

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Indebida escogencia de la acción. Imposición de medidas por parte de la Superintendencia Bancaria o Financiera a Financoop / SENTENCIA INHIBITORIA - Indebida escogencia de la acción / DEMANDA - Requisito formal. Debida escogencia de la acción de las acciones contencioso administrativas / DEMANDA - Inepta demanda. Indebida escogencia de la acción / ACCION DE REPARACION DIRECTA - No es procedente contra actos de intervención de superintendencia financiera o bancaria a entidades financieras y cooperativas / NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Acción idónea para discutir actos de intervención a entidades financieras y cooperativas

Esta Corporación ha precisado que el criterio útil en la determinación de la acción procedente para reparar daños generados por la Administración es el origen de los mismos, de manera tal que, si la causa del perjuicio es un acto administrativo que se considera ilegal debe acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por manera que si el daño es generado por la aplicación de un acto administrativo ilegal, para que la reparación sea posible será necesario dejarlo sin efectos, dada la presunción de legalidad; al no incoarse esta acción significa que su legalidad está incólume, por tanto, ese acto administrativo quedó ejecutoriado, situación que impide deducir un daño originado de una ilegalidad alegada. En otras palabras, se tiene claro que los actos administrativos expresan la legalidad y la verdad, y que eso fue lo que hizo la Administración al adoptar su decisión y, para que desapareciera del ordenamiento jurídico ha debido demandar la actora su nulidad, so pena de seguir sometida a sus efectos jurídicos. (...) Para el caso sub examine, advierte la Sala que las decisiones por medio de las cuales se ordenó la toma de posesión de los bienes de la Cooperativa Financoop así como la orden de liquidación de dicha Cooperativa, como resulta apenas natural, se encuentran contenidas en unos actos administrativos de carácter particular y concreto que surten plenos efectos jurídicos y que se encuentran amparados con la presunción de legalidad y veracidad que les es inherente en virtud de las disposiciones del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo (...) Así las cosas, concluye la Sala que con fundamento en las bases fácticas propuestas y las pretensiones planteadas resulta improcedente emitir un pronunciamiento de fondo en el presente asunto, comoquiera que está demostrada la indebida escogencia de la acción, la cual constituye presupuesto necesario de la sentencia de mérito, tal como lo ha sostenido esta Sección del Consejo de Estado.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 86 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 85 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 66

NOTA DE RELATORIA: Sobre el ataque de los efectos de un acto administrativo dejando incólume la presunción de legalidad del acto ver auto de 13 de diciembre de 2001, exp. 20678. Sobre la reparación de los efectos de un acto administrativo ver sentencias de 27 de abril de 2006, exp. 16079, 8 de marzo de 2007, exp. 16421 y 28 de abril de 2010, exp. 17811

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Presupuestos de la acción. No se agota su examen al momento de admitir la demanda

Resulta necesario precisar que corresponde al juez, al momento de dictar sentencia, analizar aquellos presupuestos de la acción que le permitan decidir el fondo del asunto, razón por la cual el tema relacionado con la escogencia de la acción procedente no puede, ni debe entenderse clausurado por virtud de dicho pronunciamiento, (...) el Juez está facultado para declarar de oficio su

configuración e incluso está en el deber de hacerlo, así no hubiese sido objeto de apelación por alguna de las partes.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el particular ver las sentencias de 4 de julio de 2002, exp. 20746 y 6 de febrero de 2012, exp. 21060

COSTAS - No condena

Comoquiera que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, debido a que ninguna procedió de esa forma en el sub lite, no habrá lugar a su imposición.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 77 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 55

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D. C., veinte (20) de mayo de dos mil trece (2013).

Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01771-02(27278)

Actor: ANDRES RICARDO MOLANO TORRES Y OTRA

Demandado: NACION - MINISTERIO DE HACIENDA Y OTRA

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el 25 de febrero de 2004, mediante la cual se adoptó la siguiente decisión:

“Declárase probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por acción indebida. En consecuencia, niéganse las pretensiones de la demanda.”

I. ANTECEDENTES

1.1.- LA DEMANDA Y SU TRAMITE

En escrito presentado el 22 de agosto de 2000, por conducto de apoderado judicial, los señores Andrés Ricardo Molano Torres y Gloria Cecilia Ovalle Acosta interpusieron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra la Nación - Ministerio de Hacienda y la Superintendencia Bancaria, con el fin de que se les declarara administrativa y patrimonialmente responsables por los perjuicios ocasionados <<con la actuación de hecho que llevó a la intervención y posterior liquidación de la Cooperativa Nacional Financiera Limitada FINANCOOP y al retiro de los demandantes de sus cargos como administradores de la entidad intervenida>>.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitaron que se condenara a la demandada a pagar, por concepto de perjuicios morales, la suma equivalente en pesos a 2.000 gramos de oro para cada uno y, por concepto de perjuicios materiales, se deprecó *“la suma que pericialmente se determine a cada uno de los demandantes, para lo cual se tendrán en cuenta los siguientes parámetros de liquidación: (...) el salario que cada uno de los demandantes percibía al momento de su retiro”*.

Como **fundamentos fácticos** de sus pretensiones narraron, en síntesis, que los señores Andrés Ricardo Molano Torres y Gloria Cecilia Ovalle Acosta, junto con 36 personas más, fundaron la Cooperativa Nacional Financiera Limitada - FINANCOOP-, la cual obtuvo el reconocimiento de personería jurídica el 28 de junio de 1993.

Indicaron que mediante Resolución 3506 del 19 de diciembre de 1996, el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas Dancoop autorizó a la mencionada Cooperativa la realización de actividades financieras por el término de cinco años.

Sostuvo la demanda que el desarrollo económico de la Cooperativa fue ostensible hasta el año 1998, cuando se produjo *“el llamado pánico financiero, a través del cual los organismos del Estado con acciones y omisiones y utilizando la prensa hablada y escrita y la televisión, lejos de servir al movimiento cooperativo, crearon a su alrededor un clima de desconfianza y un manto de duda sobre el sector”*.

En ese sentido, señalaron los actores que *“en estas circunstancias lo lógico era esperar que oportunamente el Estado representado por el Ministerio de Hacienda y la Superintendencia Bancaria como nueva entidad encargada de la vigilancia y cuidado del sector, salieran al respaldo del sector cooperativo financiero, despejando rumores y permitiendo conjurar la crisis que irremediablemente de no ser controlada llevaría, como efectivamente ocurrió a la quiebra de las Cooperativas Financieras, bajo la presión de los ahorradores que llenos de pánico acudieron masivamente a retirar su dinero. No obraron así las autoridades, ni el Ministerio de Hacienda, ni la Superintendencia Bancaria vinieron en apoyo del sector solidario; por el contrario, ayudaron a crear pánico financiero, cuando su misión encomendada por la Carta era fortalecer el sector, mantenerlo y no obrar en forma tan omisiva para conjurar la crisis y tan activa para encenderla, faltando al debido proceso porque en el caso particular que nos ocupa, en muy pocos días en forma fulminante acabó con la Cooperativa FINANCOOP sin darle la oportunidad a quienes la dirigían y conformaban de ser oídos y menos ofrecer una verdadera comprensión y ayuda en el momento de la crisis, que sirviera para salvar la institución”*.

Agregaron que el 13 de agosto de 1998 la Superintendencia Financiera designó como “funcionario visitador” al señor Germán Alberto Mery Concha y mediante Resolución No. 2201 del 21 de agosto de ese mismo año se nombró al señor César Augusto Gamba Martínez “para ejecutar la medida de toma de la posesión”, quienes emitieron conceptos técnicos y contables, los cuales, a la postre, determinaron las medidas contra FINANCOOP. No obstante lo anterior, señalaron los demandantes que -en su sentir- dichos funcionarios no cumplían con los requisitos señalados en la ley para desempeñar tales cargos, como lo era el haber desempeñado el ejercicio de actividades técnico contables, es decir, debían ser contadores públicos.

Añadieron que los informes rendidos por tales funcionarios fueron acogidos por la Superintendencia y las recomendaciones fueron tenidas en cuenta para la expedición de la Resolución No. 1199 del 11 de septiembre de 1998, mediante la cual se ordenó la toma de posesión de la Cooperativa, medida que no buscó la recuperación de la Cooperativa, sino su liquidación.

En relación con los hechos descritos, sostiene la parte actora que son constitutivos de una falla del servicio por parte de la Nación - Ministerio de Hacienda y la Superintendencia Bancaria, básicamente, por lo siguiente:

“i. Su conducta omisiva frente a un deber que le impone la Constitución y la Ley al Estado en general y a éstas entidades en particular en lo que atañe a la protección, promoción y fortalecimiento de las Cooperativas y una actitud que por el contrario fue imprudente y creadora de un pánico financiero en contra del sector Cooperativo.

ii. En segundo término una actuación de hecho, manifiestamente ilegal que consistió en valerse contra expresa prohibición legal de personal no idóneo para practicar la visita de FINANCOOP y para adelantar los informes contables y financieros relacionados con el estado de la Cooperativa, situación que de hecho vicia la actuación y que obviamente condujo a interpretaciones erróneas de los estados contables y financieros trayendo como consecuencia la toma de posesión de los bienes y haberes de la Cooperativa, primero ordenando que fuera en administración y casi inmediatamente ordenando la toma para su liquidación y el retiro obligatorio de los demandantes, de la dirección de la Cooperativa.

iii. En tercer lugar una serie de irregularidades y procedimientos que muestran a las claras una intención oscura y previamente calculada de terminar con la Cooperativa, de no darle ninguna oportunidad y de actuar en relación con ella en una forma desigual que constituye la imposición de una carga pública injustificada que debe ser reparada”.

Finalmente, los demandantes sostuvieron que existía una relación de causalidad entre las anteriores fallas del servicio y la afectación de su vida profesional, así como de sus hojas de vida y su buen nombre, porque en su calidad de representante legal del señor Andrés Ricardo Molano Torres y, de suplente del mismo, de la señora Gloria Ovalle Acosta, no sólo fueron separados de sus cargos, sino que “todo el desprestigio de un mal manejo de la cooperativa y el fracaso de la misma recayó sobre su gestión (...), afirmaciones como las contenidas en las resoluciones 1199 del 11 de septiembre de 1999 emanada de la Superintendencia y en la Resolución 0161 del 28 de enero de 2000, muestran fehacientemente como el perjuicio que se reclama sobre los

demandantes, es producto de las mismas vías de hecho usadas por las entidades demandadas en relación con FINANCOOP¹. (Subrayas adicionales).

La demanda inicialmente formulada fue rechazada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a través de auto de fecha 19 de septiembre de 2000, al concluir que *“la demanda es sustantivamente inepta porque no se demandaron los actos administrativos que dieron origen a la misma”*. La anterior decisión fue revocada por esta Sección del Consejo de Estado mediante proveído del 4 de octubre de 2001; en consecuencia, se ordenó la inadmisión del libelo con el fin de que la parte actora *“proceda a corregirla en el sentido de indicar con absoluta claridad y precisión cuáles son los hechos u omisiones de la Administración que llevan a promover este proceso y que constituyen la fuente del perjuicio por el cual se reclama la correspondiente indemnización”*.

Respecto de las consideraciones que tuvo en cuenta en esa oportunidad el Consejo de Estado para proferir dicha decisión, resulta pertinente transcribir los siguientes apartes:

*“... La Sala considera que la pluralidad de factores que aduce la parte actora como fundamento de la acción impetrada, así como la complejidad que reviste la controversia sobre la cual versa el proceso, pues se refiere a cuestiones fácticas de naturaleza diversa, la labor interpretativa de la demanda por parte del juez se dificulta y, en consecuencia, no es posible concluir a priori que, en este caso, la acción fue indebidamente escogida, como lo estimó el Tribunal”*².

Mediante escrito presentado oportunamente la parte demandante allegó la correspondiente corrección de la demanda y precisó los hechos en los que basaba sus pretensiones (los cuales fueron relacionados anteriormente). Tanto la demanda como la corrección de la misma se notificaron en legal forma a la entidad demandada y al Ministerio Público³.

1.2.- La Nación - Ministerio de Hacienda contestó la demanda dentro de la respectiva oportunidad procesal y se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas por el demandante. En su defensa propuso las excepciones que denominó: i) *“ausencia de falla del servicio por parte del Ministerio de Hacienda”*; ii) *“indebida representación de la Nación”*; iii) *“e improcedencia de la acción ejercitada (sic)”*.

En relación con la primera y segunda excepción, sostuvo que el Ministerio de Hacienda no era la entidad llamada a responder por el presunto daño alegado en la demanda, toda vez que las funciones de inspección, vigilancia y control que, según los actores, fueron la causa del daño que fundamentó la presente acción, están radicadas por la ley en la Superintendencia Bancaria, entidad que cuenta con patrimonio autónomo y también ostenta la representación de la Nación en procesos contencioso administrativos.

Respecto de la segunda excepción, señaló que habida cuenta de que lo que se pretende cuestionar con la presente acción indemnizatoria es la legalidad de unos actos administrativos que decretaron la liquidación de FINANCOOP, la acción procedente era la de nulidad y restablecimiento del derecho, razón por la cual

¹ Fls. 2 a 25 C. 1.

² Fls. 1 a 58 C. 3.

³ Fls. 87 a 90 C. 1.

debía declararse la ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción⁴.

A su turno, la Superintendencia Bancaria señaló que la actuación administrativa y los actos administrativos que se expidieron con el fin de realizar la toma de posesión y liquidación de la Cooperativa FINANCOOP, se enmarcaron de forma estricta al ordenamiento jurídico vigente, amén de que las causas que llevaron a la adopción de tales medidas fueron *“el resultado de la gestión de la Cooperativa”*; además, se añadió que la crisis general del sistema financiero y del sector de la economía solidaria, son hechos ajenos a la Superintendencia Bancaria.

De otra parte, propuso también la excepción consistente en la ineptitud sustantiva de la demanda por improcedencia de la acción de reparación directa, comoquiera que los hechos y omisiones en los cuales habría incurrido dicho ente se encuentran directamente relacionados con la expedición de las Resoluciones 1101 del 21 de agosto de 1998 y del 1198 del 11 de septiembre de ese mismo año, las cuales ordenaron la toma de posesión y liquidación de la Cooperativa FINANCOOP, razón por la cual señaló que la acción que debió ejercerse para cuestionar la legalidad de tales actos administrativos era la acción de nulidad y restablecimiento del derecho⁵.

1.3.- Vencido el período probatorio dispuesto en providencia proferida el 10 de diciembre de 2002 y fracasada la etapa de conciliación, mediante auto de 30 de julio de 2003 el Tribunal de primera instancia dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto⁶.

La parte demandante insistió en que las resoluciones expedidas por la Superintendencia Bancaria que ordenaron la toma de posesión y posterior liquidación de la Cooperativa FINANCOOP, estuvieron precedidas de *“un manejo desmedido, contrario a la Constitución y a las leyes, por parte de las entidades llamadas a cumplirlo y a defender el sector solidario, que crearon el pánico con las consecuencias que de él se derivan, resulta reprochable su actitud y clara responsabilidad en el fracaso de la entidad Cooperativa Financoop y del daño moral y material causado a los directivos y demandantes de este proceso”*⁷.

En sus alegatos el Ministerio de Hacienda insistió en la configuración de las excepciones perentorias de inepta demanda y ausencia de falla del servicio respecto de esa cartera ministerial, a lo cual agregó que si lo que se pretendía era cuestionar la legalidad de los actos administrativos que ordenaron la toma de posesión y posterior liquidación de la Cooperativa FINANCOOP, la vía procesal adecuada no podía ser otra sino la acción de nulidad y restablecimiento del derecho⁸.

Por su parte, la Superintendencia Bancaria reiteró que debía declararse próspera la excepción de inepta demanda y, en consecuencia, inhibirse del estudio de fondo de la presente acción, toda vez que la acción incoada -reparación directa-, no era la acción procedente para cuestionar la legalidad de unos actos administrativos de carácter particular, los cuales -según indicó-, se

⁴ Fls. 30 a 39 C. 1.

⁵ Fls. 44 a 83 C. 1.

⁶ Fls. 85, 91 C. 1.

⁷ Fls. 95 a 100 C. 1.

⁸ Fls. 101 a 108 C. 1.

encontraban ajustados al ordenamiento jurídico vigente y estaban amparados por la presunción de legalidad⁹.

1.4.- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Cumplido el trámite legal correspondiente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, profirió sentencia el 25 de febrero de 2004, oportunidad en la cual declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción y, en consecuencia, denegó las pretensiones de la demanda, por considerar, básicamente, que *“el perjuicio se origina exclusivamente de las resoluciones que produjeron la toma de posesión y la sanción al gerente de la Cooperativa. (...) Si los demandantes reclaman un perjuicio por una intervención que, en su sentir, fue arbitraria, no se ve razón alguna para pedir una indemnización cuando los actos administrativos que la ordenaron se conservan incólumes en su presunción de legalidad y veracidad. (...), para la reparación de los daños alegados por los demandantes se requiere la declaratoria de ilegalidad de los actos que les causó el presunto perjuicio, situación que no puede ser atacada a través de la acción de reparación directa”*¹⁰.

1.5.- EL RECURSO DE APELACION

Contra la anterior decisión, la parte demandante interpuso oportunamente recurso de apelación, el cual fue concedido por el Tribunal *a quo* el 24 de marzo de 2004 y admitido por esta Corporación el 10 de agosto de esa misma anualidad¹¹.

Como motivo de su inconformidad para con el fallo de primera instancia, la parte recurrente manifestó lo siguiente:

“Disentimos del enfoque planteado por la Sala de decisión del H. Tribunal, porque un estudio de fondo de la situación nos lleva a la certeza que por vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no puede hacerse justicia en este caso, porque a la luz de la técnica jurídica los actos administrativos de intervención de la Cooperativa y por consiguiente de remoción de los directivos de Financoop están ajustados a la ley. Es decir que las decisiones están ajustadas a lo prescrito en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, dictadas por el órgano y el funcionario competente y se dan las causales previstas para la intervención etc.

El problema que nos ocupa es diferente, aquí no se trata de establecer una situación formal, orientada a atacar los actos administrativos dictados. Por el contrario, las irregularidades que a través de la demanda se exponen y que desencadenaron o llevaron finalmente a emitir los actos administrativos son la materia de esta demanda. Esto es las actuaciones de hecho de la administración, irregulares y contrarias a los fines para las que fueron instituidas, que prepararon el terreno y predispusieron o condujeron de una manera irremediable a crear el clima propicio para precipitar la caída aparatosa de la Cooperativa, de una manera ‘legal’, cuando en verdad, son estos hechos y omisiones previas de las autoridades, la causa real y directa de este desastre (...), sin que a nuestro juicio y de acuerdo con la prueba recaudada, exista un motivo

⁹ Fls. 116 a 142 C. 1.

¹⁰ Fls. 144 a 160 C. Ppal.

¹¹ Fls. 104 y 173 C. Ppal.

poderoso, distinto al actuar oficial, que fuera determinante en el desencadenamiento del desastre final que llevó a la intervención y liquidación de la entidad y al escarnio y desvinculación de los demandantes.”¹²

1.6.- Una vez se dispuso el traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto, éste último guardó silencio¹³.

La parte demandante insistió en que las entidades demandadas incurrieron en una falla del servicio que determinó la liquidación de la Cooperativa FINANCOOP, para tal efecto señaló:

“Las medidas adoptadas por la Superintendencia Bancaria adolecen de precipitud (sic) y de seriedad. Es así como el Consejo Asesor del Ministerio de Hacienda emite concepto favorable para la toma de posesión para la Administración de la Cooperativa Financoop, sin que se haya practicado la visita a la misma, ni se haya establecido su estado, esto se comprueba porque el concepto se emitió el 12 de agosto de 1988 y sólo hasta el 13 del mismo mes se nombró al funcionario de la Superintendencia y se ordenó la visita para establecer el estado de Financoop.

Se envía personal no idóneo, que contrario a lo que afirma la Superintendencia Bancaria, hace diagnósticos y análisis acerca de la situación financiera de la entidad Financoop y de sus estados contables, que sirve de base para la toma de medidas primero de posesión para la administración y sin dar lugar a esta y con base en el análisis financiero de quien no podía hacerlo, por no ser contador público juramentado, ordenar la toma para la liquidación. Esta actuación está prohibida por la ley, porque se presta, como en este caso, a que la información financiera sea manipulada y analizada, por personas que carecen de la idoneidad para ello. (...). La ley también ordena (Estatuto Orgánico art. 117 del sistema financiero), que ‘Cuando se haya tomado posesión de una institución vigilada para administrarla, se conservará dicha posesión hasta cuando se subsanen las causas que hayan dado lugar a la medida’, esta norma también fue violada por la Superintendencia, que no obstante haber tomado la medida de ordenar la intervención para la administración, de manera casi inmediata y sin dar lugar a la recuperación, con base en el estudio financiero y contable realizado por uno de estos delegados sin título de idoneidad necesaria para ello, cambió la medida y ordenó su liquidación”¹⁴ (Se deja destacado).

A su turno, las entidades demandadas luego de transcribir íntegramente los argumentos expuestos con la contestación de la demanda y con los alegatos de conclusión de primera instancia, solicitaron, de forma separada, se profiriera la confirmación de la sentencia de impugnada¹⁵.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el presente asunto sometido a su conocimiento.

¹² Fls. 166 a 167 C. Ppal.

¹³ Fls. 175, 207 C. Ppal.

¹⁴ Fls. 184 a 189 C. Ppal.

¹⁵ Fls. 190 a 204 C. Ppal.

II. CONSIDERACIONES

2.1.- COMPETENCIA

La Sala es competente para conocer del asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 25 de febrero de 2004, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, comoquiera que la demanda se presentó el 22 de agosto de 2000 y la pretensión mayor se estimó en 2.000 gramos de oro por concepto de perjuicios morales para cada uno de los demandantes, equivalentes en pesos a \$ 38'461.600, la cual supera el monto exigido para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa tuviera vocación de doble instancia ante esta Corporación para aquella época, esto es \$ 26'390.000¹⁶.

2.2.- LA ACCION PROCEDENTE EN EL PRESENTE CASO

Tal y como se dejó indicado en los antecedentes de esta sentencia, la parte demandante interpuso acción de reparación directa con el fin de obtener la declaratoria de responsabilidad de las demandadas por los perjuicios ocasionados <<con la actuación de hecho que llevó a la intervención y posterior liquidación de la Cooperativa Nacional Financiera Limitada FINANCOOP y al retiro de los demandantes de sus cargos como administradores de la entidad intervenida>>.

De igual forma, en el libelo introductorio se arguyó que las entidades demandadas incurrieron en falla del servicio, por cuanto "afirmaciones como las contenidas en las resoluciones 1199 del 11 de septiembre de 1999 emanada de la Superintendencia y en la Resolución 0161 del 28 de enero de 2000, muestran fehacientemente como el perjuicio que se reclama sobre los demandantes, es producto de las mismas vías de hecho usadas por las entidades demandadas en relación con FINANCOOP".

Ahora, si bien la parte actora señaló en el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que la presente acción no cuestionaba los actos administrativos expedidos por la Superintendencia Bancaria que ordenaron la intervención, toma de posesión y posterior liquidación de la Cooperativa Financoop, lo cierto es que a lo largo del trámite de este proceso, se insistió en que dicha actuación administrativa resultó ilegal y arbitraria, es decir contraria a la Carta Política y a las leyes.

Así pues, advierte la Sala *ab initio* que la decisión apelada amerita ser confirmada, en tanto la demanda es sustancialmente inepta por indebida escogencia de la acción.

En efecto, de la lectura de los hechos y pretensiones de la demanda, así como de las diferentes actuaciones surtidas a lo largo del trámite de la presente acción se infiere, sin hesitación alguna, que la génesis del litigio se ubica en la adopción de unas decisiones adversas a la Cooperativa FINANCOOP y, por ende, lesiva para los intereses de los señores Andrés Ricardo Molano Torres y Gloria Cecilia Ovalle

¹⁶ Decreto 597 de 1988.

Acosta, **las cuales se hallan contenidas en unos actos administrativos**, por medio de los cuales la Superintendencia Bancaria ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de FINANCOOP para la administración de los mismos (Resolución 1101 de 21 de agosto de 1998); así como ordenó la liquidación de la citada Cooperativa (Resolución 1199 del 11 de septiembre de 1998).

Así pues, aunque la parte demandante definió que la acción procedente era la de reparación directa, al observarse el libelo demandatorio y las diferentes intervenciones procesales, se concluye que lo deprecado se encaminó a cuestionar la legalidad de dichos actos administrativos que ordenaron la intervención, toma de posesión de los bienes de la Cooperativa y la posterior liquidación de ésta, reclamaciones propias de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ya que resulta imprescindible la realización de un juicio de legalidad sobre la expedición de los referidos actos administrativos para examinar la procedencia de la eventual reparación de los perjuicios que se afirma les fueron irrogados a los actores.

Ahora bien, el artículo 86 del C.C.A., prevé el ejercicio válido de esta acción indemnizatoria cuando una persona demanda directamente la reparación de un daño que tenga como fuente la ocurrencia de un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de bienes inmuebles por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

Por su parte, el artículo 85 de la misma compilación, dispone que *“...toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, **podrá pedir que se declare la nulidad de un acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño...**”*, lo anterior implica que ante la existencia de un acto administrativo de carácter particular y concreto, adoptado dentro de un procedimiento administrativo como consecuencia de una petición para obtener una reliquidación pensional, la acción idónea resulta ser la de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo transcrito en precedencia.

Al respecto, esta Corporación ha precisado que el criterio útil en la determinación de la acción procedente para reparar daños generados por la Administración es el origen de los mismos, de manera tal que, si la causa del perjuicio es un acto administrativo que se considera ilegal debe acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por manera que si el daño es generado por la aplicación de un acto administrativo ilegal, para que la reparación sea posible será necesario dejarlo sin efectos, dada la presunción de legalidad; al no incoarse esta acción significa que su legalidad está incólume, por tanto, ese acto administrativo quedó ejecutoriado, situación que impide deducir un daño originado de una ilegalidad alegada¹⁷. En otras palabras, se tiene claro que los actos administrativos expresan la legalidad y la verdad, y que eso fue lo que hizo la Administración al adoptar su decisión y, para que desapareciera del ordenamiento jurídico ha debido demandar la actora su nulidad, so pena de seguir sometida a sus efectos jurídicos.

Es probable que en la concreción o materialización de un acto administrativo se infieran perjuicios, los cuales habrán de distinguirse de manera clara a efectos de identificar la acción procedente para solicitar el restablecimiento del derecho en el

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 13 de diciembre de 2001. Radicación No. 20.678 C.P. Alíer E. Hernández Enríquez

caso concreto. En efecto, el daño se puede relacionar de forma directa o indirecta con un acto administrativo, pero es posible que devenga de sus efectos legales y ajustados al ordenamiento jurídico, lo que configura la responsabilidad por el acto administrativo legal¹⁸, o de su materialización. Por consiguiente, se debe tener claridad en lo que se refiere a la naturaleza del detrimento, toda vez que si el mismo deriva de un acto administrativo que la parte considera ilegal, habrá lugar a deprecar la correspondiente indemnización de perjuicios a través del ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en los términos del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo; ahora, si el daño se produce con motivo de la expedición de un acto administrativo frente al cual no se discute la legalidad, o porque es una operación administrativa por la ejecución fáctica del acto, la acción procedente será la de reparación directa, de conformidad con el artículo 86 del mismo estatuto.

Para el caso *sub examine*, advierte la Sala que las decisiones por medio de las cuales se ordenó la toma de posesión de los bienes de la Cooperativa FINANCOOP así como la orden de liquidación de dicha Cooperativa, como resulta apenas natural, se encuentran contenidas en unos actos administrativos de carácter particular y concreto que surten plenos efectos jurídicos y que se encuentran amparados con la presunción de legalidad y veracidad que les es inherente en virtud de las disposiciones del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo (Decreto ley 01 de 1984).

Para el caso *sub examine*, la Sala ha verificado que la fuente del daño, como se indicó en precedencia, no es una simple omisión, puesto que la Administración realmente no ha incurrido en el defecto señalado como desacertadamente lo presenta la demandante, pues una acepción fenomenológica de la omisión indica que se puede entender como tal haber dejado de hacer algo frente a lo que estaba obligada en la ejecución de una determinada labor o cosa que, por algún motivo, debería haber hecho -ello ubicado en el plano negativo de la acción-. De modo que, la entidad demandada, al proferir las Resoluciones por medio de las cuales se ordenó la toma de posesión de los bienes de la Cooperativa FINANCOOP así como la orden de liquidación de dicha Cooperativa, exteriorizó su voluntad (*acto volitivo positivo que incorporó una decisión negativa mas no omisiva, con fundamento en los argumentos jurídicos que se expresan allí*), configurándose un acto administrativo de carácter particular y concreto que surte plenos efectos jurídicos y que se encuentra amparado con la presunción de legalidad y veracidad que le es inherente en virtud de las disposiciones del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo.

Así las cosas, concluye la Sala que con fundamento en las bases fácticas propuestas y las pretensiones planteadas resulta improcedente emitir un pronunciamiento de fondo en el presente asunto, comoquiera que está demostrada la indebida escogencia de la acción, la cual constituye presupuesto necesario de la sentencia de mérito, tal como lo ha sostenido esta Sección del Consejo de Estado¹⁹:

“Al efecto cabe tener en cuenta que esta Corporación²⁰ ha precisado que persisten algunos requisitos indispensables para proferir una decisión de fondo, como lo es que la acción contencioso administrativa se ejerza con

¹⁸ Consultar en este sentido. Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia de 27 de abril de 2006. Radicación No. 16.079 C.P. Ramiro Saavedra Becerra; Sentencia de 8 de marzo de 2007 Radicación No. 16.421 C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁹ Sentencia de 28 de abril de 2010, Exp. 17.811. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁰ Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de enero de 1976.

sujeción a los requisitos que prevé la ley para su procedencia²¹, sin perjuicio de que, como lo explica la doctrina, el juez cumpla con la obligación 'de declarar la razón por la cual no puede proveer'²².

De otra parte, debe precisar la Sala que si bien es cierto mediante auto de fecha 4 de octubre de 2001, la Sala que integraba esta Sección del Consejo de Estado revocó la decisión proferida por el *a quo* que rechazó la demanda por indebida escogencia de la acción y, por ende, inadmitió la demanda para que se corrigiera y se indicara con *"absoluta claridad y precisión"* los hechos u omisiones en que habría incurrido la demandada para causar el daño antijurídico demandado, también es cierto que el fundamento para adoptar dicha decisión se basó en que *"dada la pluralidad de factores que aduce la parte actora como fundamento de la acción impetrada, la labor interpretativa por parte del juez se dificulta y, en consecuencia, no es posible concluir a priori que, en este caso, la acción fue indebidamente escogida"*.

Ahora bien, pese a que la parte actora presentó un escrito de corrección de la demanda en el cual esquematizó los hechos u omisiones de la Administración que habrían causado el presunto daño antijurídico, lo cierto es que el mismo -tal y como se ha dejado expuesto- se dirigió especialmente a cuestionar la legalidad de las resoluciones que ordenaron la toma de posesión y posterior liquidación de la Cooperativa FINANCOOP, por manera que -reitera la Sala-, la acción de reparación directa ejercida se torna abiertamente improcedente.

Sobre el particular, resulta necesario precisar que corresponde al juez, al momento de dictar sentencia, analizar aquellos presupuestos de la acción que le permitan decidir el fondo del asunto, razón por la cual el tema relacionado con la escogencia de la acción procedente no puede, ni debe entenderse clausurado por virtud de dicho pronunciamiento, toda vez que en aplicación del artículo 364 del C. de P. C.:

"Cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.

Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, podrá abstenerse de examinar las restantes. En este caso, si el superior considera infundada aquella excepción, resolverá sobre las otras, aunque quien la alegó no haya apelado de la sentencia". (Negrillas fuera del texto original).

De igual forma, sobre la procedencia de las excepciones de fondo en los procesos adelantados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el artículo 164 del C.C.A., establece:

"En todos los procesos podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda, cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos.

"En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada.

²¹ Sección Tercera Sentencia 20746 del 4 de julio de 2002.

²² José Chiovenda, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Editorial Reus S.A., Madrid. 1977; tomo I, Págs. 125 y 126.

“Son excepciones de fondo las que se oponen a la prosperidad de la pretensión” (Negrillas de la Sala).

De la normatividad en comento se advierte que ante el acaecimiento de la caducidad, dada la naturaleza de la misma, el Juez está facultado para declarar de oficio su configuración e incluso está en el deber de hacerlo, así no hubiese sido objeto de apelación por alguna de las partes. Al respecto, la Sala Plena de esta Sección del Consejo de Estado al definir la competencia del juez de segunda instancia, precisó:

“En este orden de ideas, para la Sala Plena de la Sección Tercera resulta claro –y alrededor de este planteamiento unifica en esta materia su Jurisprudencia– que por regla general el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia²³ de la sentencia como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’”²⁴.

Ahora bien, en relación con la mencionada regla general, según la cual aquellos temas no propuestos en el recurso de alzada estarían llamados a excluirse del conocimiento del juez ad quem, **conviene precisar que dicha regla general no es absoluta, puesto que la misma debe entenderse y admitirse junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.**

²³ “En relación con la aplicabilidad del principio de congruencia en lo que corresponde a la resolución del recurso de apelación puede consultarse el pronunciamiento efectuado recientemente por la Sala, mediante providencia fechada en abril 1 de 2009, dentro del expediente 32.800, con ponencia de la señora Magistrada Ruth Stella Correa Palacio, en la cual se puntualizó:

“De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional”.

²⁴ “Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997”.

*En efecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado en múltiples decisiones ha determinado la operancia del fenómeno jurídico procesal de la caducidad de la acción ejercida, así como también ha encontrado acreditada la existencia de la falta de legitimación en la causa –por activa o por pasiva– e incluso **la ineptitud sustantiva de la demanda, casos²⁵ en los cuales ha denegado las pretensiones de la demanda o se ha inhibido de fallar, según el caso, con independencia de si tales presupuestos o aspectos hubieren sido, o no, advertidos por el juez de primera instancia o por alguno de los sujetos procesales, incluido, claro está, aquel que hubiere impugnado la providencia del juez a quo.***” (Negrillas adicionales)²⁶.

Finalmente, la Sala estima necesario precisar que habida cuenta de que en el presente asunto se proferirá un fallo inhibitorio, dicha circunstancia impide abordar el fondo de la *litis* y, por ende, resulta inocuo efectuar el correspondiente estudio y análisis frente a la posible configuración de otras excepciones como lo son la eventual caducidad de la acción y ausencia de falla en el servicio.

2.3.- CONDENA EN COSTAS.

Comoquiera que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, debido a que ninguna procedió de esa forma en el *sub lite*, no habrá lugar a su imposición.

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

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 25 de febrero de 2004 y en su lugar se dispone:

²⁵ “En relación con la caducidad de la acción ejercida, la Sala ha sostenido: ‘El Juez está facultado para declarar de oficio la caducidad de la acción cuando quiera que, de conformidad con las pruebas obrantes en el proceso, encuentre probados los supuestos que la configuran; al respecto la Sala ha considerado:

‘La caducidad de la acción puede entenderse como la institución jurídico-procesal mediante la cual el legislador, en consideración a la seguridad jurídica y el interés general, establece límites temporales para el ejercicio de las acciones que materializan el derecho de acceso a la administración de justicia. Cuando opera la caducidad se extingue el derecho de acción ‘de manera que si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusa alguna para revivirlos. Dichos plazos constituyen entonces, una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado’. Por ser de orden público, la caducidad es indisponible, irrenunciable y el juez, cuando encuentre probados los respectivos supuestos fácticos, puede declararla de oficio, aún en contra de la voluntad de las partes. La caducidad opera por el sólo transcurso objetivo del tiempo, y su término perentorio y preclusivo, por regla general, no se suspende, no se interrumpe y no se prorroga”. [Sentencias de 24 de abril de 2008, exp. 16.699. M.P. Myriam Guerrero de Escobar y de 30 de agosto de 2006, exp. 15.323, entre muchas otras]”.

²⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia proferida el 6 de febrero de 2012, Exp. 21.060, con ponencia del Magistrado, Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

1. Inhibirse para resolver de fondo el asunto sometido a su conocimiento por indebida escogencia de la acción.

2. Devolver el remanente de lo consignado para gastos del proceso.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: En firme este fallo **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HERNAN ANDRADE RINCON

MAURICIO FAJARDO GOMEZ

CARLOS A. ZAMBRANO BARRERA