 20 de abril de 1994. Conforme a los documentos probatorios y constancia de recepción según:

Planilla XXXX

Orden de gasto 12819

Salida de almacén 1019

Recibo de bienes y servicios: 1.019

Resolución número XXXXXXX

Contrato número XXXXX

Factura número 8738 de abril 20 de 1994.

Folio 16: Comprobante de egreso 01172 del 22 de julio de 1994 a nombre de Sergio Díaz, por concepto de compra de papelería, vino y artículos de aseo para la alcaldía municipal, facturas adjuntas y órdenes de pago números 01437/ 01313/01438.

Folio 17: Orden de pago número 1313 del 22 de junio de 1994, a nombre de nombre de Miscelánea Central, c.c. 2582300 de La Unión, Valle, por concepto de suministro de 4 botellas de vino Grajales destinado a la alcaldía municipal, según factura adjunta de 20 de mayo de 1994. Conforme a los documentos probatorios y constancia de recepción según:

Planilla XXXX

Orden de gasto 12885

Salida de almacén 1085

Recibo bienes y servicios: 1.085

Resolución número XXXXX

Contrato número XXXXX

Factura número 8954/94

Folio 18: Orden de pago número 1437 del 7 de julio de 1994, a nombre de Miscelánea Central, c.c. 2582300 de La Unión Valle, por concepto de suministro de papelería destino alcaldía municipal según factura adjunta de 16 de junio de 1994. Conforme a los documentos probatorios y constancia de recepción según:

Planilla XXXX

Orden de gasto 13096

Salida de almacén 1.282

Recibo bienes y servicios: 1.282

Resolución número XXXXXXX

Contrato número XXXXX

Factura número 9177/94

Folio 19: Orden de pago número 1438 del 7 de julio de 1994, a nombre de Miscelánea Central, c.c. 2582300 de La Unión Valle, por concepto de suministro de artículos de aseo destino alcaldía municipal oficina de presupuesto según factura adjunta de 21 de junio de 1994. Conforme a los documentos probatorios y constancia de recepción según:

Planilla XXXX

Orden de gasto 13093

Salida de almacén 1.269

Recibo de bienes y servicios: 1.269

Resolución bienes y servicios: 1.269

Resolución número XXXXXXX

Contrato número XXXX

Facturas números 9166/94

En el cuaderno número 3:

Folio 2: Comprobante de egreso 00032 del 14 de enero de 1994 a nombre de Sergio Díaz, por concepto de compras varias según facturas adjuntas y órdenes de pago números 3150 y 3151.

Folio 3: Comprobante de egreso número 00033 del 14 de enero de 1994 a nombre de Sergio Díaz, por concepto de compra de bombones para la fiesta de los niños factura adjunta y órdenes de pago números 3221.

Folio 4: Comprobante de egresos 00037 del 14 de enero de 1994 a nombre de Sergio Díaz, por concepto de compras varias según facturas adjuntas y órdenes de pago números 3270/ 3185/...69/ 3184/ 3186/ 3183.

Folio 5: Comprobante de egreso 00253 del 23 de febrero de 1994 a nombre de Sergio Díaz, por concepto de compras varias según facturas adjuntas y órdenes de pago números 00168/ 00170/ 00171/ 00167/ 00169.

Folio 6: Comprobante de egreso 00294 del 1° de marzo de 1994 a nombre de Sergio Díaz, por concepto de compra de artículos de aseo y cafetería, facturas adjuntas y órdenes de pago números 00227/00230/00231/00229/00228/00225/ 00248.

Folio 7: Comprobante de egreso 00544 del 14 de abril de 1994 a nombre de Sergio Díaz, por concepto de compras varias, según facturas adjuntas y órdenes de pago números 00575/ 00569/ 00570/ 00568/ 00567.

Folio 8: Comprobante de egreso 00583 del 18 de abril de 1994 a nombre de Miscelánea Central. Y/o Sergio Díaz, por concepto de compras varias, según facturas adjuntas y órdenes de pago números 00640/00574.

Folio 9: Comprabante de egreso 00586 del 18 de abril de 1994 a nombre de Sergio Díaz, por concepto de compras de insumos agrícolas para el parque de San Pedro, según factura adjunta y orden de pago números 00281.

Folio 10: Comprobante de egreso 00986 del 21 de junio de 1994 a nombre de Miscelánea Central y/o Sergio Díaz, por concepto de suministro de artículos varios destino alcaldía municipal, según facturas adjuntas y órdenes de pago números 01156, 01161, 01157.

Folio 11: Comprobante de egreso 01350 del 18 de agosto de 1994 a nombre de Sergio Díaz, por concepto de compras varias, según facturas adjuntas y órdenes de pago números 01760/ 01759/ 01757/ 01758/ 01756.

Folio 12: Comprobante de egreso 01584 del 22 de septiembre de 1994 a nombre de Sergio Díaz, por concepto de compras de útiles de aseo y varios, según detalles en facturas adjuntas y órdenes de pago números 00288/ 02004/ 02002.

Folio 13: Comprobante de egreso 01648 del 29 de septiembre de 1994 a nombre de Sergio Díaz, por concepto de compras de artículos varios, según facturas adjuntas y órdenes de pago números 02168/ 02167/ 02165/ 02166.

Folio 14: Comprobante de egreso 01716 del 5 de octubre de 1994 a nombre de Sergio Díaz, por concepto de compra de artículos varios, según facturas adjuntas y órdenes de pago números 02284/ 02278/ 02280/ 02281.

Folio 15: Comprobante de egreso 01727 del 6 de octubre de 1994 a nombre de Sergio Díaz, por concepto de compra de artículos varios, según factura adjunta y orden de pago números 02237.

Folio 16: Comprobante de egreso 01932 del 18 de noviembre de 1994 a nombre de Sergio Díaz, por concepto de suministro de bombones para la fiesta de los niños según facturas adjuntas y orden de pago número 02556 (escuelas).

Folio 17: Comprobante de egreso 02215 del 26 de diciembre de 1994 a nombre de Sergio Díaz, por concepto de artículos varios, según facturas adjuntas y orden de pago número 05687.

A folio número 42 (c. pal.) aparece la escritura de compraventa número 1.205 del 23 de abril de 1993, por medio de la cual el señor Sergio Díaz aparece vendiendo a Bertha Enelia González Ayala un inmueble situado en la hoy calle 14 número 14-03 y 14-09 y un predio urbano ubicado en barrio Belén carrera 14 número 13-69 hoy 13-71.

A folios 66 y 67 aparece el folio de matrícula inmobiliaria en el cual se consigna la fecha de registro de compraventa de cada uno de los inmuebles siendo el 7 de julio de 1993 para ambos.

A folio 68 aparece el contrato de compraventa mediante el cual el señor Sergio Díaz vende a la señora Enelia González Ayala el establecimiento de comercio denominado Miscelánea Central que manifiestan que parte de la venta del predio citado en la escritura 1.205 ya reseñada localizado en la calle 14 número 14-01 y 14-07 de la antigua nomenclatura urbana, hoy calle 14 número 14-03 y 14-09. La compradora se compromete a adelantar los trámites para que el establecimiento aparezca a su nombre en el registro mercantil y a pagar el impuesto de industria y comercio los cuales autoriza se hagan a nombre de Sergio Díaz hasta que el establecimiento aparezca a su nombre en la Secretaría de Hacienda de la Alcaldía y Sergio Díaz se compromete a entregar a Bertha González todo pago a nivel oficial o particular que salga a su nombre.

Dentro del proceso rindieron testimonio, Bertha Enelia González Ayala y Alirio de Jesús Henao Henao (129 y ss. y 136 y ss.).

La primera, doña Bertha Enelia González Ayala, manifestó conocer a don Sergio Díaz con una anterioridad de quince años como dueño de la Miscelánea Central. Que el 23 de abril de 1993 le compró la Miscelánea Central y de ahí en adelante don Sergio siguió siendo su administrador en los negocios comerciales. También realizaron una compraventa de comercio en lo relacionado con la Miscelánea Central y se comprometió a adelantar los trámites de los papeles en la Cámara de Comercio y ella autorizó al señor Díaz para que la siguiera representando mientras salían los papeles a su nombre. "El estaba autorizado para hacer negociaciones, como por decir algo, con el municipio de La Unión con la alcaldía, o sea que todos los cheques llegaban a nombre de él porque era mi representante y los cheques que él recibía salían a nombre de él, con autorización mía pero ingresaban a mi cuenta porque el negocio es mía (sic)" (fl. 129 vto.).

Manifiesta igualmente que la mitad del negocio la vendió en agosto de 1994 a un tercero pero que conservaron como administrador del negocio al señor Díaz quien trabaja para los nuevos dueños con contrato de trabajo y menciona que entregó el mismo al tribunal en audiencia anterior.

Explica que la Miscelánea Central vende a la administración, rancho, licores, abarrotes al igual que cuando el dueño era el señor Díaz.

Manifiesta también que dentro del contrato laboral realizado con el señor Díaz consta la representación para contratar con la administración. Agrega que estaba autorizado para cobrar los cheques.

En su testimonio, el señor Henao Henao explica que trabaja en la alcaldía desde agosto de 1988, es analista de presupuesto del municipio de La Unión, Valle, desde octubre de 1994 y encargado de la alcaldía hasta 31 de diciembre del mismo año.

Manifiesta que conoce al señor Díaz desde hace veinte años porque siempre ha laborado en un establecimiento de comercio.

Al establecimiento que el señor Díaz representa se le hicieron algunos pagos pero conoció que obraba como administrador.

Manifiesta conocer en las tarjetas correspondientes de industria y comercio, los documentos en los que consta una promesa de venta. La escritura, dice, "reposa en los archivos de tesorería del Ministerio de Hacienda porque es una dependencia de la Secretaría de Hacienda" (fl. 136 vto.).

Manifiesta que en el documento en el que adquiría el establecimiento la señora Bertha Enelia González autorizaba al señor Díaz para que hiciera cualquier transacción a nombre de ella, porque no se hizo el cambio en los registros de industria y comercio.

Los cheques salían a nombre de la Miscelánea Central o de Sergio Tulio Díaz.

Aclara que las peticiones de traspaso se hacen a petición de la parte interesada y si ésta no se presenta sigue figurando el antiguo propietario. Lo anterior para precisar por qué siguió figurando el señor Díaz aunque se conocía que había vendido el negocio.

De las anteriores pruebas allegadas se deduce que el señor Díaz obrando bien como propietario de la Miscelánea Central o bien como administrador de la misma contrató con la administración municipal para proveerla de víveres, rancho, licores y abarrotes y recibió los pagos por los correspondientes suministros.

En cualquiera de las calidades en las cuales se alega contrató con el municipio, bien que se trate del dueño o del administrador, autorizado por la propietaria, lo cierto es que participó en la celebración de contratos dentro del término de inhabilidad como puede deducirse de la relación que aparece en los apartes anteriores de esta providencia cuyo análisis por parte del Tribunal y de la distinguida Procuradora Delegada colaboradora comparte la Sala y, por lo mismo, quedó incurso en la causal alegada por lo que su elección quedó viciada de nulidad.

Por último la Sala debe precisar que en lo concerniente a la inhabilidad de los demás integrantes de la lista, no se dan las condiciones previstas por el artículo 56 de la Ley 136 de 1994, por cuanto la disposición establece que puede acusarse de inhabilidad al resto de la lista si el motivo es el mismo que se predica de quien la encabeza pero en el caso de autos, tal circunstancia no se presenta en relación con los demás por cuanto no aparece demostrada la celebración de contratos ni puede extenderse la causal del cabeza de lista a los demás en la forma que lo pretende la demanda.

No son de recibo los argumentos planteados en el recurso en relación con la no presentación de los contratos en los que se basa la inhabilidad por cuanto de la descripción de las órdenes de pago se deduce que no se firmaron contratos sino que se elaboraron facturas y la fecha de las que aparecen relacionadas están dentro del término de inhabilidad.

En consecuencia se confirmará la sentencia proferida por el Tribunal.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo, oído el concepto de la Procuradora en lo Contencioso Administrativo y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. Confírmase la sentencia del 31 de agosto de 1995, dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, objeto de la presente apelación.

2. En firme esta providencia, envíese al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en sesión de fecha catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Mario Alirio Méndez, Mirén de la Lombana de M., Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ALCALDE - Inhabilidades / PARIENTE DE ALCALDE - Inscripción por el mismo partido

Se tiene entonces probado uno de los supuestos determinantes de la inhabilidad para ser elegido alcalde, consagrado en el numeral 9 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994. Establecido este aspecto el siguiente paso del estudio, se concreta a dilucidar si por el hecho de la inscripción de los candidatos, quedó viciada la elección del alcalde. En el sentido de la interpretación restrictiva es el aplicable a la expresión "se hubiera inscrito" tal como lo hizo la Sala en el fallo de octubre 6 de 1995, exp. 1400 con ponencia del honorable Consejero doctor Amado Gutiérrez Velásquez, el interpretar la expresión "se inscriba por el mismo partido o movimiento político", dado que es la misma circunstancia de tiempo en la inscripción la razón aducida en uno y otro caso. El alcance lógico y justiciero de la norma no puede ser distinto, como sería el de que la inhabilidad se extiende a ambos candidatos o es para quien resultó elegido no obstante haberse inscrito primero, pues con ello se estaría sancionando a quien se inscribió cuando no había motivo de inhabilidad, creándose así un sistema bien expedito para burlar la voluntad de los electores y el derecho del cuidadano a ser elegido. Bastaría inscribir posteriormente al pariente o vinculado por matrimonio o unión permanente para destruir la posibilidad de la elección de aquél.

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

Consejero Ponente: Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía.

Santa Fe de Bogotá, D. C., diciembre cinco (5) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Radicación número 1464.

Referencia: Electoral - Segunda instancia.

Actor: Eduardo Rujana Quintero.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandado, contra la sentencia mediante la cual se declaró la nulidad del acto impugnado en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

La acción y sus fundamentos

El abogado Eduardo Rujana Quintero obrando en su propio nombre demandó ante el Tribunal Administrativo del Huila, el acto de elección del ciudadano Juan Marino Castillo Andrade como alcalde del municipio del Pital, Huila, para el período 1995-1997 y como consecuencia, la cancelación de su credencial.

Señala como circunstancias fácticas que para las elecciones del 30 de octubre de 1994, el ciudadano Juan Marino Castillo Andrade el 25 de agosto de este año se inscribió como candidato a la Alcaldía Municipal del Pital, Huila.

De otra parte, el 26 de agosto siguiente el señor Héctor Manuel Suárez Barbosa, se inscribió como candidato al concejo de la misma municipalidad mencionada.

Ambas inscripciones lo fueron por el partido Conservador Colombiano.

Cumplidos los comicios, los candidatos referenciados resultaron elegidos, el primero para la alcaldía y el segundo para el concejo.

Según la demanda Juan Marino Castillo Andrade y Héctor Manuel Suárez Barbosa tiene vínculos de parentesco en segundo grado de afinidad por ser aquél hermano de la señora María Victoria Castillo Andrade, esposa de este.

Las circunstancias de haber sido elegidos por el mismo partido político y tener ese vínculo de parentesco, a juicio del demandante, inhabilitan al señor Castillo Andrade para ejercer el cargo del alcalde.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

Se invoca como quebrantado el artículo 95 numeral 9 de la Ley 136 de 1994, que consagra el régimen de inhabilidades para los alcaldes.

En el mismo texto del libelo introductorio se solicitó la suspensión provisional del acto impugnado, medida que fue decretada en el auto admisorio de la demanda el 1° de diciembre de 1994 (folios 69 y ss.), y posteriormente revocada por esta Corporación al resolver el recurso de apelación (fls. 142 y ss. cdno. 1).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Mediante apoderado legalmente constituido el demandado dentro del término de fijación en lista, presentó escrito de oposición de las pretensiones solicitando sean denegadas, por cuanto la demanda presenta vicios de forma insubsanables como el de haberse omitido el documento público sobre el estado civil del alcalde, en razón de que el parentesco de afinidad inhabilitante exigido por la norma, opera o se califica del alcalde hacia o frente a los consanguíneos de su esposa o compañera, tal como lo establece el artículo 47 del C. C.

Aduce que los inscritos no lo hicieron por el mismo movimiento político, dado que el de integración conservadora en donde milita el demandado y el movimiento conservador independiente (MIC) por el cual se inscribió el señor Héctor Manuel Suárez Barbosa, si bien pertenecen al partido conservador, tienen autonomía regional y obedecen a necesidades de distintas regiones, por lo cual obran en forma independiente y no puede aseverarse que se trata del mismo partido o movimiento.

Propuso la excepción de inconstitucionalidad del numeral 9 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, por considerar que está en contradicción con el preámbulo de la Carta Política y vulnera derechos fundamentales como el de igualdad ya que rompe la armonía y equilibrio justo de participación edificada a favor de todos los asociados, al discriminar odiosamente que no podrá ser elegido alcalde un ciudadano por razones de lejano parentesco familiar.

"No resulta legítimo ni válido que el legislador excepcional, so pretexto de desarrollar normas constitucionales en materia de inhabilidades haga extensivos lejanos parentescos de afinidad para limitar e impedir el acceso a cargos de elección popular, cuando no se tiene muy en claro que dicho parentesco no es de doble vía sino que ha sido concebido en una sola dirección, tal como se dejó plasmado ampliamente con anterioridad y por tanto, establecer una inhabilidad por un hecho de un tercero, resulta más que ilegal, inconstitucional". Además cita como vulnerados otros derechos como el de personalidad jurídica, libre desarrollo de la personalidad y participación en el poder político, consagrados en los artículos 14, 16 y 40 de la Carta.

LA SENTENCIA APELADA

La profirió el Tribunal Administrativo del Huila el 17 de agosto de 1995 (fls. 215 y ss.). En el numeral primero del fallo rechaza por improcedentes las excepciones propuestas y en el segundo, declara la nulidad de la elección demandada.

Respecto a lo que califica como excepción de ineptitud de la demanda, expresa el *a quo* el parentesco de afinidad entre Juan Marino Castillo Andrade y Héctor Manuel Suárez Barbosa, está acreditado en el proceso en los registros civiles de

nacimiento de aquél y María Victoria Castillo Andrade y con el registro civil de matrimonio de esta última con Suárez Barbosa.

Y sobre la de inconstitucionalidad considera que la figura consagrada en el artículo 4 de la Carta fue instituida para el evento de que exista verdadera y ostensible contrariedad entre un ordenamiento de carácter legal y el dictado constitucional, "y no precisamente bajo el apremio de que dicho ordenamiento afecte intereses particulares y subjetivos, pues, por principio, los mandatos legales son generales y objetivos, además de que la propia Constitución en su artículo 1°, establece la prevalencia del interés general sobre el particular". Considera que el legislador no excedió los marcos del mandato supremo al expedir la norma cuestionada.

Ya en el asunto de fondo al examinar los supuestos de la causal invocada, el Tribunal partiendo de la definición que sobre los partidos y movimientos políticos da la Ley 130 de 1994 y los requisitos constitucionales y legales que éstos deban cumplir para su conformación, llega a la conclusión de que por no estar comprendidas dentro de ese marco conceptual y normativo, no son movimientos políticos o grupos autónomos, independientes y consecuentemente distintos, aquellos por los cuales –según el demandado– se inscribieron los candidatos Castillo Andrade y Suárez Barbosa, estima que estos se inscribieron por el partido conservador colombiano.

Respecto al supuesto referente a la inscripción como candidatos a la alcaldía y concejo, respectivamente, se muestra en desacuerdo con los planteamientos de la defensa, según los cuales, la expresión "se hubieren inscrito" que contiene el numeral 9 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, comporta una significación pretérita del verbo "haber" por lo que el candidato a concejal debe ser anterior a la del candidato a la alcaldía. Dice al *a quo* que en lo relativo a esa inflexión verbal "debe acotarse que la secuencia temporal o el orden cronológico de las inscripciones de los candidatos ante la Registraduría del Estado Civil, no tiene la menor relevancia jurídica, pues si ello fuere trascendente, la causal de inhabilidad estaría supeditada a que uno u otro candidato se inscribiera antes o después. Y si bien, la norma al señalar la inhabilidad, se refiere a dicha inscripción, ésta sólo tiene concreción en el momento en que el aspirante así inscrito resulta elegido como alcalde, pues como lo tiene establecido nuestro máximo Tribunal Contencioso Administrativo, la inscripción electoral solamente es un acto de trámite".

Por lo anterior considera que Juan Marino Castillo Andrade está incurso en la causal de inhabilidad a que se remite el accionante.

EL RECURSO DE APELACION

El apoderado del demandado en escrito presentado en tiempo, al apelar el fallo insiste en que el parentesco de afinidad entre el alcalde y el concejal no está

probado en el proceso. Reitera la tesis expuesta en el escrito de contestación a la demanda y alegado de conclusión en el sentido de que conforme a la definición de afinidad legítimo contenida en el artículo 47 del C.C., existe este parentesco entre el concejal Suárez Barbosa y el alcalde Castillo Andrade, por ser la esposa de aquél hermana de éste, pero no existe ese parentesco a la inversa por no contemplarlo la norma en doble vía.

En torno a su inconformidad con el alcance que en la sentencia se le da a la expresión "se hubieren inscrito" expresa: "La situación pareciera ser de puro orden gramatical y taxatividad de la norma, pero es buscando el espíritu del legislador el que se pretende desentrañar para establecer el real sentido de la norma, que no es otra que garantizar la pureza de los procesos electorales y justamente, el orden de inscripción es relevante para el legislador, pues los concejales constituyen el cuerpo administrador del municipio y que contribuyen a regir los destinos del mismo. Pero igualmente, son los concejales los que constituyen el conglomerado de las fuerzas partidistas de un municipio, de manera que esas fuerzas son las determinantes para la elección del concejal y por ende del alcalde, de manera que la inscripción primera del concejal busca determinar esas fuerzas partidistas que invalidan las aspiraciones de aquellas personas aspirantes a alcaldes, unidos por vínculos de parentesco con aquéllos".

ALEGATOS DE CONCLUSION

A folios 240 y ss., el apoderado del actor replantea los hechos de la demanda y el concepto de violación y en capítulo aparte del escrito menciona los elementos que, a su juicio, constituyen la causal de inhabilidad contemplada en el artículo 95 numeral 9 de la Ley 136 de 1994.

Señala que la inhabilidad se encuentra referida a la persona que es elegida o destinada en forma popular como alcalde, o hacia el candidato de dicho cargo, frente o con relación a la persona o personas que se encuentren inscritas como candidatos al concejo de la respectiva localidad, aspecto del cual deduce que la inhabilidad se presenta en el momento de la elección y no antes.

Al igual que el fallo, encuentra intrascendente que la inscripción del candidato a alcalde se haya realizado antes o después de la del concejal para que se configure inhabilidad.

Alegó también el apoderado del demandado (fls. 252 y ss.) quien reiterando lo dicho en el escrito de contestación, afirma que a partir del auto que desató el recurso de alzada en contra de la suspensión provisional, no se ha arrimado prueba alguna que le reste validez a lo allí ordenado y luego de otras consideraciones, solicita se revoque el fallo.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El Procurador Primero Delegado en su concepto de rigor, se refiere a los puntos de inconformidad del apelante, considerando que el artículo 47 del C. C., no contempla el parentesco de afinidad como este lo entiende, puesto que siempre se da en doble vía.

En cuanto a la expresión que ha suscitado más debate "que se hubieren inscrito" conceptúa que debe entenderse necesariamente referida a la "coetaneidad" o "simultaneidad" de la inscripción de la candidatura para un mismo período como alcalde y concejal, "porque de lo contrario se estaría concibiendo la posibilidad de que los parientes en los grados definidos en la ley, ocuparon tales cargos generando concentración de poder...".

Estima irrelevante el hecho de que estas inscripciones se hagan el mismo día o con uno o varios días de diferencia y por tanto, solicita se confirme la sentencia.

CONSIDERACIONES

Se pretende mediante esta acción pública, obtener la declaratoria de nulidad del acto de elección del ciudadano Juan Marino Castillo Andrade como alcalde del municipio del Pital, Huila, para el período 1995-1997.

Se acusa el acto de violar el artículo 95 numeral 9 de la Ley 136 de 1994 que es del siguiente tenor:

Artículo 95. *Inhabilidades.* No podrá ser elegido ni designado alcalde quien:

(...)

9. Este vinculado por matrimonio, unión permanente o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con personas que se hubieren inscrito por el mismo partido o movimiento para la elección de miembros al concejo municipal respectivo.

(...)

Antes de entrar a analizar la causal invocada frente a los hechos de la demanda para establecer si se da o no la violación del precepto, es necesario indicar que éste, contrariamente a lo alegado en el escrito de contestación a la demanda, es compatible con el preámbulo y los derechos fundamentales consagrados en los artículos 13, 14, 16 y 40 de la Constitución Nacional.

Solicita el demandado la inaplicación en este caso de la norma legal mencionada, bajo la consideración de que no resulta válido que el legislador excepcional, so pretexto de desarrollar normas constitucionales en materia de inhabilidades, haga extensivos los lejanos parentescos de afinidad para limitar e

impedir el acceso a los cargos de elección popular "cuando no se tiene muy en claro que dicho parentesco no es de doble vía sino que ha sido concebido en una sola dirección..."

Es decir, la contrariedad que predica el demandado de la norma legal frente a los preceptos constitucionales, la hace derivar de un hecho al cual está dando una interpretación equivocada, pues probado el parentesco en segundo grado de afinidad, este existe en ambos sentidos. No se entiende como puede decirse que un varón esté en segundo grado de afinidad legítima en línea transversal con los hermanos legítimos de su mujer, pero no que estos lo estén frente al varón siendo que la situación es la misma, la interpretación no resulta lógica frente a la definición que de la afinidad legítima da el artículo 47 del C.C.

Desestimado el argumento en que se basa la inconstitucionalidad de la norma, la excepción formulada también deberá sufrir la misma consideración.

Procediendo al examen del cargo y en vista de que este se fundamenta en el grado de afinidad que según el actor existe entre Juan Marino Castillo Andrade elegido alcalde del Pital, Huila y Héctor Manuel Suárez Barbosa elegido concejal para el mismo municipio en las elecciones realizadas el 30 de octubre de 1994 y que ambos inscritos, lo fueron por el partido conservador colombiano, en primer término se pasa a establecer si estos hechos fueron probados en el proceso.

La inscripción de los citados ciudadanos como candidatos a esos cargos se halla demostrada con las actas contenidas en formularios E-6AG vistas a folios 9 y 10 del cdno. 1.

En la primera consta que Juan Marino Castillo Andrade se inscribió el 25 de agosto de 1994 y en la segunda que Héctor Manuel Suárez Barbosa lo hizo al día siguiente o sea el 26 del mismo año.

La elección de estas mismas personas en los cargos a que aspiraron alcalde y concejal, respectivamente, también está acreditada con las actas parciales de escrutinios expedidas por la Comisión Escrutadora Municipal del Pital, Huila, (formulario E-26) el 2 de noviembre de 1994 (fls. 17 y 22 del cdno. 1).

A folio 25 obra certificación sobre registro civil de matrimonio de los señores Juan Ramón Castillo M.e. Isabel Andrade Camacho, expedido por la Registraduría Municipal del Estado Civil del Pital.

A folio siguiente aparece certificado del registro civil de matrimonio celebrado entre Héctor Manuel Suárez Barbosa y María Victoria Castillo Andrade, expedido por el mismo funcionario antes citado.

Y a continuación de éste, obran dos certificados sobre registro civil de nacimiento de Juan Marino y María Victoria Castillo Andrade.

Estos documentos expedidos por funcionario facultado para ello conforme a lo dispuesto en el artículo 112 del Decreto 1260 de 1970, y además, ser uno de los medios de prueba del estado civil de las personas establecido en el artículo 105 ibídem, demuestran la condición de hermanos legítimos de Juan Marino y María Victoria Castillo Andrade y por ser ésta esposa de Manuel Suárez Barbosa, hecho que también se acredita, resulta incuestionable el parentesco de afinidad en 2° grado existente entre los elegidos tal como lo expresa la demanda y se deduce en el fallo de primera instancia.

Se tiene entonces probado uno de los supuestos determinantes de la inhabilidad para ser elegido alcalde, consagrado en el numeral 9 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994. Establecido este aspecto el siguiente paso del estudio, se concreta a dilucidar si por el hecho de la inscripción de los candidatos, quedó viciada la elección del alcalde Castillo Andrade.

Como en torno a la expresión "se hubieren inscrito" se han hecho interpretaciones disímiles en el proceso, y habida cuenta de que en la sentencia objeto de alzada se consideró irrelevante este aspecto para efectos de la inhabilidad, la Sala debe recordar su reciente jurisprudencia en materia de interpretación legal, proferida el 11 de septiembre de 1995 con ponencia del honorable Consejero doctor Mario Alario Méndez en el expediente 1361.

> Pues bien, para interpretar la ley, esto es, para determinar su genuino sentido, es preciso atender primeramente a su tenor literal. Pero no siempre las palabras expresan con propiedad el sentido de la ley, porque puede suceder que lo amplíen o que lo restrinjan y que con ello lo deformen. Así ocurre, por ejemplo, cuando se emplea la palabra comprensiva del género cuando debió emplearse una que denotara sólo la especie, o el caso contrario, y en tales circunstancias será necesario que el intérprete no se reduzca al significado de las palabras, sino que lo restrinja o extienda, de conformidad con el sentido de la ley. Se dice, entonces, que la interpretación es restrictiva o extensiva, según los casos.
>
> No es lo favorable u odioso de una disposición lo que ha de tomarse en cuenta para restringir o ampliar su interpretación, sino que la extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido.
>
> No es posible establecer de manera general cuando debe restringirse el significado de las palabras de la ley. A ello habrá lugar, no obstante, cuando

la ley, entendida en la acepción de sus palabras, importe contradicción con el principio que la informa y el objetivo práctico que se persigue.

El sentido de la interpretación restrictiva es el aplicable a la expresión "se hubieren inscrito" tal como lo hizo la Sala en el fallo de octubre 6 de 1995 expediente número 1400 con ponencia del honorable Consejero doctor Amado Gutiérrez Velásquez, al interpretar la expresión "se inscriba por el mismo partido o movimiento político", dado que es la misma circunstancia de tiempo en la inscripción la razón aducida en uno y otro caso, se dijo en esa oportunidad:

> En el caso de autos se tiene probado que la solicitud de inscripción de la candidatura del señor Alberto Torres Florián se produjo con anterioridad a la de su progenitor Simón Torres, de modo que cuando el primero la aceptó y fue inscrito no existía impedimento alguno que lo colocara en condiciones de inhabilidad para ser elegido.
>
> La circunstancia sobreviniente generadora de enelegibilidad surgió con posterioridad a esa inscripción y no para aquel sino para Simón Torres Torres, inscrito un día después, por lo que conforme al sentido lógico de la disposición es la elección de este la que pudo ser pasible de anulación.
>
> Este es el alcance lógico y justiciero de la norma; y no puede ser distinto, como sería el de que la inhabilidad se extienda a ambos candidatos o es para quien resultó elegido no obstante haberse inscrito primero, pues con ello se estaría sancionando a quien se inscribió cuando no había motivo de inhabilidad, creándose así un sistema bien expedito para burlar la voluntad de los electores y el derecho del ciudadano a ser elegido. Bastaría inscribir posteriormente al pariente o vinculado por matrimonio o unión permanente para destruir la posibilidad de la elección de aquel.

Ahora, si bien esta jurisprudencia se produjo al fijar la Sala el alcance del artículo 43 numeral 7 de la Ley 136 de 1994, que establece el régimen de inhabilidades para los concejales, siendo la misma razón de hecho la contemplada en el artículo 95 numeral 9 de la precitada ley, esa perspectiva jurisprudencial es de plena aplicación en el caso *sub judice*.

En consecuencia, corresponde revocar la sentencia recurrida en sus numerales segundo, tercero y cuarto; el primero será revocado en cuanto se refiere a la excepción de ineptitud formal de la demanda que no fue propuesta por el demandado y será confirmado en cuanto rechaza por improcedente la excepción de inconstitucionalidad.

En mérito de 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:

Primero. Revócase el mismo proveído en cuanto en su numeral primero, se refiere a la excepción de ineptitud formal de la demanda, excepción que por ser previa no es aducible en estas acciones, y además, no fue propuesta por el demandado, y en su lugar no se provee sobre el particular.

Confírmase el numeral en todo lo demás.

Segundo. Revócase la sentencia recurrida en sus numerales segundo, tercero y cuarto. En su lugar, deniéganse las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del día cuatro (4) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Mirén de la Lombana de Magyaroff, Mario Alario Méndez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: Reiteración de las sentencias de 11 de septiembre de 1995, exp. 1361.

ELECCION DE MIEMBROS DE LAS JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES - Reglamentación / CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Facultades reglamentarias / EDILES - Requisitos

Debía el Consejo Nacional Electoral reglamentar lo atinente a la elección de miembros de las Juntas Administradoras Locales siguiendo principios y reglas análogas a los que regulan la elección de concejales. Los literales acusados de la Resolución número 38 de 1995 no desbordan esa potestad reglamentaria sino que se ciñen a los aspectos para los que se la facultó, imponiendo como requisitos los mismos señalados por mandato legal para candidatos a concejales.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., siete (7) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente número 1379.

Actor: Raúl Gutiérrez Gómez.

En su condición de ciudadano y abogado, el señor Raúl Gutiérrez Gómez, en ejercicio de la acción pública del artículo 84 del C.C.A., solicita declarar la nulidad de los literales b) y c) del artículo 3° de la Resolución número 38 del 29 de marzo del año en curso, expedida por el Consejo Nacional Electoral.

Rituado en legal forma el trámite procesal y conocido el concepto del Ministerio Público desfavorable a las pretensiones, procede la Sala a resolver lo que en derecho corresponde previo examen de los siguientes

ANTECEDENTES

I. La pretensión

Se pide declarar la nulidad del artículo 3° de la ameritada Resolución número 38 de 1995, en sus literales b) y c) del siguiente tenor:

"Artículo tercero: Inscripción. Los candidatos a Ediles se inscribirán en las Registradurías municipales y auxiliares y para el efecto deberán acompañar lo siguiente:

.....

"b) Aval del representante legal del partido o movimiento por el cual se inscribe. En ningún caso los Partidos o Movimientos Políticos, podrán otorgar avales en un número superior al de puestos por proveer;

"c) Si se inscribe por Partido o Movimiento Político sin personería jurídica, o por grupos significativos de ciudadanos y asociaciones deberá prestar caución por la cuantía que para el respectivo período se establezca, así como el número de firmas que se señalen de acuerdo con el artículo 9° de la Ley 130 de 1994".

II. Los hechos de la demanda

Se limitan a la sucinta referencia al fundamento constitucional de la elección de miembros de Juntas Administradoras Locales y al legal del acto acusado.

III. Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora estima que con la expedición del acto demandado se vulneraron las siguientes normas así: a) El artículo 1° de la Ley 163 de 1994 y el artículo 121 de la Ley 136 de 1994, porque al pretender reglamentar esas disposiciones con la Resolución número 38 del Consejo Nacional Electoral, excedió su potestad reglamentaria, puesto que fijó requisitos no previstos en aquellas, "... como son el tener que formar parte de un partido político para obtener el aval a fin de poder ser inscrito, o exigir caución y firmas a quien no pertenezca a dichos partidos, desnaturalizando este tipo de elecciones, que lo que pretenden es que la comunidad participe directamente en el manejo de la cosa pública, sin las cortapisas que implican el manejo de los partidos políticos".

b) El artículo 12 de la Ley 153 de 1887, porque la potestad reglamentaria ejercida por el Consejo Nacional Electoral con la resolución acusada contraría la Constitución y la ley, al fijar a quienes pretenden ser candidatos a las Juntas Administradoras Locales requisitos no previstos "... con lo que además se viola de manera manifiesta y directa el derecho a la igualdad".

c) El artículo 13 de la Constitución Política, toda vez que el derecho a la igualdad allí previsto resultó desconocido con dichos literales del artículo 3°, que marcan diferencia entre los ciudadanos al "... tener que presentar el aval de un partido político para su inscripción, lo que significa que quienes no pertenezcan a ninguna agrupación política no puedan inscribirse, o tengan que recolectar firmas y prestar una onerosa caución. Como se observa, quienes pretendan inscribirse sin pertenecer a ningún partido político se encuentran en desventaja manifiesta respecto de quienes sí pertenecen".

IV. **La actuación procesal**

Fue admitida la demanda con Auto del 26 de julio del presente año, en el cual se denegó la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.

Constituida en debida forma la relación procesal, por no llenar el escrito presentado por la parte demandada las exigencias del artículo 92 del C. de P. Civil se consideró no contestada la demanda.

Como no se requería su decreto de oficio, por cuanto la materia del contencioso es de puro derecho, solamente se asumió como prueba el material documental allegado con la demanda.

V. **Concepto de la Colaboradora del Ministerio Público**

La Procuradora Novena Delegada en lo Contencioso pide denegar las pretensiones, por estimar que el acto acusado lo profirió el Consejo Nacional Electoral ajustándose a las Leyes 130 y 136 de 1994. Al respecto expresa:

> "El artículo 121 de la Ley 136 de 1994, le atribuyó al Consejo Nacional Electoral, la facultad de reglamentar las elecciones de Juntas Administradoras Locales, siguiendo principios y reglas análogas a la elección de Concejales.
>
> *"Esa Corporación como puede observarse de los actos acusados, se ajusta lo dispuesto en el artículo 9° de la precitada Ley 136, ya que en ellos estableció requisitos similares a los señalados en él, para la inscripción de candidatos a las Juntas Administradoras Locales".*

Y respecto a la violación de la norma constitucional invocada, expresa:

> *"Cabe precisar, que los actos impugnados no quebrantan el artículo 13 de la Constitución Nacional, pues en ellos no se estableció arbitrariamente un tratamiento desigual o discriminatorio para los ediles, al fijarles algunos requisitos para la inscripción de sus candidaturas frente a otros candidatos a cualquier cargo de elección popular, ya que como se estableció, se le fijaron requisitos similares a éstos".*

CONSIDERACIONES

Se encamina la acción pública instaurada a que se declare la nulidad de los literales b) y c) del artículo 3° de la Resolución 38 del 29 de marzo del año en curso, expedida por el Consejo Nacional Electoral. Acerca de la procedibilidad de la acción contra dicho acto administrativo, que no es de mero trámite sino reglamentario de una situación general y abstracta, reitera la Sala los argumentos que al respecto expresó en el Auto admisorio de la demanda, que no reproduce aquí por innecesario.

De los hechos se colige que los cargos se sustentan en alegada violación de los artículos 1° de la Ley 163 y 121 de la Ley 136 de 1994; 12 de la Ley 153 de 1887 y 13 de la Constitución Política.

Se pueden sintetizar así: El Consejo Nacional Electoral, con la expedición del acto acusado, transgredió la Constitución y la ley, porque con dicha reglamentación excedió su potestad reglamentaria al estatuir para los aspirantes a candidatos de las Juntas Administradoras Locales requisitos no previstos por la legislación. Así considera el actor la exigencia de aval de partido o movimiento político para la inscripción, o la prestación de caución y allegamiento de firmas en respaldo de la candidatura.

Por razones metodológicas la Sala avocará las presuntas violaciones a la Carta Fundamental y a la ley en su conjunto, armonizándolas en lo pertinente.

Las Juntas Administradoras Locales tuvieron origen en el artículo 61 del Acto Legislativo número 1° de 1968, al ser modificado el artículo 196 de la C.P. de 1886. Su desarrollo normativo apenas se plasmó con el Decreto 1333 de 1986, artículos 311 a 316.

La Constitución de 1991, en su artículo 318, las mantuvo como nuevo instrumento de descentralización administrativa para la prestación de servicios municipales.

Su adecuación al nuevo régimen constitucional se inició, respecto del Distrito Capital, con la Ley 1ª de 1992 y en cuanto a los demás municipios con la Ley 136 de 1994 (arts. 119 a 140).

Ahora bien: De los artículos que se invocan como violados el 121 de la precitada Ley 136 de 1994, preceptúa:

"CIRCUNSCRIPCION ELECTORAL

"Para los efectos a que se refiere el artículo 119 de la presente ley, cada comuna o corregimiento constituirá una circunscripción electoral.

"En las elecciones de Juntas Administradoras Locales, las votaciones se realizarán de conformidad con la reglamentación que expida el

Consejo Nacional Electoral siguiendo principios y reglas análogas a los que regulan la elección de Concejales.

"La Registraduría Nacional del Estado Civil organizará y vigilará el proceso de elecciones de Juntas Administradoras Locales".

Y el artículo 1° de la Ley 163 de 1994, dispone:

Art. 1°. "Fecha de elecciones. Las elecciones de Gobernadores, Alcaldes, Diputados, Concejales y Ediles o Miembros de Juntas Administradoras Locales, se realizarán el último domingo del mes de octubre".

Con fundamento en el precitado artículo 121 de la Ley 136 de 1994, el Consejo Nacional Electoral profirió la Resolución número 38 de marzo 29 de 1995, reglamentaria del régimen de elecciones para los miembros de Juntas Administradoras Locales y comunas de Distritos y Municipios no realizadas en la fecha prevista. Dicha reglamentación, en lo que concierne a los literales b) y c) de su artículo 3°, responden íntegramente a lo previsto en el artículo 9° de la Ley 130 de 1994 (Estatuto Básico de los Partidos y Movimientos Políticos), como que en atención a los principios fundamentales de la República participativa y pluralista allí se precisan los requisitos a satisfacer por quienes aspirarán a ser miembros de dichas Juntas por elección realizable en fecha distinta de la prevista en el artículo 1° de la Ley 163 de 1994.

Dicho artículo 9° de la ley estatutaria de los partidos y movimientos políticos, en plena consonancia con el artículo 108 de la Constitución Política, constituye fundamento de los acusados literales b) y c), pues su confrontación permite identificar que el Consejo Nacional Electoral enmarcó las previsiones reglamentarias acusadas dentro de las competencias que la ley le otorgó.

Es más: En lo que concierne al artículo 1° de la Ley 163 de 1994, no se encuentra relación entre la fecha de la elección prevista para miembros de Juntas Administradoras Locales y los requisitos para inscribir candidaturas para tales fines.

Y en cuanto al artículo 121 de la Ley 136 de 1994, debía el Consejo Nacional Electoral reglamentar lo atinente a la elección de miembros de las Juntas Administradoras Locales siguiendo principios y reglas análogas a los que regulan la elección de concejales. Los literales acusados de la Resolución número 38 de 1995 no desbordan esa potestad reglamentaria sino que se ciñen a los aspectos para los que se la facultó, imponiendo como requisitos los mismos señalados por mandato legal para candidatos a concejales.

Pero también argumenta el actor que los literales en cuetión violan el artículo 12 de la Ley 153 de 1887. Preceptúa esa disposición lo siguiente:

"Las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria tienen fuerza obligatoria y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes ni a la doctrina legal más probable".

Cuando se reglamenta la ley deben respetarse su letra y su espíritu, teniendo especial cuidado en atender a los fines de la misma y al carácter de la función que se ejercita, de índole ejecutiva y administrativa. En el caso de autos la ley fija el contenido de la materia a reglamentar, limitándose la Resolución 38 de 1995 a desarrollar ese mandato sin apartarse de lo allí previsto.

Y respecto del artículo 13 de la C. Política, que consagra el derecho constitucional fundamental a la igualdad, la honorable Corte Constitucional ha expresado que ese derecho consiste, en esencia, en guardar "...la proporcionalidad...". Es un principio objetivo y no formal, que "se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales...". Ello se materializa en cuanto "...no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente nominación a supuestos distintos..." (Sentencia N° C-221 de mayo 29 de 1992. Mag. Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero).

Entonces, si la reglamentación a expedir por el honorable Consejo Nacional Electoral para la elección de Juntas Administradoras Locales y Comunas debía ajustarse a los "...principios y reglas análogas..." a los que regulan la elección de concejales, no se entiende por qué las prescripciones de los literales acusados puedan infringir el derecho a la igualdad en tanto contienen disposiciones similares a las previstas para la elección de concejales en la Ley 163 de 1994. Se alega que para hacer real la participación ciudadana se debió permitir la inscripción de todos los que quisieran hacerlo sin cumplir requisito de aval, o en subsidio de caución y firmas; pero de habérselo reglamentado en esa forma sí resultaría violatorio del derecho a la igualdad, como quiera que se establecería un privilegio frente a los candidatos a concejales, que debieron satisfacer requisitos de aval o de caución y firmas para garantizar la seriedad de la inscripción.

En conclusión, en el caso *sub examine* la Sala reconoce la legalidad de las normas acusadas por ser ellas fiel trasunto de la norma legal que otorgó facultades al Consejo Nacional Electoral para expedir la reglamentación acusada. Por tanto, la pretendida nulidad carece de vocación de prosperidad.

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

FALLA:

Deniéganse las súplicas de la demanda, en el proceso de simple nulidad seguido contra los literales b) y c), artículo 3° de la Resolución número 38 de 1995, del Consejo Nacional Electoral.

Cópiese y notifíquese.

Ejecutoriada esta sentencia, archívese el expediente.

La presente providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión del seis (6) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Mirén de la Lombana de Magyaroff* (salvó el voto), *Luis Eduardo Jaramillo M., Mario Rafael Alario Méndez.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

NOTA DE RELATORIA: El salvamento de voto de la doctora Miren de la Lombana de Magyaroff comparte las mismas razones expresadas en el salvamento de voto del Auto de 26 de julio de 1995, a los argumentos expuestos en esa oportunidad. Agregó: "...la actuación que se demanda por la presente acción por ser conexa con el acto de elección es susceptible de ser impugnada conjuntamente con este último como única forma susceptible de producir efectos en el mismo, de prosperar las súplicas del libelo..."

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Expediente número 1379.

Actor: *Raúl Gutiérrez Gómez.*

Con el mayor respeto me permito apartarme de la decisión adoptada en la providencia que antecede por las mismas razones que expresé en el salvamento de voto consignado en relación con el proveído del 26 de julio de 1995, mediante el cual la Sección admitió la demanda y denegó la suspensión provisional.

A los argumentos que expuse en esa oportunidad me remito y sólo me resta agregar que la actuación que se demanda por la presente acción por ser conexa con el acto de elección es susceptible de ser impugnada conjuntamente con este último como única forma susceptible de producir efectos en el mismo, de prosperar las súplicas del libelo.

De los señores Consejeros,

Mirén de la Lombana de Magyaroff.

Fecha, *ut supra.*

ALCALDE - Inhabilidades / CONTRATO EN INTERES DE TERCEROS - Intervención de candidato a alcalde

Queda plenamente establecido que el ciudadano demandado, actuó en el contrato 169 en representación de la entidad que funge como contratista, circunstancia que lo hace incurso en la causal de inhabilidad contemplada en el artículo 95, numeral 5° de la Ley 136 de 1994, debido a que esa intervención la realizó en interés de un tercero: La Asociación de Juntas de Acción Comunal de Puerto Escondido, durante el año anterior a su inscripción como candidato. No resulta lógico afirmar que en la suscripción de un contrato el suscriptor así obre en interés propio o en el de terceros, no interviene en él, su intervención se presenta en todo el contexto del documento y se inicia con el registro del nombre, identificación, la calidad en que concurre el acto, etc., y se manifiesta en todo su desarrollo, en cada una de sus cláusulas hasta refrendar todo su contenido con la firma imprimiéndole el sello de legalidad. Por ello esta forma de intervención se confunde con la celebración, por cuanto quien interviene es la misma persona que lo suscribe y es la fecha del contrato y la de inscripción la que determinan si se presenta o no la causal de inhabilidad contemplada en el precepto.

NULIDAD ELECTORAL - Causales / PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD - Nulidad electoral / INSCRIPCION DE ELECTORES - Régimen aplicable / AUTORIDAD ELECTORAL - Funciones

De acuerdo a la reiterada jurisprudencia las causales de nulidad son taxativas y de interpretación restrictiva, el procedimiento sobre inscripción de electores está regulado en los artículos 3° y 4° de la Ley 163 del 31 de agosto de 1994 y es a las autoridades electorales a quienes corresponde velar porque esta actuación se ajuste a la ley; de lo contrario, recaerán en los infractores, independientemente

de las acciones penales, sanciones administrativas como la de dejar sin efecto las inscripciones viciadas.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., once (11) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Referencia: Expediente número 1412.

Actor: Ramiro de Jesús Angulo.

Electoral - Segunda Instancia.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia que en este proceso negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

LA ACCION Y SUS FUNDAMENTOS

Mediante apoderado legalmente constituido, el doctor Ramiro de Jesús Angulo Mont, demandó ante el Tribunal Administrativo de Córdoba, el acto de elección del doctor Fredy Felipe Soto Doria como alcalde del municipio de Puerto Escondido (Córdoba), para el período 1995-1997.

Como consecuencia, solicita se le cancele la credencial, se realice nueva elección y subsidiariamente, en caso de no accederse a la petición principal, se decrete la nulidad de la elección realizada en los corregimientos San Luis, Las Mujeres y San José del precitado municipio.

Se afirma en la demanda que en las elecciones realizadas el 30 de octubre de 1994, salió elegido alcalde de Puerto Escondido (Córdoba) el arquitecto Fredy Felipe Soto Doria, quien se encontraba inhabilitado para ejercer el cargo, porque al momento de su inscripción, se venía desempeñando como Presidente de la Asociación de Juntas de Acción Comunal allí en esa misma localidad y en tal condición, suscribió convenios y contratos que debían cumplirse y ejecutarse en ese municipio.

Dentro de las funciones que tenía como Presidente además de las mencionadas, estaba la de invertir recursos, manejar los contratos, celebrar subcontratos, etc.

Los contratos los explica textualmente así:

"5. El alcalde elegido, Fredy Soto Doria, es propietario del establecimiento de comercio denominado *Ferretería La Llave Ltda.,* el cual aparece matriculado en el Registro Mercantil bajo el número 20148 en esta ciudad de Montería.

"6. En el año de 1994, la Asociación Comunal de Juntas de Puerto Escondido ... representada legalmente por el doctor *Fredy Soto Doria* en su condición de Presidente, suscribió el contrato de obras número 169, celebrado entre esta Asociación y la Fiduciaria Popular S. A., con el objeto de construir varias aulas escolares en las veredas de Providencia, Tierra Dentro y Proyecto Cuatro y Bella Isabel, Plan Parejo (Los Cheres).

"7. El Alcalde electo, en su condición de propietario del Almacén y Ferretería La Llave, vendió diferentes materiales con destino al cumplimiento del contrato de obras número 149, celebrado entre la Fiduciaria Popular S. A. y la Junta de Padres de Familia de la Escuela La Milagrosa, perteneciente al municipio de Puerto Escondido...".

En el hecho 8 se aduce que algunos ciudadanos de esta localidad pidieron la anulación de las inscripciones efectuadas en los meses de julio y agosto de 1994, correspondientes a los nuevos electores del 30 de octubre de 1994 y el Consejo Nacional Electoral mediante Resolución número 310 del mes de octubre de este mismo año, accede a la petición.

Pese a lo anterior fueron muchas las personas que no podían votar y lo hicieron en un total de 480 votos.

Finalmente, se expresa que en dichas elecciones los seguidores de Soto Doria, utilizaron métodos atentatorios contra el libre ejercicio del sufragio, tales como constreñimiento al elector, compra de votos, actos de violencia contra los electores y pérdida de tarjetones.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

En el pertinente capítulo se cita el artículo 95, numerales 5° y 6° de la Ley 136 de 1994 y el artículo 223, numerales 1, 2 y 3 del C.C.A., modificado por el artículo 17 de la Ley 62 de 1968.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La apoderada que legalmente constituyó el electo alcalde (fls. 98 y ss.), en escrito presentado dentro del término de fijación en lista, formula oposición a todas las pretensiones del actor, alegando que su poderdante no se encontraba incurso en ninguna causal de nulidad para su elección y al responderse el hecho tercero, dice no ser cierto que al momento de su inscripción, desempeñaba el cargo de Presidente de Juntas de Acción Comunal del Municipio de Puerto Escondido, debido a que el

19 de mayo de 1994 presentó renuncia del mismo, siéndole aceptada en la misma fecha.

Admite ser cierto los hechos relativos a celebración de contratos, pero considera que ellos no inhabilitan a su mandante para ser elegido alcalde ni son violatorios de la ley, las razones que aduce serán motivos de examen en su oportunidad.

LA SENTENCIA RECURRIDA

La profirió el Tribunal Administrativo de Córdoba el 28 de junio de 1995 (fls. 466 y ss.) negando las pretensiones principales e inhibiéndose para fallar de mérito la subsidiaria por ineptitud sustantiva de la demanda.

Partiendo de las dos hipótesis que contempla el artículo 95, numeral 5° de la Ley 136 de 1994 en sus numerales 5° y 6°, disposiciones que se invocan como violadas, el *a quo* sostiene:

> *"3. Como se observa en el tenor literal de la norma y su contenido, el legislador hace una distinción precisa de las dos conductas, presididas ambas por distintos verbos rectores, como son: En la primera, el verbo intervenir y en la segunda, el verbo celebrar, los cuales denotan actuaciones totalmente diferentes. Por consiguiente, si bien, en lenguaje corriente podría decirse que quien celebra un contrato interviene en él, tal interpretación, que admitiría que la segunda conducta está comprendida en la primera, va contra el principio hermenéutico del efecto útil de la norma jurídica, que presumen que las disposiciones legales obedecen a un designio concreto del legislador; y de no ser así, en el presente caso, no tendría sentido que el legislador haya diferenciado claramente las dos conductas aludidas, regidas por distintos verbos que implican acciones diferentes por parte del sujeto activo".*

Con base en esta tesis, infiere que la primera conducta se refiere a la actuación de la persona en el asunto, sin llegar a la suscripción del contrato; mientras que en la segunda, la actuación debe ser directa y llegar a la suscripción, en su propio nombre o representado por otra persona. Desestima el cargo relativo al contrato 169 por considerar que al celebrarlo el demandado actuó como representante legal de la Asociación Comunal de Juntas de Puerto Escondido, o sea, un tercero, conducta que no está contemplada como causal de nulidad en el artículo 95, numeral 5° de la Ley 136 de 1994.

En el aspecto relacionado con el contrato 149 (fls. 24 y 266), suscrito entre la Fiduciaria Popular S. A. y la Junta de Padres de Familia de La Milagrosa, aduce el *a quo* que tampoco origina inhabilidad del elegido alcalde, puesto que no aparece

interviniendo o celebrando ese contrato y dicha Junta es una entidad con personería jurídica distinta de la Asociación Comunal de las Juntas y el hecho de haberle vendido a aquella materiales de construcción a través de la Ferretería La Llave, tampoco origina inhabilidad por cuanto es una entidad de carácter privado y además esos contratos se ejecutaban en el municipio de Montería.

Respecto del segundo cargo por la presunta violación del numeral 6° del mismo artículo 95, que inhabilita para ser elegido alcalde a quien haya sido representante legal de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales en el municipio, dentro de los tres meses anteriores a la elección, señala su improsperidad debido a que el demandado se desempeñó como Presidente de la Asociación Comunal de Juntas hasta el 19 de mayo de 1994, fecha de su renuncia.

En cuanto a las pretensiones subsidiarias, manifiesta que no se dio cumplimiento a los presupuestos sobre su individualización previstos en los artículos 138 y 229 del C.C.A., inobservancia que conlleva a la ineptitud de la demanda impidiendo pronunciamiento alguno.

LA APELACION

En escrito obrante a folio 483 el apoderado de la parte demandante apeló la sentencia y al sustentar el recurso ante esta Corporación, discrepa del análisis gramatical allí contenido planteando que la causal de inhabilidad está demostrada, al admitir el mismo alcalde haber contratado en representación de las asociaciones comunales para construir obras en el municipio de Puerto Escondido.

Cita el fallo proferido por esta sección el 20 de junio de 1993 en el expediente número 0961 mediante el cual se decretó la nulidad del acto allí impugnado, por violación de la misma causal ahora contemplada en el artículo 95, numerales 5° y 6° de la Ley 136 de 1994.

Finalmente considera que en su interrogatorio el alcalde reconoció haber suscrito contrato con el P.N.R., en representación de dichas asociaciones de Juntas y mal puede el Tribunal desconocer la existencia de la inhabilidad porque no se demostró la existencia del P.N.R.

ALEGACIONES DE LAS PARTES

El apoderado sustituto del demandado al descorrer el traslado para alegar de conclusión, a folios 506 y ss., manifiesta estar de acuerdo con el alcance que da el Tribunal al artículo 95, numeral 5° de la Ley 136 de 1994 y considera que "en verdad, la nulidad derivada de la celebración de contratos rige para quien lo haya celebrado, por sí o por interpuesta persona, o sea, para sí o para su propio beneficio, directamente o utilizando testaferros para simular que no lo celebra él mismo sino

persona distinta y no para quien obra en representación de un tercero, como es la circunstancia de hecho cuestionada en el proceso a propósito del contrato número 169 del seis (6) de mayo de 1994...".

En los demás aspectos sus planteamientos coinciden con los del fallo del cual solicita su ratificación.

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

La Procuradora Novena Delegada al emitir su concepto de rigor, estima respecto al primer cargo que el señor Fredy Soto Doria sí celebró el contrato número 169 con la Fiduciaria Popular S. A., pero no lo hizo como persona natural sino en representación de la Asociación Comunal de Juntas de Puerto Escondido; o sea, en interés de un tercero y para ejecutarse en este municipio, pero advierte que no se precisa si la celebración ocurrió dentro del año anterior a su inscripción, pues no se allegó la prueba de este hecho al proceso, como tampoco la idónea para establecer la naturaleza de entidad pública o descentralizada de cualquier nivel administrativo de la Fiduciaria Popular S. A.; al no estar demostrada esta circunstancia, no se configura ninguno de los eventos fácticos que exige la causal de inhabilidad relativa a este supuesto; por tanto, aduce que el cargo no puede prosperar.

En lo atinente con los demás cargos su análisis es similar al realizado en las motivaciones del fallo y por tanto los considera imprósperos.

Finalmente expresa que las causales 1, 2 y 5 del artículo 223 del C.C.A., no fueron probadas en el proceso, solicita como conclusión se confirme la sentencia apelada, pero por motivos parcialmente distintos a los del fallo.

CONSIDERACIONES

Fundamentado en cuatro cargos busca el actor obtener primordialmente en este proceso, la nulidad de la elección del ciudadano Fredy Felipe Soto Doria como alcalde del municipio de Puerto Escondido (Córdoba), para el período constitucional 1995-1997, la cancelación de su credencial y la realización de nueva elección. Subsidiariamente pretende que se decrete la nulidad de la elección realizada en los corregimientos de El Pantano, San Luis, Las Mujeres y San José, del citado municipio.

Primer cargo

Comprende dos aspectos: De una parte se indica en la demanda que el ciudadano Soto Doria se encontraba inhabilitado para ejercer el cargo de alcalde, porque al momento de su inscripción se venía desempeñando como Presidente de la Asociación de Juntas de Acción Comunal del municipio de Puerto Escondido y en ejercicio de este cargo suscribió el contrato de obras número 169, celebrado

entre esta Asociación y la Fiduciaria Popular S. A., para ser ejecutado en el antecitado municipio.

De otra parte, el elegido alcalde en su calidad de propietario del Almacén y Ferretería "La Llave", vendió diferentes materiales con destino al cumplimiento de contrato de obras número 149, celebrado entre la Fiduciaria Popular S. A. y la Junta de Padres de Familia de la Escuela La Milagrosa, perteneciente al municipio de Puerto Escondido.

Por los anteriores hechos, considera el actor quebrantado el artículo 95, numeral 5° de la Ley 136 de 1994, que al efecto prescribe:

"Artículo 95. *Inhabilidades.* No podrá ser elegido ni designado alcalde quien:

"(...)

"5. Durante el año anterior a su inscripción haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio, o en el de terceros o haya celebrado por sí, o por interpuesta persona, contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio".

En vía a determinar si en realidad el ciudadano Soto Doria estaba incurso en la causal de inhabilidad consagrada en el anterior precepto, la Sala acude a los elementos de convicción probatoria existentes en el proceso.

Halla demostrado el acto de elección impugnado, con el acta parcial de escrutinios, formulario E-26 AG, de la Comisión Escrutadora Municipal que data del 2 de noviembre de 1994 (fl. 11).

Del documento obrante a folios 14 y ss. y 275 y ss., se desprende que con fecha 6 de mayo de 1994 entre la Fiduciaria Popular S. A. y la Asociación Comunal de Juntas de Puerto Escondido, a través de sus representantes legales, se celebró un contrato de obra para ser ejecutado en jurisdicción de esta localidad.

Así mismo, aparece a folios 24 y 249 copia del contrato de obra número 149 de fecha 6 de mayo de 1994, suscrito entre la Fiduciaria Popular S. A. y la Junta de Padres de Familia de La Milagrosa a través de su representante legal, Judith del Carmen Durango.

Y del folio 34 al 41 existen varias facturas del año de 1994, según las cuales la Ferretería "La Llave" vende de contado diversos artículos al centro docente "La Milagrosa", de Puerto Escondido.

De acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, para que se dé la causal de inhabilidad objeto de examen, es necesario que se cumplan, entre otros presupuestos,

el relativo a la intervención o celebración del contrato con una entidad u organismo del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo.

Observa la Sala que el Contrato número 169 de mayo 6 de 1994 del cual básicamente se hace derivar la inhabilidad, fue celebrado por una persona jurídica de carácter privado y una sociedad de economía mixta del orden nacional, de segundo grado, asimilada al Régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 3° del Decreto 2112 de 1992 y cuya creación fue autorizada de manera general por la Ley 45 de 1990, es decir, un organismo de carácter público, cumpliendo así el presupuesto a que antes se hizo mención.

De otra parte, en el expediente no aparece prueba escrita del acto de inscripción del candidato Soto Doria a la alcaldía de Puerto Escondido, pero es razonable inferir que sí resultó elegido para este cargo en las elecciones del 30 de octubre de 1994, fue porque su inscripción la realizó dentro el término indicado por las autoridades encargadas de la organización electoral, que se extendió en relación con dichos comicios hasta el 26 de agosto de 1994. El hecho, pues, es deducible de las mismas pruebas aportadas.

Con fundamento en los anteriores elementos de juicio, queda plenamente establecido que el ciudadano demandado, actuó en el contrato 169 en representación de la entidad que funge como contratista, circunstancia que lo hace incurso en la causal de inhabilidad contemplada en el artículo 95, numeral 5° de la Ley 136 de 1994, debido a que esa intervención la realizó en interés de un tercero: La Asociación de Juntas de Acción Comunal de Puerto Escondido, durante el año anterior a su inscripción como candidato, aserto este último que se desprende del siguiente análisis:

El contrato se celebró el 6 de mayo de 1994 y de esta fecha a la que se estableció como límite para la inscripción (26 de agosto de 1994), transcurrió un término de tres meses y veinte días. Ahora, si en un supuesto caso para este cómputo se toma como base cualquiera de los días habilitados para la inscripción, es obvio que se hace más marcado el término de la inhabilidad.

La Sala no comparte la interpretación que respecto al artículo 95, numeral 5° de la Ley 136 de 1994 hace el Tribunal, en el sentido de separar las dos hipótesis que determinan la causal de inhabilidad, entendiendo que por regular cada una casos distintos, éstos se excluyen entre sí. La primera conducta -a su juicio- se refiere a la actuación de la persona sin llegar a la suscripción del contrato, mientras que en la segunda la actuación debe ser directa y llegar a la suscripción en su propio nombre o representado por otra persona. Premisas de las que concluye que el demandado actuó como representante legal de la precitada asociación, o sea, un tercero y esta conducta no está contemplada como inhabilidad en el precepto invocado.

No resulta lógico afirmar que en la suscripción de un contrato el suscriptor así obre en interés propio o en el de terceros, no interviene en él, su intervención se presenta en todo el contexto del documento y se inicia con el registro del nombre, identificación, la calidad en que ocurre el acto, etc., y se manifiesta en todo su desarrollo, en cada una de sus cláusulas hasta refrendar todo su contenido con la firma imprimiéndole el sello de legalidad. Por ello esta forma de intervención se confunde con la celebración, por cuanto quien interviene es la misma persona que lo suscribe y es la fecha del contrato y la de inscripción la que determina si se presenta o no la causal de inhabilidad contemplada en el precepto.

Respecto al contrato número 149 de mayo 6 de 1994 en el que figura como parte contratante la Fiduciaria Popular S. A., debe decirse que en esta relación no figura la Asociación Comunal de Juntas de Puerto Escondido representada por el señor Fredy Soto Doria y si bien la Ferretería La Llave, que se dice de su propiedad, aparece vendiendo en el año de 1994 diferentes artículos al centro docente La Milagrosa, según facturas de compraventa visibles a folios 34 y ss., no está probado que esta institución sea de carácter oficial; por el contrario, de acuerdo con sus estatutos (fls. 105 y ss.), es una entidad social sin ánimo de lucro y por tanto, de carácter privado.

Consecuente con lo anterior el cargo tiene vocación de prosperidad en relación con el contrato número 169, mas no con el 149, dado que las razones expuestas por el actor fueron probadas en aquel caso y no en éste.

Segundo cargo

Se basa en que el demandado en su condición de Presidente de la Asociación de Juntas Comunales de Puerto Escondido, dentro de sus funciones tenía la de suscribir convenios, contratos, invertir recursos, manejar los contratos y celebrar subcontratos, por tanto, al momento de su inscripción estaba impedido para ser elegido alcalde en virtud de la causal establecida en el artículo 95, numeral 6° de la Ley 136 de 1994, que inhabilita para ese cargo a quien haya sido representante legal de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales en el municipio dentro de los tres meses anteriores a la elección.

El cargo es infundado puesto que las elecciones se realizaron el 30 de octubre de 1994 y según documentos que obran en copias a folios 102 y 103, el señor Soto Doria el 19 de mayo de 1994 presentó renuncia como Presidente de la Asociación siéndole aceptada en la misma fecha, por estas razones no lo cobija el término de inhabilidad previsto en la norma.

Tercer cargo

Se refiere a la violación de los numerales 1°, 2° y 5° del artículo 223 del C.C.A., bajo el precario argumento de que los partidarios del alcalde electo,

ejercieron violencia, compra de votos, constreñimiento a los electores con anuencia de las autoridades en las elecciones del 30 de octubre de 1994.

Las consideraciones en que se hace la presentación del cargo no permiten su examen, puesto que se refiere a varias sindicaciones en que supuestamente incurrieron los partidarios del señor Fredy Soto Doria, pero sin explicar el sentido de ninguna de ellas; la violencia que se afirma fue ejercida contra los electores no hace parte de los supuestos de hecho en el numeral 1° del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo.

Se habla de compra de votos, constreñimiento y pérdida de tarjetones, sin ir más allá de la simple afirmación, pero además así estuvieran sustentados debidamente, estos hechos no encajan en los numerales 2° y 5° del artículo 223 del C.C.A.; constituyen sí conductas atípicas contra el libre ejercicio del sufragio que corresponde investigar y sancionar a la justicia penal.

Cuarto cargo

Se hace consistir en la modificación del registro electoral, cuando personas que no podían votar por haber sido anuladas sus inscripciones, lo hicieron con el visto bueno de los funcionarios de Puerto Escondido, hechos que se dieron fundamentalmente en los corregimientos de El Pantano, San Luis, Las Mujeres y Santafé.

En efecto, a folio 56 obra la Resolución número 310 de octubre 3 de 1994, mediante la cual el Consejo Nacional Electoral dejó sin efecto la inscripción de cédulas realizada entre el 1° de julio y el 30 de agosto de 1994 en varios municipios, entre éstos el de Puerto Escondido, pero en el numeral tercero de la resolución, se estableció una excepción en el sentido de que "podrán votar en los municipios afectados con esta medida, las personas que habiendo nacido u obtenido su cédula de ciudadanía se hayan inscrito además, en el respectivo municipio".

No indica la demanda qué norma constitucional o legal resulta quebrantada con los hechos en que se sustenta este cargo, es decir, se ignora en el proceso cuál es el orden jurídico a restablecer mediante la acción electoral en relación con el mismo.

Entiende la Sala que la omisión se explica por la elemental razón de que esos hechos no encajan en ninguna de las causales de nulidad electoral, que de acuerdo con la reiterada jurisprudencia las causales de nulidad son taxativas y de interpretación restrictiva, el procedimiento sobre inscripción de electores está regulado en los artículos 3° y 4° de la Ley 163 del 31 de agosto de 1994 y es a las autoridades electorales a quienes corresponde velar porque esa actuación se ajuste a la ley; de

lo contrario recaerán en los infractores, independientemente de las acciones penales, sanciones administrativas como la de dejar sin efecto las inscripciones viciadas.

En el *sub lite,* operó esta sanción; sin embargo, a juicio del actor personas afectadas con la decisión, votaron en el municipio de Puerto Escondido; la Sala a este respecto además de lo expuesto debe agregar, que dada la excepción contemplada en la Resolución 310 del Consejo Nacional Electoral, para acreditar el hecho es necesario determinar que las personas sufragantes no nacieron en el respectivo municipio o que allí no se les expidió su cédula, prueba que indudablemente debe ser la idónea para demostrar esos actos, no tiene sentido para este efecto la información que aparece a folios 57 y ss., por cuanto no está dada por entidad electoral alguna como del mismo documento se infiere. El cargo en consecuencia no prospera.

Finalmente, en relación con la pretensión subsidiaria de nulidad de la elección realizada en los corregimientos de El Pantano, San Luis, Las Mujeres y San José, del municipio de Puerto Escondido, ante la ambigüedad de la misma, entiende la Sala que el actor se refiere a las votaciones para alcalde consignadas en las actas de escrutinio de los jurados de votación, pues es obvio que si estos jurados no tienen la virtualidad de hacer tal declaratoria, mal puede la pretensión perseguir ese resultado, caso en el cual tratándose de actos intermedios, no son demandables independientemente del acto por medio del cual la elección se declara (art. 229 C.C.A.).

Se revocará entonces la sentencia apelada y en su lugar se decretará la nulidad del acto impugnado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, de acuerdo con la Procuradora Delegada, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

Revócase la sentencia apelada. En su lugar se declara la nulidad del acto de elección del ciudadano Fredy Felipe Soto Doria como alcalde del municipio de Puerto Escondido (Córdoba) para el período 1995-1997 y se dispone la cancelación de su credencial.

En firme este proveído, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del día seis (6) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Mirén de la Lombana de Magyaroff, Mario Alario Méndez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ALCALDE - Inhabilidades / CELEBRACION DE CONTRATO - Causal de inhabilidad a alcalde / CONTRATO ESTATAL - Perfeccionamiento

Pues bien, el motivo de inhabilidad establecido en el artículo 95, numeral 5, de la Ley 136 de 1994, contempla dos hipótesis: la primera es la intervención en interés propio o de terceros en la celebración de contratos con entidades públicas; la segunda, la celebración de contratos con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo. Uno y otro eventos, la intervención en la celebración de contratos y la celebración de los mismos, han de tener lugar dentro del año anterior a la inscripción de la candidatura, y se trata en todo caso de contratos que deban ejecutarse o cumplirse en el municipio donde resultare elegido el candidato. El período de inhabilidad, en el segundo de los supuestos, es el comprendido entre la celebración del contrato y la inscripción de la candidatura. Según lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los contratos estatales se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito. Toda intervención en la celebración de contratos y toda celebración de contratos, genera la causa de inhabilidad que se examina, aun cuando no se satisfagan a plenitud las formalidades que les son propias. Lo contrario sería suponer que sólo cuando se celebran contratos con el lleno de los requisitos legales tiene lugar la causa inhabilitante, pero que ésta no se da si el contrato se celebra, de hecho, de manera irregular. El demandado celebró contrato, por sí, con el municipio de Orito, que debía ejecutarse en ese municipio el 26 de agosto de ese año. Luego, estaba inhabilitado, de conformidad con lo establecido en el artículo 95, numeral 5, de la Ley 136 de 1994, lo cual hace nula su elección.

PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA-Improcedencia

No es posible decretar tales pruebas, porque no es esa la oportunidad en que podía el demandado solicitarlas sino, según lo dispuesto en el artículo 233, numeral 4, del Código Contencioso Administrativo, dentro del término de fijación en lista. Por lo demás, resulta improcedente la invocàción del artículo 214 del mismo Código que hace el demandado en apoyo de su solicitud, porque el trámite de la segunda instancia en el proceso electoral está sujeto a lo establecido en el artículo 251, que no prevé oportunidad para pedir ni para practicar pruebas.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: Doctor *Mario Alario Méndez.*

Radicación: número 1483.

Referencia: Demandante Digna de Jesús Ortiz Vela Electoral.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandado, señor Wilson Antonio Robles Vergara, contra la sentencia de 18 de agosto de 1995 dictada pro el Tribunal Administrativo de Nariño, mediante la cual declaró que era nulo el acto de su elección como Alcalde del municipio de Orito para el período comprendido entre 1995 y 1997.

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Digna de Jesús Ortiz Vela demandó ante el Tribunal Administrativo de Nariño se declarara la nulidad de la elección del señor Wilson Antonio Robles Vergara como Alcalde del municipio de Orito para el período comprendido entre 1995 y 1997, contenida en el acta parcial del escrutinio de los votos para alcalde de 1 de noviembre de 1994 (formulario E-26 AG); se ordenara la exclusión del cómputo general de los votos contenidos en dicha acta respecto de la declaración de elección del señor Robles Vergara y, en consecuencia, se ordenará la cancelación de la respectiva credencial y se comunicara la sentencia al señor Gobernador del departamento del Putumayo y al Concejo Municipal de Orito para lo de su cargo.

Dijo la demandante que el señor Wilson Antonio Robles Vergara se inscribió el 26 de agosto de 1994 como candidato a la Alcaldía del municipio de Orito; que

trabajó al servicio de ese municipio como contratista desde el 25 de enero de 1994, fecha en la cual suscribió conjuntamente con el Alcalde la orden de trabajo 12A para realizar varias actividades en el sector rural del mismo municipio; que una vez cumplida la labor, la Alcaldía expidió la Resolución 235 de 1994 por la cual ordenó el pago de la remuneración pactada, por valor de $502.192, pago que se hizo mediante el cheque 3525025 de 29 de marzo de 1994 de la Caja Agraria, oficina de Orito, en favor del señor Wilson Antonio Robles Vergara; que, siendo así, entre la alcaldía municipal de Orito y el nombrado ciudadano se efectuó una operación contractual, lo cual lo hacía inhábil para ejercer el cargo de alcalde municipal, según lo establecido en el artículo 95, numeral 5, de la Ley 136 de 1994, que citó como violado.

Citó también como violado el artículo 315 de la Constitución, en concordancia con el artículo 123, inciso primero, de la misma, según los cuales es atribución del alcalde cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los decretos, las ordenanzas y los acuerdos, que no podrá hacer cumplir, dijo, si comienza violándolos.

El demandado, señor Wilson Antonio Robles Vergara, al dar contestación a la demanda expresó que no ha celebrado contrato alguno con el municipio de Orito, que una simple orden de trabajo no es un contrato y que no se encuentra incurso en ninguna de las causales de inhabilidad establecidas en la Ley 136 de 1994; y respecto de la alegada violación de los artículos 123 y 315 de la Constitución, dijo que cumplía a cabalidad sus funciones de alcalde y además que ello no era materia de decisión en este proceso.

II. LA SENTENCIA APELADA

Es la sentencia de 18 de agosto de 1995 dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño, mediante la cual declaró la nulidad del acto de elección del señor Wilson Antonio Robles Vergara como Alcalde del municipio de Orito para el período comprendido de 1995 a 1997 y dispuso que, una vez en firme la sentencia, quedara sin efecto la respectiva credencial, el Gobernador del Putumayo diera cumplimiento en lo pertinente a lo establecido en los artículos 106 y 107 de la Ley 136 de 1994 y se enviaran las comunicaciones correspondientes al Gobernador de Putumayo, al Presidente del Concejo y al Registrador Municipal de Orito.

Dijo el Tribunal que la elección del señor Robles Vergara es nula porque recaía en él una causal de inhabilidad, pues celebró el contrato contenido en la orden de trabajo 12-A de 25 de enero de 1994 de la Alcaldía Municipal de Orito, en desarrollo de la cual ejecutó trabajos de asesoría técnica para proyectos específicos tendientes al mejoramiento de instalaciones en los centros de educación básica primaria; que de acuerdo con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, las labores realizadas por el señor Robles Vergara a partir de la orden de trabajo 12-A

constituyen el cumplimiento de un contrato con obligaciones a cargo del municipio de Orito y del contratista; que esa orden de trabajo y su aceptación constituyen un contrato simplificado, y que así las cosas, el elegido se encuentra incurso en la causal de inhabilidad establecida en el artículo 95, numeral 5 de la ley 136 de 1994, porque celebró contrato con la Alcaldía municipal de Orito dentro del año anterior a su inscripción como candidato, lo que hace nula su elección.

III. LA APELACION

Contra la anterior sentencia el demandado interpuso recurso de apelación.

Dijo el demandado que nunca existió contrato alguno, que una simple orden de trabajo no es un verdadero contrato y que a la demanda no se allegó póliza de cumplimiento y garantía ni constancia de existencia de apropiación presupuestaria que son requisitos previos para su legalización; que el Tribunal acogió equivocadamente la opinión de que el pretendido contrato no reúne los requisitos legales por razones de urgencia manifiesta, en los términos del artículo 42 de la Ley 80 de 1993, pero que si ello fue así debió probarse la existencia de esa urgencia manifiesta que tuvo que haber sido declarada, según la disposición legal, mediante acto administrativo motivado, que no aparece en el proceso y por lo cual, en aplicación de lo establecido en los artículos 212 y 214 del Código Contencioso Administrativo, debe el Consejo de Estado decretar la prueba correspondiente y pedir a la Alcaldía de Orito envíe copia auténtica del dicho acto administrativo, pues de no existir esta apreciación del Tribunal carece de fundamento; que es manifiesto que los hechos enunciados en la demandada no coinciden con los supuestos en que se basó la sentencia, que por lo mismo es incongruente, siendo que en la enunciación de los hechos de la demanda no se menciona que se hayan realizado proyectos, visitas de campo, cotizaciones y demás, ni que se hubiera declarado la urgencia manifiesta como medida previa para la celebración del pretendido contrato, como se hizo en la sentencia, y que tales consideraciones las dedujo el Tribunal de algunos proyectos que obran en el proceso, que fueron anexados en copias informales, sin ningún valor probatorio, con violación de lo dispuesto en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil.

Se refirió el demandado a los principios de igualdad e independencia judicial y dijo que ambos han de recibir un grado satisfactorio de aplicación y sus exigencias han de ser satisfechas mutuamente, y comparó la sentencia apelada con otra proferida en asunto similar por el mismo Tribunal mediante la cual fueron denegadas las pretensiones de la demanda por considerar que no hubo contrato alguno a pesar de existir un contrato escrito y censura que habiéndose probado la inexistencia de contrato en el presente caso o que aun existiendo no se cumplieron los requisitos

de ley, no se hubiera tomado la misma decisión en el sentido de denegar las pretensiones de la demanda.

En nuevo escrito, dijo el demandado que la ley 136 de 1994 entró en vigencia el 30 de noviembre de ese año, cuando ya había sido elegido Alcalde de Orito y declarada su elección el 1 de noviembre de 1994, luego tenía a su favor una situación subjetiva y concreta consolidada a la luz de la normativa entonces vigente, que no contemplaba la causal de inhabilidad prevista en el artículo 95, numeral 5, de la Ley 136 de 1994, y que por ello su elección no puede ser declarada nula, pues se estaría dando efecto retroactivo a la ley.

Dijo también que la sentencia impugnada desconoce el principio de la buena fe y solicitó que, para el caso, dejara de aplicarse el artículo 95, numeral 5 de la Ley 136 de 1994, por ser contrario al artículo 83 de la Constitución, porque cuando fue elegido estaba vigente una normativa que nada le censuraba a su conducta anterior.

Dentro del término del traslado en la segunda instancia, alegó la demandante y dijo que estaba probado que el señor Wilson Antonio Robles Vergara celebró contrato con el municipio de Orito durante el año anterior a la inscripción de su candidatura, que se ejecutó y cumplió en el mismo municipio; que de conformidad con lo establecido en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 para la existencia del contrato no se requiere más que el acuerdo de voluntades expresado escrito, y que las llamadas órdenes de trabajo son acuerdos de voluntades suscrito en formularios preestablecidos por la entidad estatal.

IV. LA OPINION DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuraduría Décima Delegada ante el Consejo de Estado rindió su concepto número 9.895 el 15 de noviembre de 1995.

Dijo la Procuraduría, en síntesis, que la causal de inhabilidad establecida en el artículo 95, numeral 5, de la Ley 136 de 1994, está referida a la celebración de contratos de cualquier naturaleza y que, en el presente caso, la orden de trabajo constituye una modalidad contractual de la administración, de donde concluyó que debía ser confirmada la sentencia apelada por la cual se declaró la nulidad de la elección del señor Wilson Antonio Robles Vergara como Alcalde del municipio de Orito. Y advirtió que la Ley 136 de 1994 entró en vigencia el 2 de junio de 1994 y que, por tanto, resultaba aplicable a las elecciones en que resultó elegido el demandado, que se celebraron el 30 de octubre de 1994.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El artículo 95, numeral 5, de la ley 136 de 1994, dice así:

"Artículo 95. Inhabilidades. No podrá ser elegido ni designado alcalde quien:

...

5. Durante el año anterior a su inscripción haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio, o en el de terceros o haya celebrado por sí, o por interpuesta persona, contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

..."

Ante todo es preciso señalar, como hubieron de hacerlo la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto de 24 de agosto de 1994 (expediente 631) y esta Sala en sentencias de 14 de julio (expediente 1.310), 24 de agosto (expediente 1.362), 11 de septiembre (expediente 1.361) y 7 de noviembre (expediente 1.415), todas de 1995, entre otras, que la citada Ley 136 entró en vigencia el 2 de junio de 1992, fecha de su publicación, y que por tanto regía para las elecciones que se celebraron el 30 de octubre de 1994, siendo además que, según lo establecido en el artículo 18 de la Ley 153 de 1887, las leyes que por motivos de moralidad, salubridad o utilidad públicas restrinjan derechos amparados por ley anterior, y aquélla lo fue, tienen efecto general inmediato.

Pues bien, el motivo de inhabilidad establecido en el artículo 95, numeral 5, de la ley 136 de 1994, contempla dos hipótesis: la primera es la intervención en interés propio o de terceros en la celebración de contratos con entidades públicas; la segunda la celebración de contratos con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo. Uno y otro eventos, la intervención en la celebración de contratos y la celebración de los mismos, han de tener lugar dentro del año anterior a la inscripción de la candidatura, y se trata en todo caso de contratos que deban ejecutarse o cumplirse en el municipio donde resultare elegido el candidato.

El período de inhabilidad, en el segundo de los supuestos, es el comprendido entre la celebración del contrato y la inscripción de la candidatura.

En el presente caso, la transgresión del artículo 95, numeral 5, de la Ley 136 de 1994, se hace derivar de un contrato celebrado por el señor Wilson Antonio Robles Vergara con el municipio de Orito para la realización de varios proyectos en ese municipio.

Está probado en el proceso que el señor Wilson Antonio Robles Vergara se inscribió el 26 de agosto de 1994 como candidato a Alcalde del municipio de Orito para las elecciones que habrían de celebrarse el 30 de octubre del mismo año, según consta en el acta de solicitud, constancia de aceptación e inscripción de

candidatos correspondiente (formulario E-6AG) (folio 6), y que fue elegido Alcalde de ese municipio para el período de 1995 a 1997, como consta en el acta parcial del escrutinio de los votos para alcalde de 1 de noviembre de 1994 (formulario E 26AG) (folio 5).

Obra también en el proceso, en copia auténtica, la orden de trabajo número 12A de 25 de enero de 1994 de la Alcaldía Municipal de Orito, dirigida al demandante, que dice así: "Esta usted autorizado para con cargo a la administración (sic) MUNICIPAL Y CON DESTINO A LA CONFINANCIACION DE OBRAS CON EL P. N. R., EJECUTAR LOS SIGUIENTES PROYECTOS:

"Establecimiento y/o lugar		**Actividad**
E.R.M. SANTA LUCIA	–	UNIDAD SANITARIA Y POZO SEPTICO
E.R.M. BALSAMO	–	UNIDAD SANITARIA Y POZO SEPTICO
E.R.M. BURDINES	–	UNIDAD SANITARIA Y POZO SEPTICO
E.R.M. NUEVA ESPERANZA	–	UNIDAD SANITARIA Y POZO SEPTICO
E.R.M. SUCUMBIOS	–	REMODELACION Y TERMINACION UNIDADSANITARIA
VEREDA PORTUGAL	–	CONSTRUCCION ACUEDUCTO
VEREDA SUCUMBIOS	–	CONSTRUCCION ALCANTARILLADO

TODO POR UN VALOR TOTAL DE : QUINIENTOS DOS MIL CIENTO NOVENTA Y DOS PESOS ($502.192.00) MDA/CTE" (folio 9).

Obran, igualmente, en copias auténticas, la constancia de 17 de marzo de 1994 suscrita por el Director de Obras Públicas Municipales de Orito sobre la ejecución de los trabajos de asesoría técnica realizados por el demandado en cumplimiento de la orden de trabajo 12A de enero 25 de 1994 mencionada (folio 8); la cuenta de cobro 1.483 de la misma fecha según, la cual el Municipio de Orito debe al demandado, por concepto de pago de la orden 12A por trabajo de ejecución de los proyectos, la suma de $502.192, menos descuentos, para un saldo neto de $446.951 (folio 10); la factura de 17 de marzo de 1994 suscrita por el demandado por valor de $502.192 para el pago de los trabajos a que corresponde la orden de trabajo 12A de 25 de enero de 1994 (folio11); la Resolución 235 de 23 de marzo de 1994 mediante la cual el Alcalde de Orito reconoce y autoriza el pago de la cuenta 1483 a favor del señor Robles Vergara por la suma de $502.192 (folio 12), y el cheque 3525025 de 29 de marzo de 1994 de la Caja Agraria, oficina de Orito, por la suma de $446.951, pagadero a la orden de Wilson Robles, que tiene impreso un sello de la Alcaldía de Orito y otro que indica que fue pagado en la misma fecha (folio 13).

De los anteriores documentos se desprende la existencia de un contrato celebrado entre la entidad municipal y el señor Wilson Antonio Robles Vergara, puesto que indica un acuerdo de voluntades sobre el objeto y la contraprestación. Según lo dispuso en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los contratos estatales se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito, y ello ocurrió, según se advierte.

Ahora bien, sostiene el demandado que una simple orden de trabajo no puede asimilarse a un contrato o que, siendo así, no cumple los requisitos legales puesto que no se acompañó póliza de cumplimiento y garantía ni constancia de existencia de apropiación presupuestaría, que son requisitos previos para su legalización; que tampoco se demostró la urgencia manifiesta para realizar el referido contrato sin el lleno de los requisitos legales mediante la prueba del acto administrativo motivado por el cual se hubiera declarado.

Es otra la opinión de la Sala. Según lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, se repite, los contratos estatales se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

Pero, además, advierte la Sala, toda intervención en la celebración de contratos y toda celebración de contratos, genera la causa de inhabilidad que se examina, aun cuando no se satisfagan a plenitud las formalidades que le son propias. Lo contrario sería suponer que sólo cuando se celebran contratos con el lleno de los requisitos legales tienen lugar la causa inhabilitante, pero que ésta no se da si el contrato se celebra, de hecho, de manera irregular. Además, no corresponde a esta Sala establecer la validez del contrato.

Los demás elementos probatorios existentes en el proceso, tales como la certificación de 5 de abril de 1995 del Director de la Unidad Departamental Especializada de Cofinanciación Udeco, según la cual no existe contrato alguno celebrado entre el municipio de Orito y el señor Wilson Antonio Robles Vergara (folio 56); la información del Tesorero Municipal de Orito contenida en oficio de 17 de abril de 1995 en el sentido de que no existe en los archivos de la Tesorería contrato alguno firmado por el señor Wilson Antonio Robles Vergara (folios 150), y la constancia del Director de Obras Públicas de Orito de que no existe contrato firmado entre el citado municipio y el elegido (folio 151), no son bastantes para desvirtuar la existencia del contrato celebrado entre el municipio de Orito y el señor Robles Vergara, según lo expuesto.

Tampoco los testimonios recibidos en el presente proceso a los señores Fernando Matuk Gutiérrez, Gerardo Ramírez Márquez, José Benedicto Vásquez Yela y José Ricardo Burbano Bárcenas (folios 139 a 146) que, por el contrario, ponen de manifiesto que en el año de 1994 se conformó un grupo de trabajo con

algunos ingenieros y arquitectos del municipio, entre ellos el señor Wilson Antonio Robles Vergara.

De acuerdo con lo anterior, el demandado celebró contrato, por sí, con el municipio de Orito, que debía ejecutarse en ese municipio, el 25 de enero de 1994, y se inscribió como candidato a la Alcaldía del mismo municipio el 26 de agosto de ese año. Luego, estaba inhabilitado, de conformidad con lo establecido en el artículo 95, numeral 5, de la Ley 136 de 1994, lo cual hace nula su elección.

Finalmente, y en lo que se refiere a la petición de pruebas formulada por el demandado en memorial mediante el cual sustentó la apelación, cabe señalar que no es posible decretar tales pruebas, porque no es esa la oportunidad en que podía el demandado solicitarlas sino, según lo dispuesto en el artículo 233, numeral 4, del Código Contencioso Administrativo, dentro del término de fijación en lista. Por lo demás, resulta improcedente la invocación del artículo 214 del mismo Código que hace el demandado en apoyo de su solicitud, porque el trámite de la segunda instancia en el proceso electoral está sujeto a lo establecido en el artículo 251, que no prevé oportunidad para pedir ni para practicar pruebas.

VI. DECISION

En mérito de lo anteriormente 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 de 18 de agosto de 1995 dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño, mediante la cual declaró nulo el acto de elección del señor Wilson Antonio Robles Vergara como Alcalde del municipio de Orito para el período de 1995 a 1997.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Mario Alario Méndez, Mirén de la Lombana de Magyaroff, Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

DEMANDA - Ineptitud / INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES - Configuración / ACCION DE NULIDAD Y ACCION DE NULIDAD ELECTORAL - Improcedencia

En la demanda se produjo indebida acumulación de pretensiones, pues la primera busca, con acción de simple nulidad, se declare nulo un acto de contenido general y abstracto, creador de situación jurídica impersonal, cual es el de la resolución por la cual el Registrador Nacional del Estado Civil fijó el número de concejales a elegir en los municipios que integran la circunscripción electoral de Cundinamarca. Y la segunda, que una vez en firme la nulidad del acto dicho se proceda, por la autoridad administrativa que lo profirió, a determinar el número de concejales a elegir en los aludidos comicios por los municipios de Cundinamarca. La tercera pretensión, en cambio, es de naturaleza estrictamente electoral, pues pide que una vez efectuada esa determinación, se proceda a declarar elegidos concejales a los candidatos que corresponda expidiendo las credenciales que les acrediten esa investidura, para lo cual se requeriría la previa anulación de los actos que declararon la elección de concejales en esa circunscripción en las elecciones del 30 de octubre de 1994. Esta última pretensión es, pues, ajena a lo que cabe dilucidar en proceso seguido con acción simple de nulidad, por lo que al respecto habrá de inhibirse la Sala de decidir.

NUMERO DE CONCEJALES A ELEGIR POR MUNICIPIO - Régimen Aplicable / NORMA TRANSITORIA - Efectos

En cuanto a la determinación del número de concejales a elegir en cada municipio los artículo 26 del Código Electoral, y 2 de la Ley 15 de 1998, por no contrariar disposición alguna permanente de la Constitución, se encuentran vigentes. Esas disposiciones, en armonía con el artículo 22 de la Ley 136 de 1994, sirvieron de

fundamento al acto acusado que, por consiguiente, no es contrario a la Constitución y, en cambio, tiene apoyo legal. Por ello carecen de vocación de prosperidad las pretensiones primera y segunda de la demanda, más aún porque resultaría absurdo que los más recientes datos de población aportados por el DANE, cifras de población a que se refiere el artículo 2 de la Ley 15 de 1988, "... son los acogidos por la Constitución de 1991 en su artículo 54 transitorio..." como lo expresa el actor, pues ello equivaldría a que una norma legal convierte en permanente un canon constitucional transitorio, no obstante ser aquella anterior a la Constitución.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., diciembre catorce (14) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: *Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente número 1510.

Actor: Luis Felipe Espinosa.

I. El señor Luis Felipe Espinosa, obrando en su propio nombre y con acción de simple nulidad, solicita se hagan las siguientes declaraciones:

"1. Que es nula la Resolución número 5649 de fecha agosto 17 de 1994, expedida por el señor Registrador Nacional del Estado Civil, mediante la cual se fija el número de concejales que puede elegir cada municipio de la circunscripción electoral de Cundinamarca.

"2. Una vez ejecutoriada la sentencia que ponga fin a la presente acción, se comunique a la autoridad administrativa que profirió el Acto, para que cumpla con determinar el número de Concejales que en realidad le corresponde elegir a los municipios de Cundinamarca.

"3. Que como consecuencia de lo anterior se le expida la credencial como concejales a los ciudadanos que fueron elegidos el 30 de octubre de 1994".

Los hechos que sirven de fundamento a esas pretensiones son en síntesis, los siguientes:

1. Por Resolución número 5649 del 17 de agosto de 1994, el Registrador Nacional del Estado Civil fijó el número de concejales a elegir en cada municipio de la circunscripción electoral de Cundinamarca.

2. El Registrador dictó el acto acusado en el ejercicio de las funciones previstas en la ley pero adujo como consideración lo previsto por el artículo 2° de la Ley 15 de 1988, es decir, que las cifras de población serán las que corresponden a las más recientes elaboradas para la totalidad de los municipios del país por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

3. La C. Política de 1991, en su artículo 54 transitorio, estableció que para todos los efectos legales y constitucionales se adoptaba el Censo Nacional de Población y Vivienda realizado el 15 de octubre de 1985.

4. En 1993 se realizó un censo pero no se ha acogido por ley de aprobación.

5. La Resolución impugnada está determinando el número de Concejales por la circunscripción de Cundinamarca con base en datos que están en revisión por el DANE, desconociendo el artículo 54 transitorio.

Como disposiciones violadas y concepto de la violación, manifiesta que al expedirse la Resolución 5649 del 17 de agosto de 1994 se desconoció el artículo 54 transitorio de la C. P., pues el Registrador procedió como si no existiera.

Agrega que el artículo en mención acoge para todos los efectos el censo realizado en 1985, el cual ha debido acatarse al expedir el acto acusado conforme a lo previsto en el artículo 22 de la Ley 136 de 1994.

La determinación del número de concejales es mandato legal para el Registrador, que debe hacerlo teniendo en cuenta un número de habitantes señalado en la ley, lo que lleva a que el Registrador deba proceder conforme al artículo 54 transitorio constitucional.

La Constitución de 1991 llena el vacío que se venía presentando porque no existían datos legales sobre el número de habitantes del país, lo que significa que el Registrador debió tener en cuenta los datos del censo de 1995 y no los del DANE conforme al artículo 2° de la Ley 15 de 1988, que establece que la cifra de población será la correspondiente a la totalidad de los municipios del país.

II. TRAMITE DEL PROCESO

Mediante auto del 26 de enero de 1995 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidió remitir por competencia el expediente a esta Corporación, en la cual, por auto del 24 de marzo de 1995 la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo admitió la demanda.

En la oportunidad legal el Registrador Nacional del Estado Civil, por intermedio de apoderado, la contestó.

Allí, respecto de los hechos manifiesta que son ciertos los señalados como primero, segundo y cuarto. El tercero, señala, no constituye un hecho y sobre el quinto anota que no es cierto, porque el número de concejales por elegir en cada municipio de Cundinamarca y en el resto del país, se efectuó con base en las cifras de población más recientes suministradas por el DANE conforme al artículo 2° de la Ley 15 de 1988 sin desconocer precepto alguno, porque el artículo 54 transitorio de la C. N. hace relación exclusiva al Censo Nacional de Población y Vivienda, por lo cual no sirve de base para determinar el número de concejales que corresponde elegir a cada municipio.

En relación con las disposiciones violadas y el concepto de violación, manifiesta que partiendo de las elecciones de 1986 la composición de los concejos se determinó con base en los artículos 67 y 68 del Decreto 1333 de 1986. En las elecciones del 13 de marzo de 1988 los artículos 67 y 68 fueron modificados por la Ley 15 de 1988 por lo que esta ley derogó lo que fueron los datos del último censo como base para determinar en qué rango de población se debía incluir cada municipio para efectos de calcular el número de miembros del concejo municipal y dejó como fuente las cifras de población más recientes elaboradas por el DANE.

El 11 de marzo de 1990 y del 8 de marzo de 1992, las cifras en mención se determinaron conforme a lo previsto por la Ley 15 de 1988; para estas últimas ya se había expedido la C. P. de 1991, no obstante lo cual se aplicó el citado artículo 2° de la Ley 15 de 1988.

La Ley 136 de 1994, artículo 22, fijó los rangos de población quedando vigente el precepto de la Ley 15 de 1988.

De lo anterior concluye que el espíritu de la ley ha sido que la base debe reflejar la población real de las entidades territoriales, como lo estableció la Ley 15 de 1988, al eliminar el concepto de "censo de población" y vivienda como requisito para efectuar los cálculos en mención.

La Ley 15 citada no riñe con el artículo 54 transitorio de la C. P., porque no hay duda que los resultados del censo de 1995 son los que se deben aplicar a todas las situaciones en las cuales la ley lo disponga expresamente, pero para el caso que se estudia se determinó que no fuera el censo sino las cifras de población más recientes, elaboradas para la totalidad de los municipios, la base para calcular el número de los miembros de dichas corporaciones.

Resalta que las disposiciones constitucionales deben reglamentarse y que existiendo norma clara en el caso en estudio era procedente aplicarla.

Recalca que la información del DANE no tiene carácter de censo, porque el válido es el del 15 de octubre de 1985 como lo dispone la Constitución y que

erróneamente se denomina así el realizado en 1993, que no tiene esa categoría porque es sólo relación de datos de población más reciente.

En su concepto, censo de población es el género y cifras de población la especie, por lo que al indicar la ley que deben aplicarse las cifras de población se debe limitar a las que envía el DANE y no a un todo genérico como lo pretende la demanda. Además, las cifras de población, anota, se refieren exclusivamente a la población o habitantes, situación prevista en la Ley 15 citada.

De otra parte considera que las declaraciones solicitadas a la Corporación en la demanda resultan inocuas porque el acto, aunque de carácter general, tiene efectos de carácter particular y ya se cumplieron. Los actos administrativos consecuencia de las elecciones se encuentran en firme por lo que aquel se debió impugnar antes de las elecciones o dentro de los veinte días siguientes a la elección.

Agrega que el acto acusado tenía por fin establecer el número de concejales, hecho que se cumplió sin ser impugnado y perdió su vigencia; en consecuencia cualquier nulidad no afectaría la validez de los proferidos con posterioridad.

A lo anterior adiciona que el demandante incurre en indebida acumulación de pretensiones o en error de conocimiento, porque la declaratoria de elección ya se produjo y a los ciudadanos o les fueron entregadas las credenciales por lo que si se busca que se entreguen otras credenciales se debió acudir a la acción electoral ya caducada y que se maneja por un trámite distinto. No se puede pretender la nulidad de un acto administrativo diferente para efectuar los actos declaratorios de elección, sólo anulables por las circunstancias previstas en los artículos 223 y 227 del C. C. A.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada ante la Corporación solicita denegar las pretensiones, porque la norma constitucional que se invoca como fundamento del libelo tuvo vigencia temporal.

En 1993, dos años después de emitida la nueva Constitución, fue realizado un censo de población por lo que al momento de ejercer sus funciones el Registrador debía consultar los datos que arrojara ese último censo sobre la realidad nacional.

CONSIDERACIONES

Se solicita declarar la nulidad de un acto anterior al de la elección de concejales por la circunscripción de Cundinamarca: aquel mediante el cual se estableció el número de concejales a elegir en la citada circunscripción, para que con base en esa anulación se determine el número de concejales a elegir y se expidan las credenciales a los ciudadanos que resultaren elegidos.

Es de advertir, de entrada, que en la demanda se produjo indebida acumulación de pretensiones, pues la primera busca, con acción de simple nulidad, se declare nulo un acto de contenido general y abstracto, creador de situación jurídica impersonal, cual es el de la resolución por la cual el Registrador Nacional del Estado Civil fijó el número de concejales a elegir en los municipios que integran la circunscripción electoral de Cundinamarca. Y la segunda, que una vez en firme la nulidad del acto dicho se procesa, por la autoridad administrativa que lo profirió, a determinar el número de concejales a elegir en los aludidos comicios por los municipios de Cundinamarca.

La tercera pretensión, en cambio, es de naturaleza estrictamente electoral, pues pide que una vez efectuada esa determinación, se proceda a declarar elegidos concejales a los candidatos que corresponda expidiendo las credenciales que les acrediten esa investidura, para lo cual se requeriría la previa anulación de los actos que declararon la elección de concejales en esa circunscripción en las elecciones del 30 de octubre de 1994.

Esta última pretensión es, pues, ajena a lo que cabe dilucidar en proceso seguido con acción de simple nulidad, por lo que al respecto habrá de inhibirse la Sala de decidir.

Ahora bien: como lo destaca el actor, es indudable que el constituyente de 1991 adoptó los resultados del censo nacional de población y vivienda realizado el 15 de octubre de 1985 para todos los efectos constitucionales y legales, entre ellos los electorales.

Fueron precisamente éstos los que llevaron a expedir, pero con carácter transitorio, esa disposición, como que para el 27 de octubre de 1991 el artículo 1° transitorio de la Constitución convocó a elecciones generales del Congreso de la República, entre ellas las de Representantes a la Cámara por las circunscripciones territoriales, en sustitución de los elegidos en 1990.

Por su mismo carácter, de norma transitoria, no es dable entender, entonces, que esa disposición tendría vigencia sin límite en el tiempo como para regular, con base en el Censo de Población y Vivienda de 1985, el número de concejales a elegir en octubre 30 de 1994. Su temporalidad hace que una vez cumplidos los efectos buscados por el Constituyente en los aludidos comicios de octubre de 1991 dicha norma dejara de regir, por lo que lo concerniente a esa materia quedó deferido a la ley.

En cuanto a la determinación del número de concejales a elegir en cada municipio los artículos 26 del Código Electoral, y 2 de la Ley 15 de 1988, por no contrariar disposición alguna permanente de la Constitución, se encuentran vigentes.

Esas disposiciones, en armonía con el artículo 22 de la Ley 136 de 1994, sirvieron de fundamento al acto acusado que por consiguiente, no es contrario a la Constitución, en cambio, tiene apoyo legal. Por ello carecen de vocación de prosperidad las pretensiones primera y segunda de la demanda, más aún porque resultaría absurdo que los más recientes datos de población aportados por el DANE, cifras de población a que se refiere el artículo 2° de la Ley 15 de 1988, "... son los acogidos por la Constitución de 1991 en su artículo 54 transitorio..." como lo expresa el actor, pues ello equivaldría a que una norma legal convierte en permanente un canon constitucional transitorio, no obstante ser aquella anterior a la Constitución.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta en pleno acuerdo con el concepto de la Procuradora delegada colaboradora y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. Deniégase la nulidad de la Resolución número 5649 de agosto 17 de 1994, expedida por el Registrador Nacional del Estado Civil para fijar el número de concejales a elegir en cada municipio de Cundinamarca. Por ende, también se deniega la pretensión encaminada a que se efectúe nueva determinación del número de concejales de los municipios de la circunscripción electoral citada.

2. Declárase inhibida la Sala para pronunciarse acerca de la pretensión tercera de la demanda.

Cópiese, notifíquese y ejecutoriado este fallo, archívese el expediente.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente; *Mirén de la Lombana de M.* (Salvó el voto), *Luis Eduardo Jaramillo M., Mario Rafael Alario Méndez.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ACCION DE NULIDAD ELECTORAL - Actos demandables / ACTO DEFINITIVO DECLARATORIO DE UNA ELECCION - Impugnación

La resolución de la Registraduría no es susceptible de ser demandada en forma separada pues resulta ser un acto anterior al de elección que de alguna manera lo condiciona, por lo que su impugnación debe efectuarse conjuntamente con la de este último, o sea, al acusar el acto definitivo declaratorio de una elección en particular. Mediante la acción de nulidad de carácter electoral pueden estudiarse los aspectos que aunque sean anteriores a la elección influyan en ella, siempre que no se trate de asuntos que por sus características deban ser impugnados mediante un contencioso subjetivo de anulación, y es posible estudiar si en el caso concreto el acto anterior se ajustó o no a la ley y la incidencia que tiene en el acto definitivo acusado.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Radicación número 1510.

Actor: Luis Felipe Espinosa.

SALVAMENTO DE VOTO

Con el mayor respeto me permito salvar el voto a la decisión adoptada en la providencia que antecede por las siguientes razones:

La demanda solicita la anulación de la resolución mediante la cual el Registrador estableció el número de concejales por elegir en la circunscripción de Cundinamarca y, con base en tal anulación, se determine dicho número y se declare la elección de los Concejales por la citada circunscripción.

En mi concepto, la resolución de la Registraduría no es susceptible de ser demandada en forma separada pues resulta ser un acto anterior al de elección que de alguna manera lo condiciona, por lo que su impugnación debe efectuarse conjuntamente con la de este último, o sea, al acusar el acto definitivo declaratorio de una elección en particular.

Mediante la acción de nulidad de carácter electoral pueden estudiarse los aspectos que aunque sean anteriores a la elección influyan en ella, siempre que no se trate de asuntos que por sus características deban ser impugnados mediante un contencioso subjetivo de anulación, y es posible estudiar si en el caso concreto el acto anterior se ajustó o no a la ley y la incidencia que tiene en el acto definitivo acusado.

En tales condiciones estimo que la decisión debió ser inhibitoria en su totalidad y no de manera parcial como lo decidió la Sala en la providencia que da origen a este salvamento.

De los señores Consejeros,

Mirén de la Lombana de Magyaroff.

Fecha, *ut supra.*

CONTRALOR MUNICIPAL - Inhabilidades / NORMA CONSTITUCIONAL CERRADA - Inhabilidades de contralores

La norma transcrita artículo 272 C.P. hace parte del título X "De los organismos de control", Capítulo I "De la Contraloría General de la República" y hace referencia de manera concreta al control fiscal en las entidades territoriales. De la lectura completa de la disposición, se deduce que mientras en algunos de los temas defiere a la ley su reglamentación, en otros lo hace directamente y no menciona la posibilidad de que el legislador amplíe las condiciones establecidas en la Constitución. En el caso concreto de las inhabilidades de los contralores, sucede esto último pues establece de manera expresa cuáles son las correspondientes pero no defiere a la ley complementarlas o ampliarlas. Es decir, como lo ha dicho en anteriores oportunidades la Sala se trata de una norma cerrada. De lo anterior se sigue que las inhabilidades alegadas en la demanda no se pueden aplicar a una persona elegida como contralor municipal, porque su contenido va más allá de la previsión constitucional y por ello debe aplicarse esta última.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: Doctora *Mirén de la Lombana de Magyaroff.*

Radicación número 1484.

Referencia: Apelación sentencia.

Actor: Camilo Ayubi Camargo.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 31 de agosto de 1995, por la cual el Tribunal

Administrativo de Córdoba denegó las súplicas de la demandá que solicitó la nulidad de la elección como Contralor del municipio de Ayapel del señor Alfonso Gabriel Miranda Buelvas para el período 1995-1997.

ANTECEDENTES

El demandante de la referencia obrando en su propio nombre, por intermedio de Apoderado en ejercicio de la acción pública de nulidad de carácter electoral, solicita la declaratoria de nulidad del acuerdo del 8 de enero de 1995 por el cual se eligió al señor Alfonso Gabriel Miranda Buelvas como Contralor del municipio de Ayapel para el período 1995-1997, contenida en el acta N° 4 del 8 de enero de 1995 que recoge la sesión del Concejo municipal de dicha fecha.

Los hechos narrados en el libelo se resumen así:

1. Mediante acuerdo del 8 de enero de 1995 se eligió Contralor Municipal de Ayapel.

2. El elegido fue contratista del Hospital San Jorge de Ayapel durante el año anterior a la elección y se ejecutó en el mismo municipio en que se le designó Contralor.

3. En tales condiciones, el doctor Gabriel Miranda Buelvas estaba inhabilitado a términos de lo previsto por el numeral 5 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 aplicable conforme al artículo 163 ordinal c) de la misma ley.

4. Que, igualmente, prestó sus servicios como abogado sustituto del municipio de Ayapel en la investigación penal radicada bajo el N° 0180 durante el año anterior. Tal actuación lo convierte en contratista del municipio como abogado gestor lo que también lo inhabilita con fundamento en la misma disposición.

Invoca como violados el ordinal c) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994 en concordancia con el artículo 95-5 *ibidem.*

5. Por lo anterior, la elección del doctor Miranda Buelvas es nula por estar incurso en varias causales de inhabilidad.

Manifiesta como fundamento del cargo lo expresado al narrar los hechos numerados como 2 a 4.

Mediante auto fechado el 5 de abril de 1995, el Tribunal Administrativo de Córdoba resolvió admitir la demanda e imprimirle el trámite correspondiente.

El elegido se presentó al juicio por intermedio de apoderado para oponerse a las pretensiones de la demanda. En relación con los hechos, manifestó que es parcialmente cierto el narrado bajo el número 1; no son ciertos el 2, el 3, y el 4.

Explica que la elección de Contralor no se hace por acuerdo y que el contratista era el doctor Daza que sustituyó el poder al elegido quien no recibió honorarios por ello.

Se opone al primero de los cargos con fundamento en que el contrato se celebró en octubre 8 de 1993 y la inscripción para la elección como Contralor se produjo el 15 de noviembre de 1994. Es decir transcurrió más de un año entre los dos extremos previstos por lo que no existe la inhabilidad.

Debe, continúa, tomarse en cuenta la fecha de celebración tal como lo dice la jurisprudencia de esta Corporación que cita y transcribe en sus apartes pertinentes.

La sustitución del poder no se puede considerar como contrato con el municipio porque faltan los elementos de acuerdo de voluntades sobre los servicios y los honorarios y ello no se llevó a cabo.

Propone como excepción la ineptitud sustantiva de la demanda porque el actor no allega el acuerdo 004 del 8 de enero de 1995 cuya nulidad impetra.

La parte actora alegó de conclusión reiterando los argumentos expuestos anteriormente.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal Administrativo de Córdoba, por sentencia del 31 de agosto de 1995 denegó las súplicas de la demanda, con base en los siguientes fundamentos:

Respecto a la omisión en la presentación del acto acusado manifiesta que el mismo fue allegado oportunamente por lo que el requisito está cumplido.

En relación con el cargo fundamentado en que el elegido celebró contrato de prestación de servicios en el hospital de Ayapel señala que la inhabilidad no aparece demostrada porque en el año anterior a la inscripción no fue celebrado contrato alguno.

EL RECURSO DE APELACION

La parte actora apeló la anterior decisión con los siguientes argumentos:

- Considera que no puede tenerse en cuenta como extremo para el conteo de la inhabilidad la firma del contrato sino el vínculo con el municipio por razón del contrato.

- En relación con la sustitución del poder para actuar en representación del municipio considera que se desconoce la figura de la cesión del contrato, independientemente de la autorización de la administración sobre el particular. En caso de que no exista hay una vinculación con el municipio de carácter contractual

irregular y dentro del proceso como apoderado del municipio. Quien ejecutó el contrato fue el ahora elegido y por ello él era el contratista ante la comunidad.

Por su parte el apoderado del elegido se ratifica en los argumentos presentados inicialmente.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Novena Delegada en lo Contencioso solicita que se confirme la sentencia apelada, por los siguientes motivos:

En relación con la excepción de inepta demanda fundamentada en no haberse acompañado el acuerdo N° 004 del 8 de enero de 1995 el acusado precisa que en el proceso electoral no proceden las excepciones previas por lo que analiza la situación a la luz de las disposiciones reguladoras para establecer si la demanda debió ser inadmitida y no se le debió dar trámite al proceso.

Conforme a los documentos que aparecen en el informativo se deduce que el actor acompañó copia del acto en el que consta la elección del señor Miranda Buelvas como Contralor del municipio de Ayapel, por lo que el requisito previsto en el artículo 139 del C.C.A. está cumplido.

En relación con la inhabilidad alegada que está prevista en el artículo 95-5 de la Ley 136 de 1994, al que remite el artículo 163 *ibidem*, y tal como fue modificado por el artículo 9° de la Ley 177 de 1994, manifiesta que esta Corporación en múltiples pronunciamientos ha indicado que el legislador no podía desatender lo previsto en la Constitución Nacional y establecer sin autorización inhabilidades. Invoca al respecto el fallo del 15 de septiembre de 1995, exp. 1387, Consejero Ponente doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía.

En tales condiciones considera innecesario verificar si el señor Miranda contrató dentro del año anterior como se alega en los términos previstos en las normas indicadas porque las inhabilidades señaladas en éstas no son aplicables. Solo lo son las establecidas en el artículo 272 de la C.N.

CONSIDERACIONES

Competencia

La Sala es competente para conocer del presente recurso de apelación conforme a lo previsto en el artículo 132, numeral 4° del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con los artículos 129 y 131, numeral 3° *ibidem*, conforme al documento obrante a folios 35 y ss. del expediente, por tratarse de la elección hecha por el Concejo de un municipio que no es capital de departamento.

Cuestión previa

La ineptitud de la demanda alegada con fundamento en que no fue acompañado con la demanda el acuerdo N° 4 del 8 de enero de 1995, que se señala como el acto acusado, se analizará como motivo de impugnación y no como excepción previa, que no procede en esta clase de juicios.

De la lectura atenta de la demanda se deduce que la elección se realizó por el concejo en sesión del 8 de enero de 1995 y se consignó en el acta del 8 de enero de 1995 que se acompaña, por lo que aparece cumplido el requisito que se echa de menos por lo que es procedente decidir de mérito el negocio.

El Fondo del negocio

Se plantea la inhabilidad del señor Alfonso Gabriel Miranda para ser elegido como contralor de Ayapel por estar incurso en la causal 5 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 al cual remite el artículo 163 ordinal c) *ibidem*, por haber prestado sus servicios al municipio en calidad de apoderado sustituto.

Al respecto se observa:

El artículo 163 de la Ley 136 de 1994 tal como fue subrogado por el artículo 9° literal c) de la Ley 177 de 1994 del siguiente tenor:

"Artículo 9°. El artículo 163 de la Ley 136 de 1994, quedará así:

Artículo 163. Inhabilidades. No podrá ser elegido Contralor, quien:

...

c) Esté incurso dentro de las inhabilidades señaladas en el artículo 95 y parágrafo de esta ley, en lo que sea aplicable."

Por su parte el artículo 95-5 de la Ley 136 de 1994, dice:

"Inhabilidades. No podrá ser elegido ni designado alcalde quien:

5) Durante el año anterior a su inscripción haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio, o en el de terceros o haya celebrado por sí, o por interpuesta persona, contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio".

Ahora bien, como lo recuerda la distinguida Procuradora colaboradora hay una discrepancia entre el artículo 272 de la Constitución Nacional y el artículo 163 de la Ley 136, tal como fue subrogado por el artículo 9° de la Ley 177 de 1994.

Al respecto la Sala debe precisar:

Dice el artículo 272 de la C.N.:

"La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva.

La de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales.

Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal.

Igualmente les 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 de distrito judicial y uno por el correspondiente tribunal de lo contencioso administrativo.

Ningún contralor podrá ser reelegido para el período inmediato.

Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al contralor general de la república en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal.

para ser elegido contralor departamental, distrital o municipal se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de veinticinco años, acreditar título universitario y las demás calidades que establezca la ley.

No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de asamblea o concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia.

Quien haya ocupado en propiedad el cargo de contralor departamental, distrital o municipal, no podrá desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento, distrito o municipio, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones".

La norma transcrita hace parte del título X "De los organismos de control", Capítulo I "De la Contraloría General de la República" y hace referencia de manera concreta al control fiscal en las entidades territoriales.

De la lectura completa de la disposición, se deduce que mientras en algunos de los temas defiere a la ley su reglamentación, en otros lo hace directamente y no menciona la posibilidad de que el legislador amplíe las condiciones establecidas en la Constitución.

En el caso concreto de las inhabilidades de los contralores, sucede esto último pues establece de manera expresa cuáles son las correspondientes pero no defiere a la ley complementarlas o ampliarlas. Es decir, como lo ha dicho en anteriores oportunidades la Sala se trata de una norma cerrada.

De lo anterior se sigue que las inhabilidades alegadas en la demanda no se pueden aplicar a una persona elegida como contralor municipal, porque su contenido va más allá de la previsión constitucional y por ello debe aplicarse esta última.

Así las cosas se confirmará la providencia apelada pero por las razones antes expuestas.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto de la Procuradora en lo Contencioso Administrativo y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. Confírmase la sentencia del 31 de agosto de 1995, dictada por el Tribunal Administrativo de Córdoba, objeto de la presente apelación.

2. En firme esta providencia, envíese al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

sEsta providencia fue estudiada y aprobada en sesión de fecha catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Amado Gutiérrez Velásquez, Presidente de Sala; *Mario Alario Méndez; Mirén de la Lombana de M.; Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

Consejo de Estado

Relatoría

INDICE DE ACTORES

Págs.

A

Aerovías Nacionales de Colombia S. A. "Avianca", Sam y Helicol S.A., la Nación. 411

Alejandro Verdeza Paternina 599

Alirio Ramírez Acero 652

Alvaro Camacho Montoya. 493

Alvaro Camacho Montoya. 499

Angel Enrique Ortiz Peláez. 142

Augusto Hernández Becerra y Marco Fidel Díaz Zapata. 843

Camilo José Peraza Vengoechea. 731

B

Banco Ganadero. 222

Benjamín Herrera Barbosa. 722

Bernardo Toro B. y Cía. Ltda. 480

C

Camilo Ayubi Camargo. 939

Camilo José Peraza Vengoechea. 738

Carbones de Colombia S.A. 207

Carlos Abel Jaramillo Echeverry. FALLO. 468

Págs.

Carlos Hernando Estévez Amaya. 741, 783

Carlos Jorge Suárez Toro. 790

CH

Chedid Enrique Paba Rubio 762

César Eugenio Martínez Restrepo. 824

Compañía Colombiana de Alimentos Lácteos S.A. "Cicolac" 230

Compañía Química Comercial Ltda. 402

Construcciones Vibur Ltda. 474

Corporación Nacional de Ahorro y Vivienda "Conavi" 279

D

Darío Botero Londoño 241

Digna de Jesús Ortíz Vela 922

E

Eduar de la Cruz Góngora Llerena. 643

Eduardo Rujana Quintero. 892

Ernesto Tréllez Solís. 374

F

Federación Nacional de Productores de Panela "Fedepanela" 302

Fernando Pisciotti Van Strahlen. 612

Fulgencio Pérez Díaz. 677

Fundación Universitaria San Martín. 268

G

Genaro Alfonso Sánchez Moncaleano 836

Gerardo Grajales. 876

Guillermo Rojas Lozada. 36

Págs.

H

Héctor Raúl Corchuelo Navarrete. 559

Hugo Hernando Porras Rodríguez. 629

I

Ignacio Castilla Castilla. 330

Incora. 166

Inmobiliaria Puyana Ltda. 183

Instituto de Desarrollo Urbano 706, 864

Instituto Departamental de Bellas Artes Contra / Sena. 193

J

Javier Contreras Torres. 360

Jorge Antonio García Gutiérrez FALLO 444

Jorge Eliécer Barón Ortiz. 539

Jorge Enrique Becerra. 104

Jorge Enrique Díaz Acosta y otra. 157

Jorge E. Gutiérrez Mora 668

Joaquín Felipe Negrette 809

L

La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección de Impuestos Nacionales 426

Lucy Cruz de Quiñones. 501

Luis Antonio Perea Parra. 133

Luis Felipe Espinosa. 931, 937

Luis Fernando Cano T. 388

Luis Gonzaga Ospina y otro. 581

Luis Gonzalo Mejía Uribe. 138

Luz Helena Polo Rodríguez 713

Págs.

M

María Gladys Olaya y otros. 99

P

Pedro Miguel Ramírez Martínez. 606

Química Industrial y Textil S.A. 235

R

Ramiro de Jesús Angulo. 910

Raúl Gutiérrez Gómez. 901, 908

S

Sociedad Ingeniería Eléctrica Civil y de Telecomunicaciones, Ingecitel Ltda. 77

Sociedad Luis Durán del Castillo y otro. 113

Sociedad Quijano Rueda Hermanos. 94

Sociedad Skandia de Seguros de Colombia S. A. 51

Sócrates de Jesús Mosquera Torres. 751

Superintendencia Bancaria C/ Banco Tequendama. 686

T

Thomas de la Rue de Colombia. 512

Transportadora de Empaques Ltda., Transempaques Ltda. 313

Transportes Rodríguez-Gonzalo Rodríguez y Cía. S. en C. S. 320

Telecom 663

U

Unión Colombiana de Empresas Publicitarias "UCEP" y otro. 248

Y

Yadira Montaño A. y otros. 12

Yenny Figueroa Duarte. 801

Consejo de Estado

Relatoría

INDICE TEMATICO

Págs.

ACCION CONTRACTUAL - Procedencia 76

ACCION DE LESIVIDAD - Entidad Pública 423

ACCION DE LESIVIDAD - Partes 424

ACCION DE NULIDAD - Actos de carácter objetivo 605

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO - Improcedencia 76

ACCION DE NULIDAD - Improcedencia 423

ACCION DE NULIDAD - y Acción de Nulidad Electoral - Improcedencia . 930

ACCION DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD – Titularidad .. 258

ACCION DE NULIDAD ELECTORAL - Características 821

ACCION DE NULIDAD ELECTORAL - Término de Caducidad 875

ACCION DE NULIDAD ELECTORAL - Actos Demandables 937

ACCION DE NULIDAD POR ILEGALIDAD - Titularidad 258

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Actos de carácter subjetivo 605

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO - Improcedencia 76

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Procedencia 156

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Procedencia 423

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO 424

	Págs.
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO ...	137
ACCION DE REPARACION DIRECTA - Improcedencia	137, 156
ACCION DE REPETICION - Llamamiento en Garantía	98
ACCIONES PUBLICAS - Titularidad	258
ACTA DE ESCRUTINIO - Impugnación	750
ACTA DE ESCRUTINIO - Naturaleza del acto	750
ACTA DE ESCRUTINIOS - Votantes	823
ACTIVIDAD BURSATIL-Regulación	237
ACTIVIDAD ECONOMICA - Clasificación	299
ACTIVIDAD ECONOMICA E INICIATIVA PRIVADA - Límites	328
ACTIVIDAD FINANCIERA - Regulación	327
ACTIVIDAD INDUSTRIAL - Imposición de gravámen	300
ACTIVIDAD INDUSTRIAL Transformación de Producto Agrícola	301
ACTIVIDAD POLICIAL - Evasión	156
ACTIVO EN MONEDA EXTRANJERA - Obligaciones del Contribuyente	401
ACTO ACUSADO	50
ACTO ADMINISTRATIVO - Firmeza	863
ACTO ADMINISTRATIVO DE CARACTER GENERAL – Publicación	424, 498
ACTO ADMINISTRATIVO EJECUTIVO Y ACTO ADMINISTRATIVO EJECUTORIO - Diferencias	870
ACTO ADMINISTRATIVO EN FIRME - Características	696
EJECUTORIEDAD Y EJECUTIVIDAD DEL ACTO - Diferencias ...	696
ACTO CONTRACTUAL - Imposición de multa	76
ACTO DE ELECCION - Impugnación	750
ACTO DE ELECCION - Proceso Electoral	800
ACTO DE FACTURACION	137

Págs.

ACTO DE INSCRIPCION DE CANDIDATURA - Naturaleza 762

ACTO DE REVOCATORIA DE LA ELECCION - Proceso Ordinario 800

ACTO DEFINITIVO DE DECLARATORIA DE ELECCION - Impugnación 937

ACTO PARTICULAR - Efectos 842

ACUERDO DE PAGO - Intereses Moratorios 492

ACUMULACION DE ACCIONES - Improcedencia 800

ADJUDICACION DE BALDIOS - Inexistencia 142

ADMINISTRACION TRIBUTARIA - Deberes 510, 537

ADMISION DE LA DEMANDA SIN REQUISITOS FORMALES - Consecuencia 750

AGOTAMIENTO DE LA VIA GUBERNATIVA - Inexistencia 821

ALCALDE - Ejercicio de autoridad 676

ALCALDE - Elección 610, 611

ALCALDE - incompatibilidad 667

ALCALDE - Inhabilidades ..... 581, 611, ... 628, 642, 651, 721, 722, 789,891, 909, 921

ALCALDE - Irregularidades 761

ALCALDE - Período 667

ALCALDE - Requisitos para su elección 666, 760,761, 807

ALCALDE - inexistencia de inhabilidad para su elección 581

ANALOGIA - Causales de Nulidad - Improcedencia 822

APLICACION DE LA LEY EN EL TIEMPO - Observancia 627

APODERADO DE PERSONA JURIDICA EN ACCION PUBLICA DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD – Improcedencia 258

APORTE A CAXDAC 409S

APORTES AL SENA - Improcedencia 193

Págs.

APORTES AL SENA 221

APORTES PARAFISCALES - Salario 192,193

APORTES PARAFISCALES - Sena 221,222

APORTES PARAFISCALES 222

ASALARIADO CON SALDO A FAVOR - Retención por Salarios 373

AUTORIDAD ADMINISTRATIVA - Inexistencia 628

AUTORIDAD CAMBIARIA - Junta Directiva Banco de la República 442

AUTORIDAD CIVIL, POLITICA O ADMINISTRATIVA 676

AUTORIDAD ELECTORAL - Funciones 909

AUTORIDAD POLITICA MUNICIPAL - Titularidad 642

BASE GRAVABLE EN INTERMEDIACION - Servicio de Transporte de Carga 312

BASE GRAVABLE EN INTERMEDIACION 319

BONIFICACION - Naturaleza 509

BONIFICACION OCASIONAL 373

BONIFICACIONES SALARIALES - Naturaleza 221

CADUCIDAD DE LA ACCION - Término 875

CADUCIDAD DE LA ACCION - Improcedencia 156

CADUCIDAD DEL CONTRATO 48

CANDIDATO A ALCALDE - Inhabilidad 788, 789

CARGA DE LA PRUEBA 761

CARGA DE LA PRUEBA - Residencia de candidato electoral 807

CASA DE CAMBIO - Intermediario cambiario 442

CASAS DE CAMBIO - Naturaleza 443

CASAS DE CAMBIO - Obligatoriedad de revisor fiscal 443

CAUSAL DE INHABILIDAD PARA ELECCION DE ALCALDE - Cómputo 611

Págs.

CAUSAL DE NULIDAD -Inexistencia de determinación 823

CAUSAL DE NULIDAD - Taxatividad 822

CAUSAL DE NULIDAD ELECTORAL - Derogación 821

CAUSAL DE NULIDAD ELECTORAL - Inexistencia 823

CELEBRACION DE CONTRATO - Fecha 611

CELEBRACION DE CONTRATO - Orden de trabajo 721

CELEBRACION DE CONTRATO -Causal de Inhabilidad de alcalde 921

CELEBRACION DE CONTRATOS - Intervención del funcionario 651

CELEBRACION DE CONTRATOS - Término de inhabilidad 875

CELEBRACION DE CONTRATOS - Contratista de entidad pública 789

CERTIFICACION DE DEUDA FISCAL 705

CERTIFICADO DE CONTADOR - Ineficacia 319

CERTIFICADO DE RETENCION - Soporte contable 511

CIRCULAR DE SERVICIO - Control jurisdiccional 492

CIRCUNSCRIPCION ELECTORAL - Inscripción de candidato 666

CLAUSULA PENAL PECUNIARIA - Efecto evaluativo 49

CLAUSULA PENAL PECUNIARIA 48,49

CLAUSULAS EXORBITANTES 48

COBRO DE DEUDAS FISCALES - Notificación de mandato ejecutivo 864

CODIGO - Prohibición de expedición por el Presidente 326

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL - Aplicación 754,761,864

COMPROBANTE DE EGRESO - Naturaleza 508

CONCEJAL - Incompatibilidades 677

CONCEJAL - Inhabilidades 676,740,782,875

CONCEJAL - Régimen Aplicable 676

CONCEJO MUNICIPAL – Funciones 711

Págs.

CONCEPTO DE VIOLACION - Norma derogada 823

CONCESIONARIOS DE TELEVISION - Servicio de V.T.R. 246

CONCILIACION - Efectos 98

CONFESION - Requisitos 741

CONFLICTO LABORAL - Huelga 112

CONGRESO - Funciones 731

CONGRESO DE LA REPUBLICA - Función Legislativa 326

CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Facultades 761,807

CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Facultades reglamentarias 901

CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO - Función administrativa colegiada 628

CONTRALOR – Requisitos 711

CONTRALOR GENERAL DE LA REPUBLICA - Elección 731

CONTRALOR MUNICIPAL - Inhabilidades 939

CONTRATO ADICIONAL - Límite en sus condiciones 610

CONTRATO DE OBRA PUBLICA - Administración delegada 49

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS - Profesores hora cátedra 193

CONTRATO DE TRACTO SUCESIVO 48

CONTRATO EN INTERES DE TERCEROS - Intervención de candidato a alcalde 909

CONTRATO ESTATAL - Controversia contractual 132

CONTRATO ESTATAL - Controversias de carácter ejecutivo 93

CONTRATO ESTATAL 76,93

CONTRATO ESTATAL 93

CONTRATO ESTATAL -Perfeccionamiento 921

CONTRATO LABORAL - Inexistencia 193

CONTRIBUCION DE ENTIDAD FINANCIERA A SUPERBANCARIA – Destinación 278

Págs.

CONTRIBUCION DE ENTIDAD FINANCIERA A SUPERBANCARIA 278
CONTRIBUCION DE VALORIZACION - Certificado de deuda fiscal 705
CONTROL GENERAL DE LEGALIDAD - inexistencia 751
CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Competencia 662
COSA JUZGADA - Alcance 205
COSTO FISCAL DE ACTIVO FIJO 537
COSTO PRESUNTO - Inaplicabilidad 359
COSTOS Y DEDUCCIONES - Diferencias 359
CULPA DE LA VICTIMA - Imprudencia 103
CULPA DE LA VICTIMA 36
DECAIMIENTO DEL ACTO - Falta de ejecución 870
DECLARACION DE RENTA - Presentación 511
DECLARACION OFICIOSA 706
DECLARACION TRIBUTARIA - Contenido 557
DECRETO CON FUERZA DE LEY - Intermediación Cambiaria 386
DECRETO LEGISLATIVO - Alcance 386
DECRETO REGLAMENTARIO 410
DEDUCCION POR SALARIOS - Aportes parafiscales 509
DEDUCCION POR TIQUETE AEREO INTERNACIONAL - Improcedencia ... 508
DEMANDA - Ineptitud 930
DEMANDA – Interpretación 424
DEMANDA – Requisitos 424
DEMANDA - Requisitos 759
DEMANDA ELECTORAL – Requisitos 712,759
DEMANDA EN FORMA - Presupuesto procesal 730
DERECHO A ELEGIR - Restricción 789
DERECHO A SER ELEGIDO - Restricción 789

DERECHOS ADQUIRIDOS - Inexistencia 740
DERECHOS ADQUIRIDOS 676
DERECHOS POLITICOS - Titularidad 258
DEROGATORIA DE LA LEY 676
DEROGATORIA TACITA - Principio de jerarquía normativa 410
DESAPARECIMIENTO DE PERSONA - Muerte presunta 156
DIARIO OFICIAL - Publicación de acto administrativo 424
DICTAMEN PERICIAL - Ineficacia 312
DISTRITO CAPITAL DE SANTA FE DE BOGOTA – Régimen aplicable 268
DIVIDENDOS GRAVADOS 181
DOBLE ASIGNACION DEL TESORO - Inexistencia 581
DOBLE TRIBUTACION 181
DOCENTES - Calificación 192
DOCENTE DE CATEDRA - Naturaleza 192
DOCENTE DE TIEMPO COMPLETO - Empleado público 192
DOCENTE DE TIEMPO PARCIAL - Empleado público 192
DOCUMENTO EXTERNO - Comprobante de contabilidad 508
DOCUMENTO INTERNO - Comprobante de contabilidad 508
DOCUMENTO PUBLICO - Valor probatorio 537
DOMICILIO - Requisito para ser alcalde 666
ECONOMIA PROCESAL 98
EDILES - Requisitos 901
EFECTO ERGA OMNES - Sentencias de la Corte 205
EJECUCION DE ESTABLECIMIENTO PUBLICO – Procedencia 705
EJECUCION DE LA NACION – Improcedencia 705
ELECCION DE CONCEJAL - Notificación por estrados 875

ELECCION DE MIEMBROS DE LAS JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES - Reglamentación 901

ELECCIONES DE AUTORIDADES LOCALES - Titularidad de los participantes 807

EMPLEADO MUNICIPAL – Elección 711

EMPLEADO NACIONAL Y EMPLEADO DEPARTAMENTAL - Ejercicio de autoridad 628

EMPLEADO PUBLICO - Inhabilidad para ser concejal 782

EMPLEO DE ELECCION POPULAR - Inscripción 667

EMPRESA CONCESIONARIA DE ESPACIOS DE TELEVISION - Servicio de V.T.R. 245

EMPRESA EN PERIODO IMPRODUCTIVO - Inexistencia 206

EMPRESA EN PERIODO IMPRODUCTIVO - Reducción de renta presuntiva ... 205

ENAJENACION DE INMUEBLES DESTINADOS A VIVIENDA - Inspección y Vigilancia 11

ENTIDAD DE INTERVENCION ESTATAL - Superintendencias 328

ENTIDAD DE VIGILANCIA ESTATAL - Superintendencias 327,328

ENTIDAD PUBLICA – Representación 423

ENTIDADES VIGILADAS POR LA SUPERBANCARIA - Contribuciones 279

ERROR ARITMETICO - Inexistencia 473

ERROR CONTABLE - Corrección 511

ESCRITURA PUBLICA - Valor probatorio 537

ESTABLECIMIENTO PUBLICO – Ejecución 705

ESTADO CIVIL - Demostración 740

ESTADO CIVIL - Prueba 722

ESTADO SOCIAL DE DERECHO 112

EVASION DE LA ACTIVIDAD POLICIAL 156

EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO - Requisito 76

Págs.

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD - Procedencia 711

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD - Improcedencia 788

EXCEPCION DE PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA - Configuración 685

EXCEPCION DE PERDIDA DE LA FUERZA EJECUTORIA - Procedencia .. 863

EXCEPCION DE PRESCRIPCION - Término de Notificación 863

EXCEPCIONES PREVIAS - Inexistencia 627

EXCEPCIONES PREVIAS EN PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Trámite 730,759

EXPENSA NECESARIA - Requisitos para su deducibilidad 508

FACTURA - Naturaleza 137

FACULTAD DE FISCALIZACION - Administración Tributaria 537,538

FACULTAD IMPOSITIVA ARANCELARIA - Regalamentación gubernamental 386

FACULTAD IMPOSITIVA DE LA SUPERBANCARIA - Fijación de contribuciones 279

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL - Sobretasa a la gasolina 241

FACULTAD LEGISLATIVA DEL GOBIERNO – Restricción 268

FACULTADES EXTRAORDINARIAS PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Restricción 326

FALSA MOTIVACION DEL ACTO – Inexistencia 279

FALSEDAD - Concepto 599

FALTA DISCIPLINARIA - Desmpeño como alcalde 842

FALLA DEL SERVICIO - Señalización vía pública 103

FALLA DEL SERVICIO DE TRANSITO - Derrumbe 102

FALLA DEL SERVICIO POR OMISION - Inexistencia 11,112

FALLA EN EL SERVICIO DEL DATT - Inexistencia 36

FALLO INHIBITORIO - Procedencia 750

FISCAL GENERAL DE LA NACION - Período del Cargo 605

Págs.

FUERZA EJECUTORIA DE ACTO ADMINISTRATIVO - Alcance 863

GASTOS DE INVERSION DE SUPERBANCARIA - Facultades del Superintendente Bancario 278

GOBERNADOR - Inhabilidades 842

GRADO DE CONSULTA EN IMPUESTOS - Recurso de reconsideración 423,425

IMPEDIMENTO - Terna para procurador 738

IMPUESTO DE AVISOS Y TABLEROS - Hecho generador 235

IMPUESTO DE DELINEACION URBANA 500

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO VALLEDUPAR - Base gravable 229

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO 500

IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO 312,319

INCOMPATIBILIDAD E INELEGIBILIDAD - Diferencia 667

INCREMENTO PATRIMONIAL DE INMUEBLE - No declarado 538

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Justificación 76

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO 48,49

INCUMPLIMIENTO PARCIAL DEL CONTRATO 49

INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES - Configuración 930

INDEBIDA CELEBRACION DE CONTRATOS - Alcalde 761

INEPTITUD DE LA DEMANDA - Inexistencia 712,875

INGRESO NO CONSTITUTIVO DE RENTA - Demostración 182

INGRESO NO CONSTITUTIVO DE RENTA NI GANANCIA OCASIONAL - Dividendos y participaciones 181

INGRESO NO TRIBUTARIO - Servicio V.T.R. 247

INGRESOS POR ACTIVIDAD INDUSTRIAL 229

INHABILIDAD PARA SER ALCALDE - Término para celebración de contratos 651

INHABILIDADES - Personales e Intransferibles 628

Págs.

INHABILIDAD PARA SER ALCALDE - Alcance 628

INHABILIDAD POR CELEBRACION DE CONTRATOS - Alcance 788

INRAVISION – Facultades 246

INRAVISION – Naturaleza 246

INRAVISION – Objeto 246

INSCRIPCION DE CANDIDATO - Efectos 666,761

INSCRIPCION DE ELECTORES - Régimen aplicable 909

INSCRIPCION EN CARGO DE ELECCION POPULAR DURANTE EL PERIODO - Falta disciplinaria 677

INSPECCION TRIBUTARIA - Iniciación 479

INSUBSISTENCIA DE LA LEY 676

INTERMEDIACION CAMBIARIA - Reglamentación 386

INTERMEDIACION EN SERVICIO DE TRANSPORTE DE CARGA - Base gravable 319

INTERPRETACION DE LA DEMANDA 76

INTERVENCION DEL ESTADO - Actividad financiera y bursátil 327

INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA - Actividad bursátil 329

INVENTARIO FINAL EN EL SISTEMA DE JUEGOS DE INVENTARIO - Adición 479

INVERSIONES DE RENTA VARIABLE - Contabilización 556,557

INVESTIGACION PENAL ALCALDE - Remisión Fiscalía General de la Nación 761

IRREGULARIDADES PROCESALES - Ausencia de prueba 627

JUEZ ADMINISTRATIVO - Facultades 751

JUNTA DIRECTIVA DEL BANCO DE LA REPUBLICA - Funciones materia cambiaria 442

JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES - Elección de miembros 901

JURADO DE VOTACION - Omisión de firmas 822

Págs.

JURADO DE VOTACION - Homogeneidad 822

JURISDICCION COACTIVA - Objeto 685

JURISDICCION COACTIVA - Procedimiento 864

JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Competencia controversias contractuales 662

JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - Competencia controversias contractuales 132

JURISDICCION ROGADA - Límites del juez 751,822

LEY MARCO - Contenido 326

LEY CUADRO - Límite para su reglamentación 386

LEY DE CONTRATACION - Aplicación 76,48,93,132

LEY DE CONTRATACION - Inaplicación 789

LEY DE FOMENTO PANELERO - Alcance 301

LEY ELECTORAL - Aplicación 610,721,740

LEY EN EL TIEMPO - Régimen de inhabilidades de concejal 740

LEY MARCO - Características 326

LEY MARCO - Iniciativa 326

LEY MARCO O LEY CUADRO - Límite para su reglamentación 386

LEY MARCO EN ACTIVIDAD BURSATIL 329

LEY POSTERIOR - Inaplicación. 782

LEY POSTERIOR - Prevalencia 676

LEY RETROSPECTIVA - Aplicación inmediata 627

LEY TRIBUTARIA - Interpretación 538

LIQUIDACION DE CORRECCION ARTMETICA - Error de trascripción 473

LIQUIDACION DE REVISION Y LIQUIDACION DE AFORO - Bienes repartidos 401

LIQUIDACION DE SERVICIOS PUBLICOS - Derecho de reclamación ... 137

LIQUIDACION PRIVADA - Firmeza 359,373,467

Págs.

LISTA DE CANDIDATOS - Improcedencia de extensión causales de inhabilidad 875

LLAMAMIENTO EN GARANTIA - Acción de repetición 98

MANDAMIENTO EJECUTIVO - Término de notificación 685

MATRICULA AUTOMOTRIZ - Trámite 36

MEDIO DE PRUEBA - Confesión 741

MEDIOS PROBATORIOS - Presunción tributaria 510

MERCADO CAMBIARIO - Intermediario 442

MERCADO PUBLICO DE VALORES - Estatuto orgánico 326

MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO - Competencia ... 11

MODIFICACION JURISDICCIONAL 50

MONOPOLIO ESTATAL - Servicio de televisión 246

MUERTE PRESUNTIVA POR DESAPARECIMIENTO - Término de caducidad 156

MULTA CONTRACTUAL 48

MULTAS 11

NACION - Titular del dominio de baldíos 142

NEGACION INDEFINIDA - Residencia de candidato electoral 761,807

NEXO CAUSAL - Inexistencia 36

NOMBRAMIENTO EN EL EXTERIOR - Requisitos para ratificación en el cargo 836

NOMINA MENSUAL DE SALARIOS - Integración 192

NORMA CONSTITUCIONAL - Interpretación 761

NORMA CONSTITUCIONAL CERRADA - Inhabilidades de contralores 939

NORMA CONSTITUCIONAL TRANSITORIA - Interpretación 731

NORMA NACIONAL EN MATERIA TRIBUTARIA- Inaplicación 229

NORMA TRANSITORIA - Efectos 930

NULIDAD DE LA ELECCION DE ALCALDE - Causales 642

Págs.

NULIDAD ELECTORAL - Causales 761,909

NULIDAD ELECTORAL - Celebración de Contratos 581

NULIDAD ELECTORAL - Efectos 875

NULIDAD ELECTORAL - Improcedencia 750,761,762

NULIDAD ELECTORAL - Inexistencia 599,666,807,822

NULIDAD PROCESAL - Falta de jurisdicción. 662

NULIDAD PROCESAL - Ausencia de causal 809

NUMERO DE CONCEJALES A ELEGIR POR MUNICIPIO - Régimen Aplicable 930

OBLIGACION ADUANERA - Naturaleza 387

OBLIGACION CLARA - Inexistencia 93

OBLIGACION CLARA, EXPRESA Y EXIGIBLE - Concepto 93

ORDEN ADMINISTRATIVA - Naturaleza 492

PAGO NO SALARIAL - Requisitos 509

PAGO NO SALARIAL - Bonificación ocasional 373

PAGO POR CONCERTACION - Naturaleza 373

PAGOS A CASA MATRIZ - Pago por asistencia técnica 510

PARENTESCO - Demostración 722

PARIENTE DE CONCEJAL - Inhabilidades 711

PARIENTE DE ALCALDE - Inscripción por el mismo partido 891

PARTES – Designación 424

PARTICIPACIONES - Ingreso no constitutivo de renta 181

PARTICIPACIONES NO GRAVADAS - Demostración 182

PATRIMONIO BRUTO - Conformación 537

PATRIMONIO LIQUIDO PARA RENTA PRESUNTIVA 181

PENSION DE JUBILACION - Reintegro 409

PENSION DE JUBILACION - Aporte a CAXDAC 409

Págs.

PENSION DE JUBILACION - Entidad pública 581

PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA 863

PERDIDA DE LA FUERZA EJECUTORIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS - Efectos 685,842

PERSONERIA SUSTANTIVA PARA ACTUAR – Inexistencia (Salvamento de voto) 258

POLIZA DE CUMPLIMIENTO - Efectividad 76

POSESION DE BIENES BALDIOS - Improcedencia de prescripción adquisitiva 142

POSESION DE BIENES Y HABERES 11

POTESTAD REGLAMENTARIA - Extralimitación 409

PRECIO – Características 244

PRECIO – Naturaleza 244

PRESCRIPCION - Título ejecutivo 870

PRESCRIPCION DE SANCIONES - Término 467

PRESUNCION DE VERACIDAD - Declaración tributaria 473

PRESUPUESTO ANUAL - Monto 712

PRESUPUESTO DE LA DEMANDA - Inexistencia 750

PRESUPUESTOS PROCESALES - Demanda en forma 759

PRINCIPIO DE ANUALIDAD TRIBUTARIA - Vulneración 556

PRINCIPIOS EN MATERIA CONTABLE - Observancia 557

PRINCIPIO DE IGUALDAD IMPUESTO – Objeto 268

PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY TRIBUTARIA - Inexistencia de violación 479

PRINCIPIO DE LA BUENA FE - Contradicción 788

PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL IMPUESTO 268

PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD CAUSALES DE NULIDAD ELECTORA - Aplicación 822

PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD - Nulidad electoral 909

Págs.

PRINCIPIO TRIBUTARIO CONSTITUCIONAL - Observancia 268

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL IMPUESTO - Observancia 268

PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Improcedencia de excepciones previas 627

PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Excepción de fondo 730,759

PROCESO DE JURISDICCION VOLUNTARIA - Muerte por desaparecimiento 156

PROCESO EJECUTIVO - Trámite 93

PROCESO INDUSTRIAL - Fabricación de panela 301

PROCESO ORDINARIO 800

PROCURADOR GENERAL DE LA NACION - Elección 731,738

PRODUCCION PRIMARIA - Actividad no sujeta 300

PRODUCCION PRIMARIA AGRICOLA - Alcance 301

PRODUCCION PRIMARIA AGRICOLA - Improcedencia de Industria y Comercio 299

PROFESION LIBERAL - Pago de impuestos 268

PROHIBICION TRIBUTARIA Y EXENCION TRIBUTARIA - Diferencias ... 299

PROHIBICION TRIBUTARIA - Producción primaria agrícola 301

PRUEBA ANTICIPADA - Testimonio de enfermo 760

PRUEBA CONTABLE - Eficacia 221

PRUEBA CONTABLE EN DECLARACION TRIBUTARIA - Prevalencia 557

PRUEBA DOCUMENTAL - Eficacia 537

PRUEBA TESTIMONIAL Y PRUEBA DOCUMENTAL - Eficacia 537

PRUEBA TESTIMONIAL - Estado de enfermedad 760

PRUEBA TESTIMONIAL - Persona gravemente enferma 808

PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA-Improcedencia 922

QUEJAS 11

RATIFICACION DE TESTIMONIO - Eventos 808

Págs.

RATIFICACION DE TESTIMONIO - Inexistencia 760

RECLAMACION ELECTORAL - Causales 821,823

RECONOCIMIENTO TRIBUTARIO - Excepción de pago 510

RECURSO DE RECONSIDERACION 425

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Limitación 205

RECURSO GUBERNATIVO ESPECIAL - Derecho de reclamación 137

REDUCCION DE PREDIO EXPROPIADO - Improcedencia 166

REDUCCION DE RENTA PRESUNTIVA - Improcedencia 206

REGIMEN DE INHABILIDADES DE ALCALDE -Ley en el tiempo 721

REGIMEN DE INHABILIDADES - Alcalde 721

REGULACION CONTABLE DE ENTIDAD FINANCIERA - Facultades del Superintendente 558

REINTEGRO DE SUMAS DEVUELTAS 359

RENTA PRESUNTIVA - Aplicación 206

RENTA PRESUNTIVA - Reducción 205

RENUNCIA - Efectos 676

REQUERIMIENTO ESPECIAL - Liquidación de revisión 373

REQUERIMIENTO ESPECIAL - Suspención de términos 479

RESIDENCIA - Requisitos para ser alcalde 666,760,807

RESIDENCIA DE CANDIDATO ELECTORAL - Cargada la prueba 761

RESIDENCIA - Concepto 807

RESOLUCION EJECUTIVA – Publicación 424

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA 112

RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION - Negligencia 102

RETEFUENTE POR SALARIOS - Asalariado con saldo a favor 373

RETENCION EN LA FUENTE - Comprobación 511

RETROACTIVIDAD DE LA LEY - Efectos 610

Págs.

RETROACTIVIDAD DE LA LEY - Inexistencia 676

RETROACTIVIDAD DE LA LEY - Inexistencia 627

RETROACTIVIDAD DE LA LEY - Concepto 740

RETROSPECTIVIDAD DE LA LEY - Efectos 610

RETROSPECTIVIDAD DE LA LEY - Concepto 676,740

REVISOR FISCAL EN CASAS DE CAMBIO - Obligatoriedad 443

REVOCACION DE ACTO DE DEVOLUCION DE SALDO A FAVOR - Naturaleza 359

REVOCATORIA TACITA DE LA ELECCION - Funcionario de período 800

SALDO A FAVOR - Término para practicar requerimiento especial 359

SALDO A FAVOR 373

SALVAMENTO DE VOTO Y ACLARACION DE VOTO - Facultad potestativa del Magistrado 597

SANCION ACCESORIA - Inhabilidad para desempeño de funciones públicas 842

SANCION POR DEVOLUCION IMPROCEDENTE 359

SANCION POR GASTOS NO EXPLICADOS - Término 467

SANCION POR INEXACTITUD – Procedencia 229

SANCION POR INEXACTITUD - Declaración tributaria 557

SANCION POR NO DECLARAR - Bienes en el exterior 401

SANEAMIENTO DE BIENES EN EL EXTERIOR - Alcance 401

SATISFACCION DE NECESIDADES PUBLICAS - Financiación 244

SATISFACCION DE NECESIDADES GENERALES - Financiación 244

SATISFACCION DE NECESIDADES INDIVIDUALES - Financiación ... 244

SENADO - Funciones 731

SENTENCIA - Contenido 50

SENTENCIA DE EXEQUIBILIDAD - Efectos 782,842

Págs.

SENTENCIA DE EXPROPIACION - Improcedencia de desistimiento 166

SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD VOTO EN BLANCO Y VOTO NULO - Efectos 822

SENTENCIA DE NULIDAD - Efectos 205

SENTENCIA INHIBITORIA - Inexistencia de Acto administrativo (Salvamento de Voto) 498

SERVICIO AUXILIAR DE TELEVISION 246

SERVICIO DE TRANSPORTE DE CARGA - Base gravable en intermediación 312

SERVICIO DE V.T.R. – Naturaleza 245,246,247

SERVICIO ESTATAL 245

SERVICIO PUBLICO DE TELEVISION - Prestación por parte del Estado 246

SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO – Inexistencia 425

SISTEMA DE JUEGOS DE INVENTARIOS - Limitación a la valuación 479

SOBRETASA A LA GASOLINA - Facultad impositiva municipal 241

SOCIEDAD CON DOMICILIO EN EL EXTERIOR 510

SOCIEDAD SUBORDINADA - Prueba de la calidad 510

SOCIEDADES FIDUCIARIAS - Inspección y Vigilancia 11

SOLIDARIDAD EN OBLIGACION ADUANERA - Modificación en la reglamentación 387

SOPORTE EXTERNO - Requisitos 508

SUFRAGANTES - Omisión 599

SUPERAVIT POR VALORIZACION 557

SUPERBANCARIA - Fijación de contribuciones a entidades vigiladas 279

SUPERINTENDENCIA - Finalidad 327

SUPERINTENDENCIA BANCARIA - Funciones 443

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES - Facultades 11

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES - Competencia 11

Págs.

SUPERINTENDENCIA DE VALORES - Intervención en actividad bursátil .. 329

SUPERINTENDENCIAS - Objeto 327,328

SUSPENSION DE TERMINOS - Requerimiento especial 479

SUSPENSION PROVISIONAL – Improcedencia 241,500

SUSPENSION PROVISIONAL – Sustentación 241

TACHA DE FALSEDAD - Omisión trámite incidental 809

TASA – Características 244

TASA – Naturaleza 244

TASA DE INTERES MORATORIO - Modificacíon 492

TEORIA DE LOS MOTIVOS Y FINALIDADES - Acto de elección 605

TEORIA DE LOS MOTIVOS Y LAS FINALIDADES - Alcance 423

TERMINO PARA EXENCION MUNICIPAL - Impuesto de Industria y Comercio 299

TERMINO PARA PRACTICAR REQUERIMIENTO ESPECIAL 359

REQUERIMIENTO ESPECIAL - Término 467

TESORERO MUNICIPAL - Naturaleza del cargo 642

TESTIMONIO ANTE ALCALDES - Alcance 808

TESTIMONIO ANTE NOTARIO - Alcance 808

TESTIMONIO EXTRAPROCESO - Observancia de requisitos 760

TESTIMONIO PARA FINES JUDICIALES - Rechazo de plano 808

TITULO EJECUTIVO ADMINISTRATIVO - Exigibilidad 863

TITULO EJECUTIVO – Inexistencia 706

TITULO EJECUTIVO COMPLEJO 93

TITULO UNIVERSITARIO - Prueba 711

TRAMITE INCIDENTAL DE TACHA DE FALSEDAD - Omisión 809

Trámite 36

TRANSFORMACION DE BIEN PRIMARIO - Impuesto de Industria y Comercio 300

Págs.

TRANSFORMACION DE PRODUCTO AGRICOLA 301

TRIBUTACION SOCIEDAD - Socio - Eliminación 181

UTILIDAD GRAVADA - Sociedad 181

VACACIONES - Naturaleza 222

VALOR PATRIMONIAL DE INMUEBLE - Valor a declarar 537

VALOR PATRIMONIAL DE INMUEBLE - Valor declarado 538

VALORIZACION DE INMUEBLE - Inexistencia 538

VALORIZACION TECNICA - Superávit por valorización 557

VEHICULO AUTOMOTOR - Matrícula 36

VIA GUBERNATIVA - Agotamiento 823

VIATICOS - Concepto 221

VIGILANCIA Y CONTROL 278

VINCULO MATRIMONIAL - Demostración 740

VIOLACION DE NORMA JURIDICA - Requisitos 410

VIOLENCIA EJERCIDA CONTRA LOS ESCRUTADORES - Ausencia de prueba 599