



Consejero Ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá D. C., veinticinco (25) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 25000-23-36-000-2014-01457-02 (58826)
Actor Plastilene S.A.
Demandado: Municipio de Soacha
Referencia: Apelación auto - Reparación Directa

Temas: Excepción de inepta demanda por indebida escogencia del medio de control y caducidad del mismo.

Decide el Despacho el recurso de apelación interpuesto por la demandada, el municipio de Soacha, contra las decisiones proferidas en audiencia inicial de 26 de enero de 2017¹, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, que declaró no probadas las excepciones de inepta demanda por indebida escogencia del medio de control y caducidad.

I. ANTECEDENTES

1. La sociedad Plastilene S.A., mediante apoderado judicial, presentó demanda en ejecución del medio de control de reparación directa el 25 de septiembre de 2014 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con el fin de que se declare patrimonialmente responsable al municipio de Soacha por los perjuicios materiales causados con la expedición del Acuerdo Municipal 46 de 10 de noviembre de 2009, modificado por el artículo 13 del Acuerdo Municipal 39 de 2012, puesto que el citado acuerdo violaba la Ley 14 de 1983².

2. La demanda le correspondió por reparto a la Subsección B de la Sección Tercera del citado Tribunal que la rechazó por caducidad, mediante auto de 18 de marzo de 2015³.

¹ ff. 142 a 145 c.3.

² ff. 7 a 19 c.2.

³ ff. 22 a 24 c. 3.

3. El apoderado de la entidad demandada interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión⁴.

4. El mencionado Tribunal concedió el recurso interpuesto, a través de auto del 4 de mayo de 2015⁵.

5. La Subsección C de la Sección Tercera de ésta Corporación revocó el auto apelado y, en su lugar, ordenó inadmitir la demanda por auto de 28 de marzo de 2016⁶.

6. La Sección Tercera, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en cumplimiento de lo ordenado en el anterior auto, inadmitió la demanda, el 7 de junio de 2016⁷.

7. El apoderado de la parte demandante presentó escrito subsanando la demanda en los términos solicitados⁸, por lo cual el Tribunal procedió a admitirla, mediante auto de 18 de julio de 2016⁹.

9. Notificada la entidad demandada, a través de apoderado, el municipio de Soacha contestó la demanda y propuso las siguientes excepciones dentro del término legal¹⁰:

- a) **Inepta demanda por indebida escogencia de la acción:** El apoderado del municipio de Soacha recordó lo analizado por ésta Corporación en relación a la procedencia de la reparación directa cuando el daño es causado por la expedición de un acto administrativo. Indicó, que la Corporación ha señalado unos requisitos para que sea procedente el medio de control: (i) que se trate de un acto administrativo legal y (ii) que se acredite que la carga impuesta al administrado es desmesurada, es decir que hay rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas; como también ha aclarado que no es procedente acudir a la acción de reparación directa cuando el acto administrativo está afectado de ilegalidad aunque no se acuse la misma, puesto que en ese caso la imputación de responsabilidad no se hace por un daño especial que tiene como fundamento estructural la legalidad de la conducta, sino la ilegalidad del acto.

⁴ ff. 26 a 35 c. 3.

⁵ f. 57 c. 3.

⁶ ff. 63 a 74 c. 3.

⁷ f. 77 c. 3.

⁸ ff. 80 a 81 c. 3.

⁹ ff. 83 a 85 c. 3.

¹⁰ ff. 96 a 119 c. 3.

En ese orden de ideas, adujo que toda vez que en el escrito de la demanda se afirma que el Acuerdo 46 que originó el daño alegado estaba revestido de ilegalidad, por la indebida aplicación del artículo 33 de la Ley 14 de 1983; se evidencia que se incumple con el primer requisito para la procedencia de la reparación directa.

Asimismo, incumple el segundo requisito, pues según lo afirmado por la sociedad demandante el daño no se produjo por una acción legítima del estado, ya que señala que el Acuerdo 46 de 2009 impuso una tarifa para el impuesto de industria a la actividad que ésta desarrolla, que superaba la tarifa máxima permitida por la Ley 14 de 1983.

A su vez, la demandada alegó que no se presentó un rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas, toda vez que el acto administrativo que produjo el daño generó la misma carga para todos los sujetos que desarrollaran una actividad industrial encasillada en la categoría «*demás actividades industriales no discriminadas anteriormente*».

Así las cosas, concluyó que el medio de control de reparación directa no es el adecuado, sino el de nulidad y restablecimiento del derecho, pues la jurisprudencia ha dicho que si el daño se deriva de un acto administrativo, éste sería el medio o la acción procedente.

b) Caducidad del medio de control de reparación directa: El apoderado considera que para acudir a la jurisdicción operó el fenómeno de la caducidad, pues argumenta que el término empezó a correr desde el 2 de enero de 2010, día siguiente a la entrada en vigencia del Acuerdo 46 de 2009 que se aduce como fuente del perjuicio alegado, pues fue cuando tuvo conocimiento del mismo, y dado que no probó la imposibilidad de conocerlo al momento de su publicación, el presente medio de control caducó el 2 de enero de 2012. Es decir que cuando la demanda se presentó el 25 de septiembre de 2014, se hizo por fuera del término de dos años previsto en el literal i) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

10. Como respuesta a las excepciones¹¹, el apoderado de la parte demandante argumentó que si bien el Acuerdo 46 de 2009 no fue declarado nulo, fue modificado por el artículo 13 del Acuerdo Municipal 39 de 2012, al considerarse que las tarifas de industria y comercio establecidas en el mencionado acuerdo fueron incrementadas de una forma desproporcional desconociendo las tarifas previstas en la Ley 14 de 1983, causando un desequilibrio económico y tributario con respecto a los demás contribuyentes del impuesto de industria y

¹¹ ff. 126 a 134 c.3.

comercio. Por lo tanto, afirma que el daño por el cual se reclama indemnización, fue conocido el 27 de diciembre de 2012, día de expedición del Acuerdo 39 de 2012, ya que fue cuando conoció que era sujeto pasivo de una obligación tributaria cuyo fundamento era ilegal, y que no estaba en condición de soportar. Así las cosas, a la fecha de presentación de la demanda, había transcurrido 1 año y 9 meses, por lo que estaba dentro del término para presentar la demanda de conformidad con el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

Insiste en que el medio de control de reparación directa es el adecuado puesto que se pretende la reparación de un daño antijurídico producto del ejercicio de la facultad normativa, esto es, de una actividad legítima de la administración, pero que por razones de equidad debe indemnizar en virtud del rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas, es decir que la responsabilidad del Estado surge a título de imputación de daño especial.

11. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca a través de auto de 28 de noviembre de 2016¹², fijó el 26 de enero de 2017 a las nueve de la mañana, como fecha y hora para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA.

Los autos apelados.

12. Llegado el día de la celebración de la audiencia¹³, el Tribunal de instancia declaró no probadas las excepciones propuestas, pues decidió con base en el principio de jerarquía y obediencia estarse a lo resuelto en el auto de 28 de marzo de 2016 de ésta Corporación¹⁴, en el que fueron objeto de pronunciamiento éstas excepciones, es decir, que igualmente consideró que el medio de control de reparación directa es procedente y, que fue presentado dentro del término de caducidad previsto en la ley. Lo anterior, al considerar que los argumentos y órdenes del Consejo de Estado son de estricto cumplimiento por ser el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La audiencia se suspendió para conocer los motivos y el estado actual de la demanda que cursa en la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca bajo el radicado 25000-23-37-000-2016-01073-00, con el fin de establecer si existe pleito pendiente, pues el

¹² f. 136 c. 3.

¹³ ff. 282 a 285 c. ppal.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, auto de 28 de marzo de 2016, expediente: 25000-23-26-000-2014-01457-01 (54.386).

apoderado de la demandada en la contestación de la demanda alegó que en ésta se persigue la misma indemnización.

A su vez, el apoderado de la parte actora informó que el Juzgado 39 Administrativo de Bogotá en el proceso 11001-33-039-2016-00015-00 declaró la nulidad parcial del Acuerdo 46 de 2009, providencia que fue apelada, y cuyo recurso se está surtiendo en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Por lo anterior, se concedió el término de 20 días a fin de que se allegara copia de la demanda, sentencia y recurso de apelación interpuestos y se ofició a la Sección Cuarta del Tribunal para que informara el estado actual del proceso.

Luego de aportados los documentos solicitados, el 16 de febrero de 2017¹⁵ se continuó con la celebración de la audiencia, en la que el *a-quo* declaró que no existe pleito pendiente entre la presente demanda y la que conoce la Sección Cuarta de la mencionada Colegiatura bajo el radicado 2016-1073, pues aunque se trata de las mismas partes y pretensiones económicas, se diferencian en el medio de control, ya que en la Sección Cuarta se tramita demanda de nulidad y restablecimiento del derecho mientras que el presente proceso se trata de una reparación directa. En consecuencia concedió el recurso de apelación formulado por el apoderado del municipio de Soacha contra la decisión que negó las excepciones previas de inepta demanda por indebida escogencia del medio de control y caducidad del mismo y ordenó la remisión del expediente a ésta Corporación.

El recurso de apelación.

13. El apoderado de la demandada interpuso recurso de apelación contra la decisión de no decretar las excepciones de ineptitud de la demanda por indebida escogencia del medio de control y de caducidad del mismo.

En relación con la primera excepción, aduce que el Consejo de Estado en varios pronunciamientos ha destacado que la acción de reparación directa como la de nulidad y restablecimiento del derecho pretenden que se repare el daño causado al demandante, pero que cuando la causa del daño es un hecho, omisión, operación administrativa u ocupación temporal o permanente a causa de obras públicas, el derecho deberá reclamarse a través de la acción de reparación directa y, cuando el daño se derive de un acto administrativo la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento. Como también que la jurisprudencia ha señalado que la procedencia de la acción no depende de que el actor decida cuestionar o no la legalidad del acto administrativo, sino que tal elección depende de la presencia o no de

¹⁵ ff. 222 224 c.ppal.

la causal de ilegalidad, y que si ella se presenta entonces el perjuicio por el cual se reclama indemnización proviene de una actuación irregular de la administración, esto es, del acto administrativo afectado de ilegalidad, evento en el cual para que el daño causado con aquel adquiera la connotación de antijurídico, es menester lograr su anulación en sede de revisión de legalidad mediante la acción o medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que es la que corresponde.

Respecto de la excepción de caducidad del medio de control, insiste en la misma pues considera que el conteo debe realizarse desde que surtieron los efectos fiscales del Acuerdo 46 del 2009 y no del posterior porque éste lo modificó mas no lo anuló. Y segundo porque al ser realmente procedente el medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, ya se habría presentado la caducidad.

II. CONSIDERACIONES

1-. Procedencia del recurso de apelación.

Comoquiera que la demandada apeló la decisión del Tribunal de Cundinamarca de declarar no probadas las excepciones de caducidad e inepta demanda por indebida escogencia del medio de control y, toda vez que el artículo 180, numeral sexto, inciso cuarto del CPACA, dispone que *«el auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso»*, al Despacho le corresponde resolver el presente recurso de alzada por venir debida y oportunamente sustentado.

2. Caso concreto.

Para resolver el presente asunto, se estudiará de manera independiente cada una de las excepciones que fueron objeto de pronunciamiento por parte del *a-quo* y en relación con las cuales se impetró el recurso de apelación, es decir, en su orden:

2.1. Inepta demanda por indebida escogencia del medio de control

Frente a ésta excepción, el Despacho comparte el criterio contenido en la providencia proferida por ésta Corporación el 28 de marzo de 2016, que revocó el auto de 18 de marzo de 2015, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca rechazó la demanda de la referencia, al considerar que el medio de control de reparación directa fue el adecuado, pues al margen de la regla que se estableció en los artículos 137 y 140 del CPACA, la jurisprudencia ha especificado unos eventos en los que ha permitido la procedencia del medio de control de reparación directa cuando el daño se derive de un acto administrativo.

El primero de estos eventos se enuncia en la sentencia de **13 de abril de 2013**, en la que esta Corporación explicó que « [...] *la regla aludida encuentra dos excepciones claras en la jurisprudencia: la primera tiene que ver con los daños que se hubieren causado por un acto administrativo legal y la segunda con los daños cuya fuente sea la ejecución de un acto administrativo que haya sido objeto de revocatoria directa o de anulación por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*». ¹⁶

De otro lado, en sentencia más reciente de **17 de noviembre de 2016** sostuvo lo siguiente: ¹⁷

[...] existen eventos excepcionales en los cuales esta Corporación ha aceptado la posibilidad de formular la demanda de reparación directa a pesar de estar de por medio de [sic] actos administrativos generadores de daño, dichas excepciones son las siguientes: i) cuando se pretende la reparación de los daños causados por un acto administrativo frente al cual no se pide nulidad –daño especial- , ii) cuando la fuente del daño proviene de la ejecución de un acto administrativo general que haya sido objeto de revocatoria directa o de anulación por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, siempre y cuando no se haya consolidado la situación jurídica, y iii) cuando el daño proviene de la ejecución irregular de un acto administrativo.

De manera que la jurisprudencia ha reconocido la procedencia de la acción o medio de control de reparación directa cuando los perjuicios sean producto de la expedición de un acto administrativo, siempre y cuando su legalidad no se cuestione en el curso del proceso, por cuanto reconoce que el ejercicio de la función administrativa ajustado al ordenamiento jurídico puede generar un rompimiento del equilibrio de las cargas públicas que deben soportar todos los ciudadanos, eventos en los que el título de imputación utilizado ha sido el de daño especial por provenir los perjuicios de una actividad lícita y legítima del Estado.

Asimismo, contempló una segunda hipótesis en la cual acepta la procedencia de la acción o medio de control de reparación directa en el caso de que los perjuicios se hayan ocasionado con la entrada en vigor de un acto administrativo que posteriormente fue revocado por la entidad pública o anulado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues en estos casos, el daño que se causa a los administrados se torna antijurídico en el momento en que la administración o la jurisdicción reconoce su ilegalidad y por tanto deciden retirarlo del ordenamiento jurídico, desapareciendo el deber de los administrados de soportarlo. ¹⁸

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Expediente: 52001-23-31-000-1999-00959-01(26437), CP.: Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Expediente: 68001-23-33-000-2015-00479-01(55349), CP: Ramiro Pazos Guerrero.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de julio de 2005, Radicado: 27842, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Por último, se ha señalado un tercer supuesto bajo el cual procede de forma excepcional el medio de control de reparación directa a pesar de existir actos administrativos de por medio, consistente en los casos en los cuales el daño no proviene de la expedición del acto, sino de su ejecución irregular, pues en éste evento se configura una operación administrativa ilegal cuya indemnización puede ser demandada a través de la reparación directa toda vez que no se discute la legalidad del acto administrativo.

Así las cosas, el presente asunto se enmarca en uno de los casos expuestos de procedencia excepcional del medio de control de reparación directa, dado que en el caso concreto, si bien el acto administrativo del cual surgen los perjuicios alegados no fue revocado por la administración, sí fue extraído del ordenamiento jurídico al haber sido modificado por el Consejo Municipal de Soacha con el Acuerdo 39 de 2012 una vez se advirtió que las tarifas de impuesto de industria y comercio establecidas en aquel fueron incrementadas de manera desproporcional causando un desequilibrio económico y tributario respecto de los demás contribuyentes del mencionado impuesto, circunstancia que la entidad demandante señala como reveladora del daño. Por tanto, el Despacho considera, que éste medio de control es el idóneo para resolver el litigio y encuentra que debe confirmarse la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el sentido de negar la excepción de inepta demanda por indebida escogencia del medio de control.

2.2. Caducidad del medio de control

Para el Despacho no operó la caducidad, tal y como lo advirtió el *a quo*, puesto que siendo procedente el medio de control de reparación de directa, el demandante debía presentar la demanda dentro del término de dos años contados desde el día siguiente a la expedición del Acuerdo Municipal 39 de 2012¹⁹, pues fue cuando evidenció el daño que no estaba en el deber de soportar, es decir, desde el 28 de diciembre de 2012 hasta el 28 de diciembre de 2014, y como la demanda se interpuso el 25 de septiembre de 2014, se presentó dentro del término legal.

En conclusión, el Despacho confirmará la decisión proferida en la audiencia inicial del 26 de enero de 2017, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el sentido de declarar no probadas las excepciones de inepta demanda por indebida escogencia del medio de control y caducidad.

En mérito de lo expuesto, el Despacho,

¹⁹ Tal y como lo dispone el literal i) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por las razones anotadas en la parte motiva de este auto.

SEGUNDO: Una vez en firme el presente auto, por secretaría, **devolver** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS