República de Colombia

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

"Et decimos que regla derecha es que todos los judgadores deben ayudar á la libertad, porque es amiga de la natura, que la aman non tan solamente los homes, mas aun todas las animalias". (Las Siete Partidas: Partida VII. Titulo XXXIII. Ley XIII).

Primer Semestre 1983
Nos. 477—478
Tomo CIV — Año LVIII

REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

AÑO LVIII
TOMO CIV
NUMEROS: 477-478

RELATORAS:
Dra. Nubia González Cerón
Dra. María Elena Giraldo Gómez

PRIMER SEMESTRE
1983

CONSEJO DE ESTADO

PRIMER SEMESTRE DE **1983**

SALA PLENA

Presidente:
Dr. Humberto Mora Osejo
Vicepresidente:
Dr. Samuel Buitrago Hurtado

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
CONSEJEROS

SECCION PRIMERA

Dr. Roberto Suárez Franco
Dr. Samuel Buitrago Hurtado
Dr. Mario Enrique Pérez Velasco
Dr. Jacobo Pérez Escobar

SECCION SEGUNDA

Dr. Joaquin Vanin Tello
Dr. Ignacio Reyes Posada
Dr. Alvaro Orejuela Gómez
Dra. Aydée Anzola Linares

SECCION TERCERA

Dr. Carlos Betancur Jaramillo
Dr. Jorge Valencia Arango
Dr. Jorge Dangond Flores
Dr. Eduardo Suescún Monroy

SECCION CUARTA

Dr. Bernardo Ortiz Amaya
Dr. Enrique Low Murtra
Dr. Carmelo Martínez Conn
Dr. Gustavo Humberto Rodríguez

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Dr. Jaime Betancur Cuartas
Dr. Jaime Paredes Tamayo
Dr. Humberto Mora Osejo
Dr. Osvaldo Abello Noguera

FISCALES

Fiscal Primero: Dr. Alvaro León Cajiao
Fiscal Segundo: Dra. Edné Cohen Daza
Fiscal Tercero: Dr. Carlos Octavio Rodríguez
Fiscal Cuarto: Dr. Euclides Londoño Cardona
Fiscal Quinto: Dra. Clara Forero de Castro
Fiscal Sexto: Dra. Dolly Pedraza de Arenas

RELATORAS

Dra. Nubia González Cerón
Dra. María Elena Giraldo Gómez

SECRETARIO GENERAL
Dr. Darío Quiñones Pinilla

PRIMERA PARTE

FUNCION CONSULTIVA

CAPITULO UNICO

CONSULTAS DEL GOBIERNO

PRIMA DE ANTIGUEDAD. Decreto 903 de 1961.

CREACION. APLICACION. EXCEPCION. PERIODOS. Significado de la expresión: "por cada año continuo de servicios en propiedad, que completen en sus respectivos cargos, a partir del 1o. de enero de 1970". Decreto 1231 de 1973. Porcentajes.

LEY LABORAL FAVORABILIDAD. (Inciso 6o. del artículo 45 - Ley 153 de 1887). Código Civil artículo 32.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Bogotá, D.E., veintiséis de octubre de mil novecientos setenta y ocho (1978).

Consejero ponente: **Dr. Jaime Betancur Cuartas**

Radicación: No. 1.244 Referencia: Consulta

El señor Ministro de Justicia hace a esta Sala, la siguiente consulta:

"ANTECEDENTES LEGALES:

El Decreto número 903 de 1969, creó una Prima de Antigüedad para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, como estímulo para la permanencia en el servicio, de acuerdo a lo pertinente que se transcribe a continuación:

"Decreto 903 de 1969... Artículo 4o. Créase una Prima de Antigüedad para todos los empleados y funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, excepción hecha de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Consejeros de Estado, Procurador General de la Nación y Fiscales del Consejo de Estado, por un valor de un dos por ciento de la asignación mensual básica por cada año continuo de servicios, en propiedad, que completen en sus respectivos cargos a partir del día 1o. de enero de 1970... El cómputo de tiempo se interrumpe por discontinuidad en el servicio y por pasar de un cargo de superior remuneración, casos en los cuales la antigüedad comenzará a contarse, con prescindencia del lapso anterior, a partir de la toma de posesión del nuevo empleo".

"El Decreto número 1231 de junio de 1973 "Por el cual se dictan normas sobre Prima de Antigüedad para los servidores de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, dispuso:

"Decreto 1231 de 1973... Artículo 1o. La Prima de Antigüedad a que se refieren los Decretos 903 de 1969 y 283 de 1973 se continuará reconociendo y pagando en los términos y porcentajes que dichas normas establecen hasta cuando los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público cumplan el año de servicio que actualmente vienen prestando.

"Artículo 2o. A partir del vencimiento del año de servicios a que se refiere el artículo anterior, la Prima de Antigüedad se reconocerá y pagará conforme a las siguientes reglas:

1a. Como base de liquidación se tomarán las asignaciones establecidas en el Decreto 283 de 1973 con los incrementos que por Prima de Antigüedad hayan adquirido los funcionarios y empleados.

2a. Las sumas señaladas en la regla anterior serán incrementadas, por concepto de Prima de Antigüedad, con un 10% por cada dos años continuos de servicios en propiedad o interinidad.

3a. El porcentaje señalado en el numeral anterior se computará bienalmente sobre la asignación básica más el incremento adquirido a Título de Prima de Antigüedad.

"Artículo 3o. Quienes se vincularen a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público con posterioridad a la vigencia del presente decreto, tendrán derecho a Prima de Antigüedad del 10% por cada dos años continuos de servicios, liquidada conforme a lo dispuesto en el artículo anterior.

"Artículo 4o. El tiempo para el reconocimiento de la Prima de Antigüedad no se interrumpe por el hecho de pasar el funcionario o empleado a ocupar un cargo diferente dentro de la Rama Jurisdiccional o el Ministerio Público. En este caso se computará el tiempo servido en el cargo anterior y la Prima se reconocerá teniendo en cuenta la asignación básica del nuevo empleo.

"Artículo 5o. Para los efectos del presente decreto se considera que no hay discontinuidad en la prestación del servicio cuando ésta se interrumpa por licencias, no mayores de 60 días durante el respectivo período bienal, que fueren concedidas al funcionario o empleado.

"Artículo 6o. No tienen derecho a Prima de Antigüedad los funcionarios excluidos de la misma por el artículo cuarto del Decreto 903 de 1969.

"Artículo 7o. Este decreto rige a partir de la fecha de su expedición".

"Igualmente, la Honorable Corte Suprema de Justicia, al tratar sobre la exequibilidad de algunos artículos (1o., 2o. y 13) de los Decretos 1231 y 283 de 1973, respectivamente, indica en sus consideraciones lo que pertinentemente se transcribe a continuación.

"CONSIDERACIONES

3a. No puede hablarse de antigüedad, si ésta no existe. Tal la razón para que el Decreto 903 la hubiera establecido en un año que se iría completando a partir del 1o. de enero de 1970, si el nuevo Decreto, el 1231 de 1973, mantiene la Prima como de antigüedad y la base de computación anual, no se le puede hacerle decir, so pretexto de defender la Carta, que los aumentos de ella se comiencen a pagar indiscriminadamente al primero de enero de 1973, inclusive a quienes no tienen ninguna antigüedad en el servicio... 4a. Se tiene, entonces, que el cómputo del tiempo, por anualidades que se completen a partir del 1o. de enero de 1970, como fundamento del reconocimiento de la Prima no es creación del Decreto 1231 de 1973, sino que éste en su artículo

primero lo recoge y mantiene tal como había sido creado por el Decreto 903. Y por lo mismo, al disponer en su artículo 2o. que a partir del vencimiento del año de servicios que venía en curso al ser expedido, entre a regir el aumento de dichas Primas en un 10% por cada dos años continuos de servicio en propiedad o interinidad, respetó en un todo la situación establecida por el decreto anterior, sin que hubiera quebrantado en nada el artículo 5o. de la ley de facultades, según el cual los reajustes de las asignaciones entrarían a regir el 1o. de enero de 1973. Quiere ello decir, y no es otro el espíritu del artículo 2o. del decreto, que quienes vayan completando su año de servicios en curso, a partir del 1o. de enero de 1973, y en cualquier fecha que ello ocurra, tienen derecho a los aumentos por concepto de Prima" (Sentencia de octubre 30 de 1973).

"SE PREGUNTA:

"1o. ¿Cuándo se obtuvo el derecho a devengar el primer 2% de Prima de Antigüedad para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, el 1o. de enero de 1970 o el 1o. de enero de 1971?

"2o. ¿Cuál es el porcentaje máximo actual que deben devengar a título de Prima de Antigüedad los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, el 34% o 36%?

Primera pregunta. Al respecto la Sala considera y responde así:

1. El 31 de mayo de 1969 se expidió el Decreto 903, que en su artículo 4o. creó la "Prima de Antigüedad", así: "Créase una Prima de Antigüedad para todos los empleados y funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, excepción hecha de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Consejeros de Estado, Procurador General de la Nación y Fiscales del Consejo de Estado, por valor de un dos por ciento de la asignación mensual básica por cada año continuo de servicios, en propiedad, que completen en sus respectivos cargos a partir del día 1o. de enero de 1970".

2. Interesa en el caso aclararse qué alcance tiene en la disposición transcrita el aparte "por cada año continuo de servicios en propiedad, que completen en sus respectivos cargos a partir del 1o. de enero de 1970", y hay norma de interpretación que dice que las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las palabras. Pero dentro de ello, importa en especial la proyección del giro verbal "que completen". Al respecto, según el Diccionario Nuevo Larousse. Manual Ilustrado, 1970, el verbo "Completar" es "hacer una cosa completa", y "Completo, ta" significa: "Entero, íntegro, que tiene todos los elementos necesarios. Acabado, Perfecto. Lleno. Absoluto". Vale decir, para la situación en estudio que la iniciación del beneficio ampara a las personas que estaban vinculadas *desde antes* del 1o. de enero de 1970, y que en esta fecha o durante el transcurso de ese año, llenen, cumplan, o les quede íntegro el año continuo de servicios, en propiedad, en sus respectivos cargos.

3. Si la expedición del decreto se produjo en mayo de 1969 fue con el objeto primordial de beneficiar a quienes ya estaban vinculados al Ministerio Público o a la Rama Jurisdiccional. De otra manera no se justificaría la denominación de "Prima de Antigüedad" dada al referido beneficio: para gozar de éste es necesario ser antiguo dentro de las citadas entidades y resultaría ilógico el

interpretar la norma en sentido futuro, es decir, que el decreto se expidiera en 1969, para empezar a contabilizar en tiempo requerido (un año) en 1970, y finalmente tener el derecho al goce de la Prima a partir de 1971.

4. Pero, como en verdad está planteada la duda en cuanto a la fecha en que debe iniciarse el reconocimiento del derecho a la Prima de que se trata, se debe recurrir a principios generales que para desatarla tiene nuestro orden jurídico sobre interpretación de la ley, así: "los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna" (Inciso 6o. del artículo 45 de la Ley 153 de 1887).

Igualmente el Código Sustantivo del Trabajo, dispone en su artículo 21 "En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador..."; y el mismo Estatuto consagra en el artículo 18 como norma general de interpretación, que se debe tener en cuenta la finalidad indicada en el artículo 1o. del mismo: "La finalidad primordial de este Código es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social.

De otra parte también es sabido que los pasajes oscuros o contradictorios deben interpretarse del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural (Código Civil, artículo 32).

Consecuencia de lo anterior es aplicar ese principio de la favorabilidad a los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, con las salvedades del artículo 4o. del Decreto 903, porque resulta claro que se benefician mayormente si tienen el derecho al disfrute de la Prima, a partir del 1o. de enero de 1970. Aparece como solución más adecuada frente al cumplimiento de los deberes sociales que el artículo 16 de la Constitución impone al Estado.

Segunda pregunta. La Sala analiza y contesta en la siguiente forma:

1. Que el porcentaje actual sea del 34% o del 36% respecto de la Prima de Antigüedad, depende de la interpretación que se dé al artículo 4o. del Decreto 903 de 1969, puesto que si se interpreta la expresión: "*...que completen en sus respectivos cargos, a partir del día 1o. de enero de 1970*" para el futuro, o sea, si se toma como fecha de iniciación de la primera anualidad para efectos de la Prima el 1o. de enero de 1970, quiere decir que se debía empezar a pagarla el 1o. de enero de 1971, lo que representaría un 2% menos al tope máximo actual; pero si por el contrario, se interpreta que al primer 2% de Prima era pagadero el 1o. de enero de 1970, nos resulta como tope máximo actual un 36%. Ya se dijo por la Sala en respuesta a la primera pregunta que el derecho a devengar la Prima se inicia desde el 1o. de enero de 1970.

2. El 27 de junio de 1973 se expidió el Decreto 1231 "por el cual se dictan normas sobre Prima de Antigüedad, para los servidores de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público", que en su norma pertinente (artículo 2o.) dice: "A partir del vencimiento del año de servicios a que se refiere el artículo anterior, la Prima de Antigüedad se reconocerá y pagará conforme a las siguientes reglas:

"1. Como base de la liquidación se tomarán las asignaciones establecidas en el Decreto 283 de 1973, con los incrementos que por Prima de Antigüedad hayan adquirido los funcionarios y empleados.

"2. Las sumas señaladas en la regla anterior serán incrementadas, por concepto de Prima de Antigüedad, con un 10% por cada dos años continuos de servicio en propiedad o en interinidad.

"3. El porcentaje señalado en el numeral anterior se computará bienalmente sobre la asignación básica, más el incremento adquirido a título de Prima de Antigüedad".

De la disposición transcrita, se colige:

a) El Reajuste de Prima de Antigüedad, de un 2% a un 10%.

b) Sustitución en cuanto al tiempo de antigüedad para adquirir el derecho al goce de la prima; por el Decreto 903 de 1969 se estableció el sistema de pago anual; y con la expedición del Decreto 1231 de 1973 se estableció como sistema de pago de la Prima, el bienal.

c) Los dos años de servicios continuos pueden ser por ejercicio del cargo en propiedad o en interinidad.

d) Al reajuste de la Prima (10%), para efectos de la liquidación, se le sumarán los incrementos que los funcionarios y empleados hubieren adquirido por concepto de dicha Prima.

3. Así las cosas, de la aplicación concreta de las normas anteriores para deducir el porcentaje máximo actual por concepto de Prima de Antigüedad, y sobre la base de que el primer 2% se causó el 1o. de enero de 1970 resulta lo siguiente:

1o. de enero de 1970: 2%

1o. de enero de 1971: 2%

1o. de enero de 1972: 2%

Se tiene así un total de 6% hasta el año de 1972.

Pero como con la expedición del Decreto 1231, se reajustó la Prima al 10%, lo cual rige, según el artículo 5o. de la Ley de Facultades (Ley 15 de 1972) a partir del 1o. de enero de 1973, al continuar con la operación iniciada, para buscar el tope máximo, se tiene:

1o. de enero de 1973: 10%

1o. de enero de 1975: 10%

1o. de enero de 1977: 10%

Esto totaliza un porcentaje del 30%; porcentaje al que debemos sumarle los incrementos anteriores, como lo ordena el Decreto 1231, obteniendo así un 36%, como tope máximo por concepto del beneficio a que nos referimos.

4. Como comprobación de que ese 36% es el porcentaje máximo actual, existe el Decreto 809 de 1977 "por el cual se reglamenta el Decreto Extraordinario 542 de 1977", el que a su vez, fija nuevas remuneraciones para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público. El artículo 5o. del citado Decreto que indica norma para la reliquidación prescribe que hasta marzo 31 de 1977 el tope máximo por Prima de Antigüedad era del 36%; el cual está vigente por cuanto el último bienio se liquidó el 1o. de enero de 1977, para quienes ingresaron a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, el 1o. de enero de 1969 o antes.

5. Lo anterior permite opinar que está legalmente reconocido, y en forma expresa, que el porcentaje máximo actual por concepto de Prima de Antigüedad, tanto para empleados y funcionarios de la Rama Jurisdiccional como del Ministerio Público, es del 36%.

En los anteriores términos se responde la consulta del Ministerio de Justicia.

Transcríbase.

Mario Latorre Rueda, Presidente; **Samuel Arango Reyes, Jaime Betancur Cuartas, Jaime Paredes Tamayo.**

Edné Cohen Daza, Secretaria.

VACACIONES. Decreto 3135 de 1968. Decreto 546/71. Decreto Ley 777 de 1978.

Régimen Prestacional en Empleados Públicos y trabajadores oficiales.

SALARIO. ¿Qué constituye factores de salario?

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Bogotá, D.E., catorce de diciembre de mil novecientos setenta y ocho (1978).

Consejero ponente: **Dr. Jaime Betancur Cuartas**

Radicación: No. 1.255 Referencia: Consulta

El Ministro de Trabajo y Seguridad Social hace la siguiente consulta:

"1. El artículo 7o. del Decreto Legislativo 118 de 1957 (convertido con posterioridad en estatuto permanente), estableció el subsidio familiar, a partir del 1o. de enero de 1957. El artículo 8o. del mismo decreto creó el servicio nacional de aprendizaje a cargo de los patronos, indicado por el artículo precedente.

"2. El artículo 9o. del Decreto 118 de 1957, estableció lo siguiente:

"Para las finalidades contempladas en los artículos 7o. y 8o. del presente decreto, los patronos obligados destinarán un cinco por ciento (5%) de su nómina mensual de salarios, que se distribuirá así: un cuatro por ciento (4%) para el subsidio familiar, y un uno por ciento (1%) para el servicio nacional de aprendizaje".

"3. El artículo 27 del Decreto 1521, de 1957 reglamentario del Decreto 118 de 1957 señaló:

"Entiéndese por nómina mensual de salarios para los efectos del artículo 9o. del Decreto 118 de 1957, la totalidad de lo recibido por los trabajadores *como remuneración de sus servicios*, incluyendo las primas de rendimiento, las de costo de vida, los pagos por unidades de tarea a destajo o las sobrerremuneraciones por trabajo suplementario o nocturno y en días domingos o de fiesta".

"4. El Decreto Legislativo 549 del 9 de octubre de 1957, también se refirió, en varios de sus preceptos, al punto de salarios objeto de la presente consulta. Tales referencias, directas, son las contenidas en el artículo 3o., y, por sobre todo, en el 4o. En el mismo sentido se pronunció, el artículo 17 del Decreto Reglamentario 3151 de 1962. En las normas a que se refiere este punto se observa una ausencia de definición sobre la inteligencia de la noción "nómina mensual de salarios".

"5. En los artículos 1o., 2o. y 5o. de la Ley 58 de 1963 se observa curiosamente, que el legislador para efectos del subsidio familiar y de los aportes al SENA, estableció una sutil distinción, que no debe pasar desapercibida por el observador atento: en lo atinente a los empleados públicos y trabajadores oficiales de la nación, departamentos, municipios y el Distrito Especial de Bogotá y las intendencias y comisarías, para quienes se extendió, por vez primera, el derecho al subsidio familiar, se instituyó que el aporte de las entidades oficiales consistía en un "seis por ciento (6%) *del monto de los respectivos sueldos* y jornales...; en lo que concierne a los empleados oficiales (de los establecimientos públicos) y a los trabajadores particulares se reiteró la noción de "nómina mensual de salarios". En idéntica manera, el artículo 1o., Decreto 2978 de 1963, reglamentario de la Ley 58 de 1963.

"6. El matiz que se ha indicado en el punto anterior se encuentra de nuevo en el Decreto Reglamentario 1911 de 1972. En efecto, en su artículo 1o., al remitirse a anteriores estatutos, se habló de "nómina mensual de salarios"; y en el parágrafo del artículo 2o., alude el reglamentador, nuevamente, al "porcentaje de los sueldos y jornales que mensualmente remesan la nación, los departamentos, los municipios, el Distrito Especial de Bogotá y las intendencias y comisarías...".

"La historia de las disposiciones que se han ocupado de las categorías de "nómina mensual de salarios" y "monto de los sueldos y jornales", se mantuvieron estáticos y, por sobre todo sin desarrollar la definición que, originariamente, introdujo el Decreto Reglamentario 1521 de 1967 en su artículo 27. El desarrollo y ampliación de tales conceptos correspondió a la Ley 56 de 1973, que en lo pertinente consagró:

"Artículo 5o. El subsidio familiar solo se reconocerá a los trabajadores tanto oficiales como particulares, cuya remuneración total mensual, fija o variable o promedio, en dinero, en especie o en servicios, no exceda de seis (6) veces el valor del mayor salario mínimo legal que rija en el lugar en donde se realice el pago. *Para determinar dicho límite, se computarán todos los ingresos que reciba el trabajador de una o más personas naturales o jurídicas por cualquier concepto que implique remuneración del trabajo, sea cual fuere la forma, denominación o determinación adoptada, tales como sueldos, salarios, porcentajes sobre ventas, participación de utilidades, comisiones, horas extras, sobre remuneración por trabajo nocturno, días festivos, viáticos para alojamiento o manutención, primas, etc."* (Subraya).

"El concepto clave, del cual se desprenden las ejemplificaciones subrayadas, es el de *ingresos;* noción más amplia que la de *remuneración,* como fácilmente se comprende. Pero, aún más amplia y clara es otra disposición de la Ley 56 de 1973: me refiero a su artículo 12:

"El seis por ciento (6%) de que trata el artículo 2o. de la Ley 58 de 1963, se calculará sobre lo pagado por concepto de salarios a todos los trabajadores del empleador en el respectivo mes bien sea que el pago se efectúe en dinero o en especie. *Por consiguiente se incluirá todo lo que constituye remuneración, por la ejecución de contratos de trabajo, jornales, primas de rendimiento, primas de costo de vida, auxilio de transporte, pagos por unidades de tarea o destajo, valor de lo pagado por domingos y festivos, etc...."* (Subrayo).

"7. En las dos normas transcritas, fácil es apreciarlo, el legislador le dio un carácter (se entiende para el fin perseguido por la Ley 56 de 1973), más amplio a la noción de salario, prevista en los artículo 127, 128 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo. Se incluyen, ciertamente, en las enunciaciones de los conceptos de ingresos y remuneración, factores que no están comprendidos en la definición del artículo 127 del Código, norma, entre otras cosas, que abarca un amplio campo conceptual.

"Todo parece indicar que el legislador en la Ley 56 de 1973 superó la definición de salario del Código, y se acercó a una noción de la materia, consultando nociones económico-sociales que expresan la esencia, la realidad del asunto, de un modo más científico.

"El objeto fundamental que persigue esta consulta es dilucidar, con el juicio luminoso de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, un conflicto interpretativo y de aplicación, que se ha suscitado en torno a si las vacaciones, o mejor, la remuneración percibida durante ellas constituye salario. Y más que todo esclarecer si estos valores deben quedar incluidos en el monto del 6% que deben aportar los patronos, como cuota por subsidio familiar y como aportes al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

"La discusión ha girado en torno a la ecuación simplista: Salario-prestación de servicios, de la cual coligen superficialmente y equivocadamente, que donde no existe una prestación directa e inmediata de servicios, no se da el salario. Todos los valores pecuniarios o apreciables en dinero que percibe el trabajador se originan en la prestación de servicios, en la ejecución del contrato de trabajo directa o indirectamente, incluidas las prestaciones sociales.

Nadie podría negar esta verdad de a puño. Sin embargo, y como muestra paradójica de que ello es así, el legislador de excepción, al expedir el Código Sustantivo del Trabajo, tuvo que expresamente excluir las prestaciones sociales del rubro salarial (Art. 128), y reiterar la exclusión en la prima de servicios (Art. 306, numeral 2o.).

"Enlazado con estas consideraciones cabe, precisamente, recordar que las vacaciones quedaron incluidas en el Título VII, Capítulo IV del Código Sustantivo del Trabajo, que trata de los "Descansos Obligatorios". Es decir, quedaron por fuera de las excepciones que el citado artículo 128 destituye del carácter de salario. Es diciente que, a un nivel jurídico-formal, el legislador haya acentuado en los artículos 186 y 192 el carácter remunerativo del descanso vacacional, que, sólo se distingue de los descensos dominicales y festivos por lo cuantitativo de los días de asueto. Los artículos, dicen:

"Artículo 186. I. Los trabajadores que hubieren prestado sus servicios durante un (1) año tienen derecho a quince (15) días hábiles consecutivos de *vacaciones remuneradas*.

"Artículo 192. Modificado. Decreto 617 de 1964, Art. 8o. I. Durante el período de vacaciones el trabajador recibirá el salario ordinario que esté devengando el día en que comience a disfrutar de ellas. En consecuencia, solo se excluirán para la liquidación de vacaciones el valor del trabajo en días de descanso obligatorio y el valor del trabajo suplementario o de *horas extras*.

"Basados en las anteriores consideraciones, me permito formular los siguientes interrogantes:

"a) ¿Constituyen salario las sumas que percibe el trabajador por concepto de la remuneración de las vacaciones? y en caso negativo,

"b) ¿Dado lo dispuesto por los artículos 5o. y 12 de la Ley 56 de 1973, deben quedar comprendidas las sumas, que perciben los trabajadores por concepto de vacaciones, dentro del 6% de la nómina mensual de salarios para el subsidio familiar y el Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", que están obligados a pagar los patronos?

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Las transcripciones que se hacen son pertinentes para lo que se consulta. Pero existen definiciones jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, así como interpretaciones de versados en la materia, y otras recientes disposiciones legales no enunciadas en el texto de la consulta que procuran elementos de juicio para que se emita una opinión adecuada. En efecto:

1. El Decreto-ley 3135 de 1968, reglamentado por el 1848 de 1969, que prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, contiene el Capítulo II, de las Prestaciones Sociales que, en su artículo 8o. estipula las vacaciones de quince (15) días hábiles, por cada año de servicios, como regla general, con excepción de actividades insalubres o peligrosas.

2. El mismo Decreto-ley 3135 de 1968, a pesar de que se expresa que las vacaciones en la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público tienen su régimen especial, también las menciona en el inciso 2o. del artículo 8o. que acaba de citarse, y que está como se dijo en el Capítulo II, de las Prestaciones Sociales.

3. El Decreto-ley 546 de 1971 prescribe en el artículo 1o. que los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público tendrán derecho "a las garantías sociales y económicas en la forma y términos que establece el presente decreto", y luego de enunciar entre esas garantías los días de vacancia judicial dice en el artículo 35 que "Las prestaciones sociales consagradas en este decreto, o en otras disposiciones aplicables, son irrenunciables".

4. Pero el Decreto-ley 777 de abril 28 de 1978 ya hace una enumeración taxativa de las prestaciones sociales, y entre ellas comprende las vacaciones, respecto de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional. Dice el artículo 5o.:

"*De las prestaciones sociales.* Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales, los organismos a que se refiere el artículo 2o. de este Decreto o las entidades de previsión, según el caso, reconocerán y pagarán las siguientes prestaciones sociales:

"a) Asistencia médica, obstétrica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria.

"b) Servicio odontológico.

"c) Vacaciones...".

5. Abunda el decreto que acaba de citarse en su criterio de considerar las vacaciones como prestaciones sociales, desde luego que las excluye de los factores de salario para liquidar la prima de navidad (artículo 33), para liquidación de cesantía y de las demás pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales (artículo 45), y para determinar el valor de los auxilios por enfermedad y maternidad, de la indemnización por accidente de trabajo y por enfermedad profesional y del seguro por muerte (artículo 46).

6. El Decreto-ley 777 de abril 20 de 1978, que establece el sistema de nomenclatura y clasificación de cargos para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, nos define los factores de salario, y excluye también lo percibido por vacaciones. Dice el artículo 12:

"*De los factores de salario.* Además de la asignación básica mensual fijada para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución por sus servicios.

"Son factores de salario:

"a) los gastos de representación;

"b) la prima de antigüedad;

"c) el auxilio de transporte;

"d) la prima de capacitación;

"e) la prima ascensional;

"f) la prima semestral;

"g) los viáticos percibidos por los funcionarios y empleados en comisión en desarrollo de comisiones de servicio".

7. El Decreto Legislativo 2053 de 1974, de la Emergencia Económica o Social, relativo a la Reforma Tributaria también hace la calificación de Prestación en el artículo 72:

"Los contribuyentes que hayan percibido durante el año o período gravable ingresos originados en una relación labora o legal y reglamentaria, pueden restar de su renta líquida el valor correspondiente a las siguientes prestaciones, las cuales se hayan exentas de gravamen:

"...8. La parte de lo recibido por vacaciones...".

8. El antiguo Tribunal Supremo del Trabajo, en casación de diciembre 14 de 1953 dijo sobre las vacaciones: "...esta es una prestación que por regla general se causa por años completos de trabajo y la demanda de ella sólo puede referirse al propio (año) que la genera".

9. La Corte Suprema de Justicia en sentencia de mayo 6 de 1956 calificó las vacaciones como prestación así: "El derecho a vacaciones ni como prestación, ni como compensación es retenible".

10. El Consejo de Estado en sentencia de febrero 19 de 1962 también expresa sobre las vacaciones como Prestación Social:

"La remuneración de las vacaciones es, a juicio de la Sala, una prestación social como quiera que la finalidad que se persigue con ella es concederle al trabajador un descanso. El tratadista Cabanallas dice sobre el particular, que la institución conocida con el nombre de vacaciones y también con el descanso anual, consiste en conceder al trabajador un período de tiempo durante el cual pueda restaurar las fuerzas perdidas y novar la capacidad de trabajo, después de que haya prestado servicios por un lapso que la mayoría de las legislaciones, como la Organización Internacional del Trabajo, ha fijado en un año".

11. Por su parte, el tratadista de derecho laboral, doctor Guillermo González Charry, en su obra Prestaciones Sociales del Sector Privado, Biblioteca Banco Popular, Textos Universitarios, Cali, 1976 dice en la página 49:

"CAPITULO II

"VACACIONES ANUALES REMUNERADAS

"I. Su naturaleza jurídica.

"Se ha controvertido si las vacaciones remuneradas son una prestación social o un salario. La mayor parte de los autores consideran que es lo primero, por cuanto con ellas se persigue facilitar al empleado un descanso como cuestión primordial, durante el cual no carezca de elementos de subsistencia.

Se busca con ello una reparación fisiológica y biológica a un organismo fatigado. En nuestras leyes y jurisprudencias, la situación es clara en cuanto le han dado el carácter de prestación. Porque, de una parte, se tiene por salario aquello que directa o indirectamente implica *retribución del servicio*, y es elemental que si lo primordial de las vacaciones es el descanso, durante ellas no puede existir la causa del salario. Y porque, de otra, si los fines buscados son los que se comentan, ellos no se lograrían sino a través de esta garantía especial disfrutada precisamente en los términos y modos que les asigna la ley".

Y agrega más adelante:

"...Por consiguiente, no queda duda, al menos en cuanto a nuestra legislación se refiere, de que el derecho de vacaciones, así se disfruten en tiempo o por razones especiales se compensen en dinero, tiene el carácter de prestación social y no de salario".

12. Así referidos los vigentes fundamentos legales sobre la materia consultada, las pertinentes jurisprudencias y la doctrina de versado laboralista, coincidentes en calificar las Vacaciones como Prestación Social y no como salario, la Sala acoge esos criterios como adecuada interpretación, y por ello se permite conceptuar así:

a) Las sumas que percibe el trabajador por concepto de vacaciones no constituyen salario, sino Prestación Social.

b) En consecuencia, dichas sumas no deben quedar comprendidas dentro del 6% de la nómina mensual de salarios para el Subsidio Familiar y el Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", que están obligados a pagar los patronos (artículos 5o. y 12 de la Ley 56 de 1973).

En los anteriores términos se responde la consulta del Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

Transcríbase.

Mario Latorre Rueda, Presidente; **Samuel Arango Reyes, Jaime Betancur Cuartas, Jaime Paredes Tamayo.**

Edné Cohen Daza, Secretaria.

INSFOPAL. Decreto 2804 de 1975. Reorganizador.

EMPLEADOS DEL INSFOPAL.

1. Los artículos 27 y 28 del Decreto-ley 2804 de 1975, definen a los gerentes de los organismos ejecutores bien de carácter regional o local, como empleados públicos, fijándoles un período y determinando la autoridad competente para su designación.

2. Requisitos para ser gerente (artículo 29 ibídem).

3. Naturaleza de otros funcionarios: trabajadores oficiales (Decreto 1156/76).

POTESTAD REGLAMENTARIA. Limitación.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Bogotá, D.E., diez y seis de noviembre de mil novecientos ochenta y dos (1982).

Consejero ponente: **Dr. Osvaldo Abello Noguera**

Radicación: No. 1.783 Referencia: Consulta

El señor Ministro de Salud, doctor Jorge García Gómez, formula a la Sala la siguiente consulta:

"Mediante los Decretos 2804 de 1975 y 1157 de 1976 se reestructuró el Instituto Nacional de Fomento Municipal, "INSFOPAL", y se establecieron las normas básicas sobre organización y funcionamiento de las Entidades Descentralizadas indirectas del sector salud encargadas de la administración, operación y mantenimiento de los sistemas destinados a la prestación de los servicios de Acueductos, Alcantarillado, Aseo Público y Plazas de mercado, precisamente su naturaleza jurídica como Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

"En virtud del Decreto 694 de 1975, se consagraron las normas relativas al Estatuto de Personal del Sistema Nacional de Salud. En su artículo 4o. prescribió que "El régimen de administración de personal de los trabajadores oficiales de las Empresas Industriales y Comerciales del sistema, se regirá por el Código Sustantivo del Trabajo; no obstante, dichas Empresas deberán adoptar las funciones básicas del estatuto y su reglamento, en lo relativo a clasificación y valoración de cargos, selección de personal y calificación de servicios".

"Por su parte, el Decreto 1157 de 1976, en su artículo 33, al regular lo concerniente al régimen laboral estableció lo siguiente: "Con excepción del Gerente, el personal de los Organismos Ejecutores tiene la calidad de trabajador oficial y sus relaciones laborales se regirán por el Código Sustantivo de Trabajo de acuerdo con el artículo 4o. del Decreto 694 de 1975".

"El contexto normativo descrito nos ha suscitado los siguientes interrogantes, y para absolverlos apelamos a su valioso y autorizado criterio:

"1. ¿El contenido de las dos disposiciones en comento es exacto o por el contrario existen diferencias sustanciales entre ellas?

2. En caso de existir discrepancias conceptuales entre las dos disposiciones, ¿cuál de ellas tiene aplicación preferencial?

3. ¿Qué alcance tiene la remisión que las aludidas disposiciones legales hacen al Código Sustantivo del Trabajo? Es decir, ¿si por virtud de la referencia que se hace del mencionado estatuto legal implica su aplicación integral, o por el contrario, debe entenderse que su aplicación es restringida, y qué áreas específicas cubrirían en consecuencia?".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

I. El Decreto-ley No. 2804 de 1975 expedido por fundamento en las facultades extraordinarias conferidas al ejecutivo por la Ley 28 de 1974, reorganizó el Instituto Nacional de Fomento Municipal —INSFOPAL—, señalando su estructura, funciones, órganos de dirección, patrimonio, organismos ejecutores, asignando a estos últimos la construcción de los sistemas de acueducto, alcantarillado, mataderos, aseo público y plazas de mercado, al igual que la administración y operación de tales servicios, definiéndolos como organismos de carácter regional o municipal (Art. 12), y señalándoles el marco de la Empresa Industrial y Comercial, como forma organizativa determinante de la naturaleza jurídica del ente creado (Art. 15).

II. Los artículos 27 y 28 del Decreto-ley 2804 de 1975 definen a los gerentes de los organismos ejecutores bien de carácter regional o local, como empleados públicos, fijándoles un período y determinando la autoridad competente para su designación. De la misma forma, se señalan los requisitos que deben reunir los gerentes para poder ser nombrados y que los habilitan para ejercer el cargo (Art. 29).

III. El Decreto 1157 de 1976, reglamentó el Decreto-ley 2804 de 1975, estableciendo la estructura y funciones de los organismos ejecutores en sus diferentes niveles, definiendo a los empleados de estos entes, *como trabajadores oficiales*, salvo el gerente, quien ya tenía asignada su naturaleza de funcionario público, como atrás se expresó. Textualmente, prescribe el artículo 33 de la norma reglamentaria: "Con excepción del gerente, el personal de los organismos ejecutores tiene la calidad de trabajador oficial y sus relaciones laborales se regirán por el Código Sustantivo del Trabajo de acuerdo con el artículo 4o. del Decreto 694 de 1975". Como se puede observar la norma somete las relaciones de los trabajadores oficiales con los organismos ejecutores al Código Sustantivo del Trabajo, pero remitiendo tal aplicación a lo que establece el Decreto 694 de 1975 en su artículo 4o.

IV. El Decreto-ley 694 de 1975, expedido con base en las facultades extraordinarias otorgadas al ejecutivo por la Ley 9a. de 1973, consagra el Estatuto de Personal para el Sistema Nacional de Salud, señalando las funciones, prohibiciones, deberes, régimen disciplinario, etc., en fin, estableciendo un completo estatuto para el manejo del personal al servicio de los organismos que integran el Sistema Nacional de Salud, señalados en su artículo 1o.

V. El artículo 4o. del Decreto 694 de 1975 es del siguiente tenor: "*El régimen de administración de personal* de los trabajadores oficiales de las Empresas Industriales y Comerciales del Sistema se regirán por el Código Sustantivo del Trabajo; no obstante, dichas empresas deberán adoptar los principios básicos del Estatuto y su reglamento, en lo relativo a clasificación y valoración de cargos, selección de personal y calificación de servicios".

VI. La Sala estima que el artículo 33 del Decreto Reglamentario 1157 de 1976 al someter las relaciones de los trabajadores oficiales al servicio de los organismos ejecutores del Instituto de Fomento Municipal —INSFOPAL—, al Código Laboral, excede el Decreto 2804 de 1975 que reglamenta, por cuanto la aplicación de dicho Código a las relaciones laborales entre los trabajadores

oficiales y los organismos administrativos solo es susceptible de establecerse mediante ley. Viola igualmente normas generales como son la Ley 6a. de 1945 y los Decretos-leyes 3135 de 1968 y 1045 de 1978 que establecen el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales en todos los niveles y regulan el contrato de trabajo que se celebra entre estos últimos y las entidades administrativas respectivas.

Un decreto reglamentario como lo es el 1157 de 1976, no puede abrogarse la facultad de determinar el régimen jurídico aplicable a unos trabajadores oficiales por ser esta materia reservada a la ley o al legislador extraordinario, cuando le han sido conferidas facultades extraordinarias al ejecutivo.

Si se atiende a la doctrina que tradicionalmente ha esbozado la jurisprudencia en relación con la potestad reglamentaria, la cual se traduce sencillamente en la imposibilidad de reglamento de exceder el marco normativo previamente establecido por la ley que reglamenta, se concluye, que a aquél le está vedado entrar a regular materias no contempladas en ésta so pretexto de la reglamentación.

En el caso presente el Decreto Reglamentario 1157 excede el Decreto-ley 2804 de 1975, por cuanto este último no contempla ni remotamente la posibilidad de aplicar el Código Sustantivo del Trabajo a los trabajadores oficiales que laboren en los organismos ejecutores del Instituto de Fomento Municipal, INSFOPAL.

De otra parte es antitécnica la remisión que hace el artículo 33 del Decreto Reglamentario 1157 de 1976 al Decreto-ley 694 de 1975 que establece el régimen de personal para el servicio Nacional de Salud, por cuanto la primera norma hace referencia a los organismos ejecutores del INSFOPAL, materia totalmente ajena a lo regulado por la segunda, y que no admite similitud para efectos de un tratamiento uniforme. Con base en estas breves consideraciones la Sala estima que frente al artículo 33 del Decreto Reglamentario 1157 de 1976 es pertinente oponer la excepción de ilegalidad consagrada en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 y en el 240 del Código de Régimen Político y Municipal.

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por el señor Ministro de Salud, doctor Jorge García Gómez.

Transcríbase en copia auténtica.

Osvaldo Abello Noguera, Presidente de la Sala; **Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.**

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

ESTABLECIMIENTOS OFICIALES DE EDUCACION SUPERIOR. Aquellos ubicados en las "Entidades Territoriales", era y es posible mantener "la asignación académica superior", mientras no se adapten las nuevas plantas de personal. Pero en los demás establecimientos oficiales de educación, no comprendidos por la excepción o salvedad prescrita por el artículo 1o. del Decreto 423 de 1982, rige y deberá aplicarse el Decreto 179/82, con las reformas que le hicieron los Decretos 423 y 1235 de 1982.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Bogotá, D.E., nueve de diciembre de mil novecientos ochenta y dos.

Consejero ponente: **Dr. Osvaldo Abello Noguera**

Radicación: No. 1.806 Referencia: Consulta

El señor Ministro de Educación Nacional doctor Jaime Arias, formula a la Sala la siguiente consulta:

"El Decreto 179 de 1982, artículo 5o. estableció las obligaciones académicas para el personal directivo y docente de los establecimientos oficiales educativos, derogante el Decreto 541 de 1970 que establecía una mayor carga académica para este personal.

"La vigencia del Decreto 179 de 1982 trae como consecuencia la necesidad de crear varios centenares de plazas docentes a fin de atender las asignaturas que estaban a cargo del personal directivo docente al que le fue retirada o disminuida la asignación de horas clase, con las consiguientes cargas presupuestales.

"El Decreto 423 de 1982 estableció en su artículo primero que:

"En aquellas entidades territoriales en donde por aplicación del artículo 5o. del Decreto 179 de 1982 pudiera ocasionar la ampliación de número de plazas, se continuará con la asignación académica superior que regía antes de la expedición del citado decreto, mientras se adoptan las nuevas plantas de personal docente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6o. del Decreto 2277 de 1979".

"El artículo 6o. del Decreto 2277 de 1979 establece:

"Provisión de cargos. Cada año la autoridad educativa competente señalará la planta de personal de los establecimientos educativos oficiales bajo su jurisdicción para la respectiva vigencia. Los cargos que fueren incluidos en dichas plantas serán los únicos susceptibles de ser provistos por la autoridad nominadora".

"Las plantas de personal a que se refiere este artículo deberán ser aprobadas en todos los casos por el Gobierno Nacional".

"El Decreto 1235 de 1982, con posterioridad a la vigencia del Decreto 423 del mismo año, introduce unas reformas al Decreto 179, artículo 5o. y deroga una norma del Decreto 423 pero deja en vigencia el artículo primero de este último, antes transcrito.

"Consulta este Ministerio:

"1. ¿Se puede entender que el Decreto 423 de 1982 dejó en suspenso la aplicación del Decreto 179 de 1982, artículo 5o. incluyendo la posterior reforma introducida por el Decreto 1235 de ete año?

"2. Ante la evidente situación fiscal, ¿puede el Ministerio no dar aplicación mientras persista el déficit, a los Decretos 179, artículo 5o. y 1235 de 1982?

"3. ¿Puede ordenarse volver a la situación establecida en el Decreto 541 de 1970 sin lesionar derechos adquiridos del personal directivo docente, mientras persista el déficit fiscal que impida dar aplicación a los decretos 179, artículo 5o. y 1235 de 1982?

SE CONSIDERA:

1o. El Art. 5o. del Decreto 179 de 1982 estableció las obligaciones académicas, "para el personal directivo y docente de los establecimientos oficiales educativos". El Art. 2o. del Decreto 1235 de 1982 sustituyó las letras d) y g) del Art. 5o. del Decreto 179 de 1982 y el Art. 5o. ibídem derogó, entre otras disposiciones, el Art. 2o. del Decreto 423 de 1982.

2o. El Art. 1o. del Decreto 423 de 1982, que fue expedido el 11 de febrero dispone que "en aquellas entidades territoriales en donde por aplicación del artículo 5o. del Decreto 179 de 1982 pudiera ocasionar ampliación del número de plazas, se continuará con la asignación académica superior que regía antes de la expedición del citado decreto, mientras se adoptan las nuevas plantas de personal docente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6o. del Decreto 2277 de 1979".

3o. Según lo expuesto, el Decreto 179 de 1982, modificado por los Decretos 423 y 1235 del mismo año, determinó las obligaciones académicas para el personal directivo y docente de los establecimientos oficiales de educación, que según los términos de la consulta y lo prescrito por el Art. 1o. del Decreto 423 de 1982 puede implicar la necesidad de ampliar el personal. Pero esta última disposición, para obviar el problema financiero que tendrían que contemplar, prescribió que a las "entidades territoriales" en donde ello sucede, se debe continuar "con la asignación académica superior que regía antes de la expedición del citado decreto, mientras se adoptan las nuevas plantas de personal docente de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 6o. del Decreto 2277 de 1979". De manera que, en los establecimientos oficiales de educación ubicados en las "entidades territoriales", era y es posible mantener "la asignación académica superior", mientras no se adopten las nuevas plantas de personal. Pero en los demás establecimientos oficiales de educación, no comprendidos por la excepción o salvedad prescrita por el Art. 1o. del Decreto 423 de 1982, rige y debe aplicarse el Decreto 179, con las reformas que le hicieron los Decretos 423 y 1235 de 1982.

4o. Pero, aún en las "entidades territoriales", en las cuales, en principio, es posible aplicar el Art. 1o. del Decreto 423 de 1982, si ya se crearon cargos y éstos fueron provistos, ello significa que se optó por dar aplicación al Decreto 179, con las modificaciones introducidas por los Decretos 423 y 1235 de 1982 y que, por lo mismo, no se pueden desconocer los derechos del personal docente

vinculado a los mismos, comprendido por el estatuto de la correspondiente carrera.

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por el señor Ministro de Educación doctor Jaime Arias.

Transcríbase en copia auténtica.

Osvaldo Abello Noguera, Presidente de la Sala; **Jaime Betancur Cuartas**, (Ausente con excusa legal); **Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.**

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

BALDIOS. El Estado es su dueño (artículo 202 numeral 2o. de la C.N. y el artículo 675 del Código Civil, Ley 200 de 1936).

RECURSOS NATURALES RENOVABLES. Son de dominio público (Decreto-ley 2811 de 1974 Código Nacional de Recursos Naturales Renovables). Limitaciones al ejercicio de la propiedad privada sobre ellos.

PARQUES NACIONALES NATURALES. La Ley 2a. de 1958 en su artículo 13 declaró como tales, a aquellas zonas que el Ministerio de Agricultura determinara y delimitara. El artículo 14 de la Ley 2a. de 1959 declaró de utilidad pública las zonas establecidas como parques nacionales naturales, facultando la expropiación de términos o mejoras de particulares que existieren en dichas áreas. Negociaciones de las áreas.

EXPROPIACION. De áreas de parques nacionales naturales.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Bogotá, D.E., ventiuno de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Jaime Betancur Cuartas**

Radicación: No. 1.837 Referencia: Consulta

El señor Ministro de Agricultura eleva la siguiente consulta:

1. La Administración Pública, por intermedio del INDERENA, establecimiento público adscrito al Ministerio de Agricultura, está facultada para reservar y alinderar diferentes áreas del territorio nacional con destino al Sistema de Parques Nacionales Naturales, a fin de responder a la necesidad de mantener, conservar y proteger valores excepcionales para el patrimonio nacional, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1 y 6 del Decreto 622 de 1977 que reglamenta parcialmente el Capítulo V, Título II, Parte XIII, Libro II del Decreto-ley 2811 de 1974 sobre "Sistemas de Parques Nacionales", la Ley 23 de 1973 y la Ley 2a. de 1959.

2. En el desarrollo de estas facultades confiadas a la Administración pueden resultar afectados los derechos (tierras y mejoras) de particulares adquiridos antes de que el área fuera incluida dentro del sistema de Parques Nacionales.

CONSULTA:

a) Al destinarse por razones de utilidad pública e interés social algunas áreas del territorio nacional al Sistema de Parques Nacionales, ¿adquieren estas zonas las características intrínsecas de bienes de dominio público, como son la de inalienabilidad e imprescriptibilidad?

b) ¿Es jurídicamente viable que los particulares propietarios de tierras y mejoras incluidas dentro de esas zonas, puedan realizar negocios jurídicos de enajenación con personas distintas al Estado Colombiano o en caso dado, cuáles serían las características del régimen jurídico a que quedarían sujetos los correspondientes predios?

c) ¿El goce y disfrute de los derechos derivados del dominio privado deben someterse a las prescripciones del Código de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente, y de sus Decretos Reglamentarios, en cuanto limitan el ejercicio de los atributos de la propiedad privada?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

1. Es norma general del derecho, que al Estado pertenecen todas las tierras que encontrándose ubicadas dentro de su territorio carecen de otro dueño; en este sentido se expresan el artículo 202 numeral 2o. de la Constitución Nacional y el artículo 675 del Código Civil, al igual que la Ley 200 de 1936.

2. El Decreto-ley 2811 de 1974 o Código Nacional de Recursos Naturales Renovables, en su artículo 42, declara de dominio público todos los recursos Naturales Renovables, es decir, todo lo que constituye el patrimonio ecológico del Estado, en ello incluido los bosques, aguas, parques naturales. Por su parte el artículo 43 señala que el ejercicio de la propiedad privada sobre los recursos naturales renovables está limitado por las disposiciones que en el Código se establecen y el cual deberá ejercerse como función social en los términos establecidos en la Constitución Nacional.

Se trata con esto de proteger al máximo la preservación y manejo de los recursos naturales y el medio ambiente como patrimonio común de la humanidad. De allí que estos dos conceptos —preservación y manejo— sean declarados de utilidad pública, con el fin de evitar los abusos de la propiedad privada y formar conciencia sobre la importancia de la protección a los recursos naturales (Art. 1o. D.L. 2811/74).

3. La Ley 2a. de 1959 sobre economía forestal de la Nación y conservación de recursos naturales renovables en su artículo 13 declaró como "Parques Nacionales Naturales" aquellas zonas que el Ministerio de Agricultura determinara y delimitara, con el objeto de conservar la Flora y la Fauna Nacionales. Los artículos 327 y siguientes del Decreto-ley 2811 de 1974 reiteran lo expuesto en la ley primeramente citada estableciendo el Sistema de Parques Nacionales, sus finalidades, tipos de áreas, administración.

En este orden de cosas, el artículo 14 de la Ley 2a. de 1959, declaró de utilidad pública las zonas establecidas como "Parques Nacionales Naturales", facultando la expropiación de terreno o mejoras de particulares, que existieren en dichas áreas. En igual forma el artículo 335 del Decreto-ley 2811 autoriza la expropiación de tierras o mejoras de propiedad privada cuando ellas fueren necesarias para incorporarlas al Sistema de Parques Nacionales, e incluso el artículo 30 ibídem, autoriza el establecimiento de "zonas amortiguadoras" en la Periferia de los Parques Nacionales, para atenuar las perturbaciones que pueda causar la acción humana, en las cuales se pueden imponer restricciones y limitaciones al dominio.

4. Así las cosas, cuando el gobierno reserva una determinada zona como "Parques Nacionales", debe entrar a negociar las propiedades o mejoras de particulares que se encontraren dentro de tal zona, para que ésta en su integridad pase a ser patrimonio exclusivo del Estado, y que dadas sus características especiales de bien de dominio público, para beneficio de los administradores en cuanto con ello se protegen el medio ambiente y los recursos naturales, que como se dijo, son patrimonio de la humanidad, se torna en inalienable e imprescriptible, mientras conserve tal carácter y el Estado no la desafecte del fin para el que fue destinada. En caso de que el particular se negare a negociar con el Estado, debe procederse a la expropiación del respectivo predio o mejora, con fundamento en la declaratoria de utilidad pública que respecto de las zonas de Parques Nacionales han hecho las normas atrás citadas.

5. A manera de conclusión se tiene, que el particular no puede entrar a negociar libremente en su propiedad o mejora cuando ésta se encuentra dentro de una zona reservada como parque Nacional, *sino que debe negociar con el Estado quien es el único que en estricto rigor jurídico está facultado para adquirir tales propiedades o mejoras.* Mientras esto se produce, es obvio que el particular debe respetar todas las normas del código de Recursos Naturales renovables cuya violación implica la imposición de las sanciones pertinentes.

6. Además INDERENA, de acuerdo con el Decreto-ley 2811 de 1974, *puede prescribir limitaciones al ejercicio de la propiedad privada* para el cumplimiento de la finalidad del indicado Estatuto.

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por el señor Ministro de Agricultura.

Transcríbase.

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala; **Osvaldo Abello Noguera, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.**

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO Y EL ESTIMULO TRIBUTARIO A LAS EXPORTACIONES. El primero que tiene por objeto la actividad industrial o comercial, el segundo, cuyo objeto es la prohibición de gravar las exportaciones y el tránsito de los bienes destinados a ellos son diferentes y no se pueden confundir. El Impuesto de Industria y Comercio debe ser regulado exclusivamente por los Municipios, lo mismo que las exenciones y exoneraciones que se pueden conceder; y la prohibición de gravar las exportaciones es una restricción a la autonomía municipal, no con el mismo objeto del impuesto de industria y comercio, sino con los bienes destinados a las exportaciones.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Bogotá, D.E., primero de marzo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Humberto Mora Osejo**

Referencia: Consulta

Radicación: No. 1.830

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Desarrollo Económico hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

"Con todo respeto, en uso de las facultades conferidas por el artículo 141 de la Constitución Nacional y relacionados del Código Contencioso Administrativo, este Despacho tiene interés en conocer el concepto de esa Honorable Sala en relación con la interpretación que debe darse al Decreto-ley 444 de 1967 "sobre régimen de cambios internacionales y de comercio exterior". En especial, respecto de las normas contenidas en el Capítulo X "Estímulos tributarios a las exportaciones", de tal estatuto.

A continuación me permito concretar los puntos sobre los que este Ministerio tiene un mayor interés:

1. El artículo 169 del Decreto-ley 444 de 1967 dispone:

"Los departamentos y municipios no podrán establecer ningún gravamen sobre la exportación, ni sobre el tránsito de productos destinados a ésta".

La norma antes transcrita fue dictada por el Gobierno con base en las facultades extrordinarias conferidas por el Congreso por virtud de la Ley 6 de 1967.

La disposición en cuestión, puede decirse que encuentra algunos antecedentes remotos en la Ley número 26 de 1904 y en Ley 20 de 1946. Quizás antecedentes más próximos lo constituyen la Ley 29 de 1963, que prescribió en su artículo 4o.: "Igualmente continúan vigentes las disposiciones legales sobre régimen tributario especial para los artículos de producción nacional destinados a la exportación y para las zonas francas industriales", así como al Decreto 84 de 1964 que invocando las leyes 29 de 1963, 26 de 1904 y 20 de 1946 ratifica para los Departamentos y municipios la prohibición de "gravar, sin previa aprobación legal, en forma alguna, los artículos de producción nacional destinados a la exportación" (Art. 1o. numeral 4o. Decreto 84/64).

A lo largo del tiempo y en este congruente esfuerzo legislativo, el Gobierno Nacional ha encontrado un instrumento eficaz para lograr colocar la producción del país en términos de real posibilidad de competencia en los mercados externos, al cual concurren productos que gozan de la más variada clase de normas proteccionistas, de estímulo y alicientes otorgados por las respectivas legislaciones de sus países de origen.

2. El artículo 183 de la Constitución Nacional, que reproduce el texto del artículo 50 del Acto Legislativo No. 3 de 1910, establece:

"Los bienes y rentas de las entidades territoriales son de su propiedad exclusiva; gozan de las mismas garantías que la propiedad y rentas de los particulares y no podrán ser ocupados sino en los mismos términos en que lo sea la propiedad privada. El Gobierno Nacional no podrá conceder exenciones respecto de derechos o impuestos de tales entidades".

La confrontación de los textos del artículo 183 de la Constitución Nacional con el del artículo 169 del Decreto-ley 444 de 1967, ha conducido a algunos funcionarios de entidades territoriales, en especial del orden municipal, a deducir una lesión del principio de la autonomía patrimonial de los municipios y departamentos, llegando a concluir que se dan las previsiones contenidas en el artículo 215 de la Constitución Nacional, que reza: "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales". La consecuencia práctica de la aplicación de tal criterio conduciría a una derogación de hecho, del artículo 169 del Decreto-ley 444 de 1967, no solo ante el examen de un caso concreto sino como decisión de efecto general para ser cumplida, por la administración territorial. Estaríamos en frente de una aplicación de la denominada excepción de inconstitucionalidad.

3. El Concejo del Distrito de Bogotá en sus sesiones de 1974 expidió el Acuerdo No. 10 "por el cual se modifica la estructura del impuesto de industria y comercio".

El Acuerdo en referencia hizo recaer sobre todas las actividades industriales, comerciales y de servicios el impuesto de industria y comercio, gravando las venta u operaciones brutas, ejercidas directamente o indirectamente por personas naturales o jurídicas, en el territorio de Bogotá, Distrito Especial.

Debido a las políticas de descentralización industrial que ha auspiciado el propio Gobierno, de una parte, o por razón de la naturaleza de la actividad productiva, de otra, es usual que muchos establecimientos fabriles, terrenos de cultivo, fábricas, etc., se encuentren ubicados en proximidades de la capital pero por fuera del perímetro del Distrito Especial, contando con sus sedes de negocios en Bogotá. En frente de estas circunstancias, la Administración Distrital obliga a que la declaración de las operaciones brutas incluya no solo las ventas efectuadas por fuera del Distrito, sino las ventas realizadas con destino a los mercados externos, a pesar de que el propio Acuerdo 10 del año 1974, en forma explícita mantuvo vigentes las exenciones que hubieran consagrado las leyes, pues en el artículo 58 prescribió: "En materia de exenciones se conservan las establecidas en las leyes respectivas".

La Administración Distrital, en concreto la Junta de Hacienda de Bogotá, ha venido adoptando el criterio de rechazar cualquier exención del impuesto de industria y comercio sobre las ventas de exportación, aplicando la excepción de inconstitucionalidad.

Visto lo anterior, consulto el ilustrado criterio de la Honorable Sala sobre lo siguiente:

1. Los productos o bienes producidos en el país con destino a la exportación, así como su tránsito, ¿pueden ser gravados con impuestos departamentales, o municipales, tal como el impuesto de industria y comercio que rige en Bogotá, Distrito Especial?

2. ¿Es posible descontar de la declaración sobre ventas u operaciones brutas, que constituye la base para gravar con impuesto de industria y comercio, los productos o bienes, así como su tránsito, con destino a la exportación, bien sea que se produzcan fuera o dentro del perímetro del Distrito Especial de Bogotá?

3. ¿Es posible que invocando la denominada excepción de inconstitucionalidad, por aparente incompatibilidad entre el artículo 183 de la Constitución Nacional y el artículo 169 del Decreto-ley 444 de 1967, la Administración Distrital derogue esta última norma y proceda a liquidar al impuesto de industria y comercio sobre los productos y bienes destinados a la exportación?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

1o. El Art. 183 de la Constitución garantiza los bienes y rentas de los Departamentos y Municipios, asimilándolos a los de los particulares, y al efecto prohíbe "conceder exenciones respecto de derechos o impuestos de tales entidades".

2o. Entre las rentas de los Municipios se cuentan las provenientes del impuesto de industria y comercio, creado por la Ley 97 de 1913 y regulado, entre otras disposiciones posteriores, por las leyes 84 de 1915 y 29 de 1963.

3o. El impuesto de industria y comercio grava *la actividad industrial o comercial*, no productos o bienes específicos. Este impuesto, según el Art. 3o. de la Ley 29 de 1963, no pude "ser materia de exención o exoneración por ninguna entidad distinta de los Municipios y del Distrito Especial de Bogotá", sin perjuicio de que subsistan "las prohibiciones que consagran las Leyes 26 de 1904 y 20 de 1946" sobre gravámenes a la producción primaria agrícola y ganadera y al tránsito de productos alimenticios. De manera que, según el Art. 3o. de la Ley 29 de 1963, el impuesto de industria y comercio debe ser regulado por los correspondientes Municipios, dentro de las prestaciones legales, los cuales exclusivamente pueden establecer exenciones y exoneraciones. Es, por lo mismo, un impuesto municipal, garantizado por el Art. 183 de la Constitución.

4o. El Art. 4o. del Decreto 84 de 1964 *prohibió* "gravar, sin previa aprobación legal, en forma alguna, los artículos de producción nacional destinados a la exportación". El Art. 169 del Decreto-ley 444 de 1967 reiteró y amplió el sentido del precepto transcrito, al disponer que "los departamentos y munici-

pios *no podrán establecer ningún gravamen* (la Sala subraya) sobre la exportación ni el tránsito de productos destinados a ésta". La prohibición, dispuesta por las antes citadas disposiciones legales, atañe tanto *a los bienes destinados a la exportación como al tránsito de los mismos con esa finalidad.*

5o. Por consiguiente, la Sala considera que el impuesto de industria y comercio, que tiene por objeto *la actividad industrial o comercial*, y la prohibición de gravar las exportaciones y el tránsito de los bienes destinados a ellas, son diferentes y no se pueden confundir. El primero debe ser regulado exclusivamente por los Municipios, lo mismo que las exenciones y exoneraciones que se puedan conceder; la segunda es una restricción a la autonomía municipal, *no en relación con el mismo objeto del impuesto de industria y comercio, sino con los bienes destinados a las exportaciones.* En otros términos, si *la actividad* industrial o comercial puede ser objeto del gravamen de industria y comercio, *los bienes o el tránsito de los mismos destinados a las exportaciones* no pueden ser gravados por los Departamentos o Municipios.

6o. Lo expuesto significa que no existe contradicción entre los Arts. 169 del Decreto-ley 444 de 1967 y el Art. 183 de la Constitución, porque el primero no prescribe *una exención* de un impuesto municipal, sino *una prohibición* para los departamentos y municipios de gravar *las exportaciones o el tránsito de bienes destinados a las exportaciones.* El Art. 169 del Decreto-ley 444 de 1967 *no versa sobre el impuesto de industria y comercio*, que puede ser regulado por los Municipios en la forma prescrita por el Art. 3o. de la Ley 29 de 1963, sino sobre una prohibición a los Departamentos y Municipios de gravar las exportaciones o el tránsito de bienes destinados a ellas.

Con base en lo expuesto la Sala responde:

1o. Las exportaciones o el tránsito de bienes destinados a ellas no pueden ser gravados por los Departamentos y Municipios.

2o. El impuesto de industria y comercio debe liquidarse con base en las regulaciones que al efecto establezcan los correspondientes Municipios. Su liquidación en nada se relaciona con la prohibición de gravar las exportaciones o el tránsito de productos destinados a ellas. Las exenciones y exoneraciones de este impuesto sólo pueden ser establecidas por los correspondientes Municipios.

3o. El Art. 169 del Decreto-ley 444 de 1967 no se opone al Art. 183 de la Constitución.

Transcríbase al señor Ministro de Desarrollo Económico en copia auténtica.

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala; **Osvaldo Abello Noguera, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.**

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

PERIODISMO.

1. La Ley 51 de 1975 regula la profesión de periodista.

2. Periodistas. Definición.

3. Requisitos para ejercer la profesión.

4. Sanciones para quienes ejercen sin tarjeta.

5. Desempeño en medios de comunicación: Requiere además de la licencia genérica de periodista, es indispensable la autorización del Ministerio de Comunicaciones.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Bogotá, D.E., diez y siete de marzo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Jaime Betancur Cuartas**

Radicación: No. 1.842 Referencia: Consulta

El señor Ministro de Comunicaciones eleva a la Sala la siguiente Consulta:

"De conformidad con el Decreto Legislativo No. 3418 de 1954, que fue adoptado como Ley de la República por la Ley 141 de 1961, "El personal que trabaje en los servicios de Telecomunicaciones, en labores que no sean esencialmente administrativas, deberá tener licencia expedida por el Ministerio de Comunicaciones, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno", según lo expresa el artículo 19 del decreto mencionado.

"El Decreto 207 de 1975, reglamentó el ejercicio de actividades de locución y actuación teatral por medio de estaciones de radiodifusión sonora y de televisión.

"El Artículo 1o. del Decreto 207 de 1975, dispuso que "para el ejercicio habitual de las actividades de locución y actuación teatral por medio de las estaciones de radiodifusión sonora o de televisión, es indispensable la correspondiente licencia, expedida por el Ministerio de Comunicaciones".

El Decreto 2085 de 1975, que reglamentó el Decreto 3418 de 1954, en su artículo 44, contempló que: "Los radionoticieros y los radioperiódicos deberán indicar al iniciar y al terminar cada transmisión el nombre de su director y el del personal de locutores que intervengan en la emisión".

"Ahora bien, la Ley 51 de 1975, que reglamentó el ejercicio del periodismo, en su artículo 2o., contempló que "son periodistas profesionales las personas que previo el lleno de los requisitos que se fijan en la presente ley, se dedican en forma permanente a labores intelectuales referentes a: redacción noticiosa y conceptual o información gráfica, en cualquier medio de comunicación social".

"Igualmente, el artículo 2o. del Decreto No. 733 de 1976, que reglamentó la Ley 51 de 1975, a su tenor establece: "para los efectos del artículo 2o. de la Ley 51 de 1975, se entiende por periodista profesional la persona que se dedica en forma habitual y remunerada, en un medio de comunicación social, al ejercicio de labores intelectuales, tales como las de director, subdirector,

editor y asistente de éstos, siempre que ejerzan funciones periodísticas y no exclusivamente administrativas, técnicas o de locución, jefe, subjefe, asistente de la jefatura o subjefe y coordinador de información de redacción; jefe, subjefe y asistente de sección especializada en redacción o de corresponsales; articulista de planta, corresponsal de publicaciones nacionales o extranjeras, redactor, reportero gráfico, cronista y corrector de estilo, diagramador y caricaturista.

"De conformidad con lo dispuesto por los ordinales a) y d) del artículo 3o. de la expresada ley los títulos profesionales en ciencias de la comunicación social serán equivalentes a los de periodistas".

"De lo anteriormente establecido, consulto respetuosamente a los Honorables Miembros de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, si el periodista en atención a las normas antes descritas está exento de la licencia de locución cuando se dedica a las actividades propias de su oficio a través de las estaciones de radiodifusión sonora y televisión".

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

1. La Ley 51 de 1975 regula la profesión de periodista y la reconoce y protege sin importar el medio de comunicación en que se ejerza. El artículo 2o. define a los periodistas profesionales, como "las personas que previo el lleno de los requisitos que se fijan en la presente ley, se dedican en forma permanente a labores intelectuales referentes a: redacción noticiosa y conceptual o información gráfica, *en cualquier medio de comunicación social*" (subrayas de la Sala). La indicada ley esta reglamentada por el Decreto 733 de 1976.

Por su parte, el artículo 3o. señala los requisitos que deben reunirse para ejercer la profesión, y el artículo 4o. crea la tarjeta que acredita a quien la porta como periodista profesional; consecuentemente, la Ley 51 en su artículo 7o. establece las sanciones para quienes ejercen el periodismo sin haber obtenido la respectiva tarjeta, consistente en la imposición de multas que se aumentarán al doble en caso de reincidencia.

Del contexto de la Ley 51 y de su definición, queda claro que quienes se dedican en cualquier medio de comunicación social a las labores de redacción noticiosa y conceptual o información gráfica, son periodistas profesionales, siempre que acrediten los requisitos que la ley exige para el ejercicio de tal profesión.

2. Ahora bien, cada medio de comunicación social está regulado en forma independiente ya se trate de la prensa escrita, la radio, o los medios audiovisuales como son el cine y la televisión, por cuanto difieren no solamente en su estructuración teórica, sino también técnica y de allí el tratamiento autónomo que a ellos se les da legalmente. El legislador en tratándose específicamente de cada medio de comunicación social, procura el lleno de una serie de requisitos por parte de quienes allí laboran, dada la especialidad y exigencias que aquellos implican.

Así, si es periodista quien se dedica en forma permanente a labores intelectuales de redacción noticiosa y conceptual o información gráfica, en cualquier medio de comunicación social, obvio es concluir que para ello debe

acreditar además del título de periodista, los requisitos que la ley exige para el respectivo medio de comunicación en que se labore.

Se tiene entonces, que la profesión de periodista habilita para trabajar en cualquier medio de comunicación social, pero ya tratándose en concreto de cada medio, debe igualmente reunirse los requisitos que la ley exija para ello. En otras palabras para trabajar en cualquier medio de comunicación social, en los oficios de redacción noticiosa y conceptual o información gráfica, se requiere ser periodista, pero el ser periodista, por sí sólo no habilita para trabajar mientras no se llenen los requisitos que se exigen para cada medio en especial.

3. Ante el caso consultado, la Sala concluye, que, quien como periodista se dedica a actividades propias de su oficio en estaciones de radiodifusión sonora y televisión *debe obtener la licencia respectiva*, que le será expedida luego de aprobar los exámenes y pruebas que al efecto presentare ante el Ministerio de Comunicaciones, con base en el artículo 19 del Decreto Legislativo No. 3418 de 1954, el cual prescribe: "El personal que trabaje en los servicios de telecomunicaciones, en labores que no sean esencialmente administrativas deberán tener licencia expedida por el Ministerio de Comunicaciones, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno". El citado decreto legislativo fue dictado con base en el artículo 121 de la Constitución Nacional, incorporado a la legislación permanente por la Ley 141 de 1961, y la reglamentación está contenida en los Decretos 207 y 2085 de 1975.

En otros términos, en este caso se trata del ejercicio de una actividad especializada del periodismo que requiere, además de la licencia genérica de periodistas, la autorización del Ministerio de Comunicaciones.

En los anteriores términos se absuelve la consulta del Ministro de Comunicaciones.

Transcríbase.

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala; **Osvaldo Abello Noguera, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.**

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES.

1. Afiliación de sus servidores. (Decreto 1650/77).

2. Seguro social obligatorio: ¿A quiénes cobija?

SEGURO SOCIAL OBLIGATORIO. La afiliación original al seguro social obligatorio prevista en la Ley 90 de 1946, actualizada por el Decreto-ley 433 de 1971 y sostenida expresamente por el Decreto 1650/77, que lo sustituye, corresponde, pues a la situación específica

de los servidores del Estado afiliados con anterioridad al 18 de julio de 1977, cuando empezó a regir el último decreto.

PENSIONES DE JUBILACION. Artículo 259 del C. S. del T. Las pensiones de jubilación dejarán de estar a cargo de los patronos cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el ISS de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto. Solo que en el caso de las Entidades Públicas, de asumir el ISS el riesgo de vejez, sustituye su obligación de reconocer a sus empleados pensión de jubilación al cabo de una edad y de un tiempo prescritos por la ley.

PENSION POR INVALIDEZ, PENSION POR VEJEZ Y PENSION DE SOBREVIVIENTES A cargo del ISS.

PENSION DE JUBILACION. EMPLEADOS DE ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS NACIONALES. Los empleados de los Establecimientos Públicos Nacionales tienen derecho a percibir pensión de jubilación bajo las condiciones y en la cuantía prescritos por el artículo 27 del Decreto 3135/61.

PENSION DE VEJEZ. Si la pensión de vejez de un empleado público afiliado al ISS, es de cuantía inferior al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios, tiene derecho a que el Establecimiento Público en el cual prestó sus servicios le reconozca la diferencia.

PENSIONES QUE RECONOCE EL ICSS. Las pensiones que reconoce el ICSS a sus afiliados son incompatibles con otros de la misma naturaleza. (Excepción: Cuando se reconozca menor prestación).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Bogotá, D.E., diez y ocho de marzo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Osvaldo Abello Noguera**

Radicación: No. 1.828 Referencia: Consulta

El señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, doctor Jaime Pinzón López, formula a la Sala la siguiente consulta:

"En aplicación del artículo 141 de la Constitución Nacional y con el fin de que el Servicio Nacional de Aprendizaje —SENA— establecimiento público adscrito a este Ministerio pueda actuar en un todo de acuerdo a la ley, me permito formular a esa Corporación una consulta relacionada con la afiliación de dicha Entidad al Instituto de Seguros Sociales —ISS—; para lo cual paso a relacionar los siguientes hechos y consideraciones:

"1. El Servicio Nacional de Aprendizaje —SENA—, fue creado como un establecimiento público de orden nacional, mediante los artículos 7o. y 8o. del Decreto 118 de 1957, organizado como tal por el Decreto 164 de agosto del mismo año y reorganizado por el Decreto 3123 de diciembre de 1968, norma que se encuentra vigente.

"2. El SENA desde su iniciación, cuando no se tenía claramente definida la naturaleza legal de la relación contractual entre los establecimientos públicos y sus servidores, vinculó a sus empleados —salvo al Director General— mediante contrato de trabajo.

"Esta situación vino a quedar clarificada con la Reforma Administrativa de 1968 cuando su Estatuto quedó aprobado por el Decreto 1847 de 1969 y el Estatuto de Personal por el Decreto 2464 de 1970, norma publicada en el Diario Oficial No. 33233 del 3 de febrero de 1971 y declarada exequible por el Consejo de Estado, Sección Primera, mediante sentencia del 9 de diciembre de 1975.

3. Con base en la situación especial prevista para los servidores de los establecimientos públicos, los cuales eran asimilados a trabajadores particulares para efecto de la afiliación al ISS, según lo establecido por el artículo 3o. de la Ley 90 de 1946, el artículo 2o. literal b) del Decreto 433 de 1971, el artículo 5o. numeral 3o. del Decreto 770 de 1975 y las normas especiales que reglamentaron los diferentes riesgos, el SENA afilió desde un comienzo a sus servidores al entonces denominado Instituto Colombiano de Seguros Sociales —ICSS—.

"4. A partir del 1o. de enero de 1967, el SENA y sus empleados empezaron a cotizar al ISS los riesgos a largo plazo (invalidez, vejez y muerte), con base en la reglamentación dada por el Gobierno a dichos riesgos, mediante los Decretos 1824 de 1965 y 3041 de 1966; cotizaciones que se han venido pagando ininterrumpidamente hasta la fecha.

"5. Los empleados del Sena que han reunido los requisitos legales para empezar a disfrutar la pensión reconocida a los empleados oficiales, como son 20 años de servicios al sector público (algunos los han prestado en su totalidad al SENA) y 50 años de edad (mujeres) ó 55 años (hombres), han solicitado a la Entidad su pensión de jubilación en aplicación de las normas que la regulan para el sector público (artículo 27 y siguientes del Decreto 3135 de 1968 y artículo 68 y siguientes del Decreto 1848 de 1969). El SENA en este caso, se ha visto precisado a reconocer directamente dicha prestación.

"6. Pero se presenta el hecho de que algunos funcionarios o pensionados del SENA ya han reunido los requisitos previstos en los reglamentos del ISS para gozar de la pensión plena de jubilación por invalidez o vejez (más de 500 cotizaciones y 60 años si es hombre o 55 si es mujer), según el caso, pensión que una vez desvinculados, esperan o ya han empezado a disfrutar.

"7. Como se desprende de los dos numerales anteriores, se presenta el caso de que un ex-funcionario del SENA puede en determinado momento estar recibiendo las dos pensiones por el mismo concepto: la reconocida por el SENA por haber llenado los requisitos fijados por la Ley para los empleados oficiales, como son la edad (55 años el hombre y 50 la mujer) y el tiempo de servicios al sector público (20 años); y la que como afiliado le reconoce el ISS por haber reunido también los requisitos de edad (60 años el hombre y 55 la mujer) y el número mínimo de cotizaciones (500 o más semanas).

"8. Sin embargo, el SENA considera que sus empleados, no pueden recibir simultáneamente y en su integridad, las dos pensiones (la del ISS y la del SENA), sino que éstas deben ser compartidas por las dos entidades, pagando el

SENA tan sólo el ajusta (sic) (si lo hay) de la pensión que deje de pagar el ISS, hasta completar la totalidad de la prestación prevista en la ley para el servicio público, (75% del último salario), pero no más de dicho porcentaje, sumando las dos pensiones; o excepcionalmente pagándola en su totalidad cuando el ISS no la reconoce por no reunir el interesado los requisitos mínimos fijados en sus reglamentos. La anterior afirmación se hace en aplicación del artículo 64 de la Constitución Nacional, el cual establece que nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, y de las normas vigentes que han desarrollado sucesivamente la citada disposición constitucional, entre otros los artículos 9o. y 29 del Decreto 2400 de 1968, el artículo 77 del Decreto 1848 de 1969, el artículo 32 del Decreto 1042 de 1978 y para el caso del SENA el artículo 48, numeral 16 de su Estatuto de Personal aprobado por el Decreto 2464 de 1970 y el artículo 31 del Decreto 1014 de 1978, que hizo algunas modificaciones a dicho Estatuto.

"Con base en las anteriores consideraciones, el Ministerio se sirve consultar a esa Corporación lo siguiente:

"a) ¿Son compatibles o incompatibles para los funcionarios del SENA las pensiones reconocidas o que pueda reconocerles por los riesgos de invalidez, vejez y muerte, el Instituto de Seguros Sociales —ISS—, (al cual se encuentra afiliada la Entidad desde su iniciación), con las pensiones de invalidez o jubilación que para los servidores públicos consagran los artículos 23 y 27 del Decreto 3135 de 1968 y los artículos 60 y siguientes y 68 y siguientes del Decreto Reglamentario 1848 de 1969?

"b) ¿Si son incompatibles, puede la Entidad —cuando el funcionario reúna los requisitos para pensión de invalidez o jubilación del sector público— hacer la liquidación conforme a las anotadas normas (Decretos 3135 y 1848 de 1969) y si el empleado llenó a la vez los requisitos previstos en los reglamentos del ISS para el disfrute pleno de la misma prestación a cargo de dicha Entidad, o cuando los reúna, subrogar la respectiva prestación en forma total o parcial, según el caso, hasta llegar al límite máximo de la prestación reconocida por la Ley (75% del último salario en la pensión de jubilación), y así evitar un doble pago al pensionado de dos valores por el mismo concepto?

"c) ¿La pensión de invalidez o vejez, según el caso, que reconoce el ISS a los funcionarios del SENA, subroga totalmente las pensiones de invalidez o jubilación previstas para los empleados oficiales en los artículos 23 y 27 del Decreto 3135 de 1968 y los artículos 61, 62, 63, 68 y 73 del Decreto 1848 de 1969?

"d) ¿La expresión "entidad de Previsión Social" a cargo de la cual corren las prestaciones sociales para los empleados oficiales, de que tratan los artículos 10, 15, 22, 36, 54, 64 y 75 del Decreto 1848 de 1969, es aplicable en el caso del SENA al Instituto de Seguros Sociales —ISS— (Entidad a la cual se encuentra afiliado el SENA desde hace más de 20 años), para el reconocimiento y pago de las respectivas prestaciones de sus empleados o ex-empleados?

"e) En las actuales circunstancias, ¿es obligatorio para el SENA continuar afiliado al ISS, o puede desafiliarse de dicha Institución Asistencial de acuerdo con lo establecido por los artículos 1o., 6o., 7o., 133, 134 y 136 del Decreto 1650 de 1977?".

LA SALA CONSIDERA:

"Los servidores del Estado que en la actualidad están afiliados al Instituto Colombiano de Seguros Sociales (I.C.S.S.), conservarán tal calidad respecto al Instituto de Seguros Sociales", según el artículo 134 del Decreto 1650 de 18 de julio de 1977, por el cual se determinan el régimen y la administración de los seguros sociales obligatorios.

La disposición transcrita corresponde a la voluntad legislativa de mantener la situación especialísima derivada de la afiliación forzosa al seguro social de los "trabajadores" de los establecimientos públicos, dispuesta por el artículo 2o., aparte b) del Decreto-ley 433 de 1971, en los siguientes términos:

"Estarán sujetas al seguro social obligatorio en los términos del Presente Decreto, las siguientes personas: b) Los trabajadores que presten sus servicios a la Nación, los departamentos y los municipios en la construcción y conservación de las obras públicas, *y todos los trabajadores de los establecimientos públicos*, empresas industriales y comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta, de carácter nacional, departamental o municipal que para los efectos del seguro social obligatorio estarán asimilados a trabajadores particulares.

El Instituto podrá contratar con entidades administrativas y docentes distintas a las señaladas en el inciso anterior la prestación de servicios en uno o varios de los seguros que administra".

La afiliación original al Seguro Social Obligatorio prevista en la Ley 90 de 1946, actualizada por el Decreto-ley 433 de 1971 y sostenida expresamente por el Decreto 1650 de 1977, que lo sustituye, corresponde, pues, a la situación específica de los servidores del Estado afiliados con anterioridad al 18 de julio de 1977, cuando empezó a regir el último decreto, y en el caso de la consulta, a la de los empleados públicos o trabajadores oficiales del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, hasta la fecha indicada.

Esta peculiar situación jurídica frente al régimen prestacional de los servicios del sector público, con todos los efectos que implica la asimilación al régimen de los trabajadores particulares, evidencia de plano una incompatibilidad entre uno y otro régimen, que excluye, desde luego, la posibilidad de que en determinado momento, un ex-funcionario del SENA reciba dos pensiones, reconocida una por este establecimiento público y la otra por el Instituto de Seguros Sociales. (Como excluiría también cualquier pago conjunto por las dos entidades o subrogación de una en la obligación prestacional de la otra).

Lo expuesto se corrobora por el artículo 259 del Código Sustantivo del Trabajo que dispone que las pensiones de jubilación dejarán de estar a cargo de los patrones cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el I.S.S. de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto. Sólo que en el caso de las entidades públicas, al asumir el I.S.S. el riesgo de vejez, sustituye su obligación de reconocer a sus empleados pensión de jubilación al cabo de una edad y de un tiempo de servicio prescritos por la ley.

El derecho a la pensión de invalidez de dichos trabajadores está condicionado al cumplimiento de los requisitos de los artículos 5o. y siguientes del

Acuerdo No. 224 de 1966, expedido por el I.S.S., aprobado por el Decreto 3041 del mismo año; al de los del artículo 11 y siguientes el derecho a la pensión de vejez y al del artículo 20 el derecho a pensión de sobrevivientes.

Como beneficiarios de los seguros sociales obligatorios y por lo tanto con derecho al reconocimiento y efectividad de las prestaciones económicas y de salud, en la extensión y condiciones de su afiliación al I.C.S.S., los empleados y trabajadores del SENA, según lo dispone el artículo 126 del Decreto No. 2464 de 1970, por el cual se aprueba el Estatuto de Personal del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, "tienen derecho a las prestaciones sociales que para los servidores civiles de la Rama Ejecutiva del Poder Público establece la ley".

Pero el derecho a esas prestaciones no es compatible con otras de la misma índole o naturaleza, de conformidad con lo prescrito por los Arts. 64 de la Constitución Política, 32 del Decreto-ley 1042 de 1978 y Decreto 1713 de 1960.

Sin embargo, otro de los problemas que se plantea consiste en determinar si un empleado de un establecimiento público, por ejemplo del Sena, que por estar afiliado al I.S.S. percibe pensión de vejez de conformidad con el Decreto 3041 de 1966, en cuantía menor a la pensión de jubilación que percibiría de conformidad con el Decreto 3135 de 1968, tiene o no derecho a que la entidad a la que prestó sus servicios le complemente el valor de la pensión hasta el monto del que le correspondería con base en el último estatuto mencionado.

La Sala, a este respecto, considera que los empleados de los establecimientos públicos nacionales tienen derecho a percibir pensión de jubilación bajo las condiciones y en la cuantía prescritas por el Art. 27 del Decreto 3135 de 1961.

Si la pensión de vejez de un empleado público afiliado al I.S.S. es de cuantía inferior al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio, tiene derecho a que el establecimiento público en el cual prestó sus servicios le reconozca la diferencia, porque la afiliación al I.S.S. no implica disminución de la cuantía de la pensión que la ley reconoce a todos los empleados administrativos nacionales, sin excepción alguna, con mayor razón si se considera que el Decreto-ley 1650 de 1977 se limitó a mantener la afiliación de los empleados al I.S.S., sin prescribir ninguna excepción. Por otra parte, los artículos 5o. y 44 del Decreto-ley 1045 de 1978 inequívocamente prescriben que los empleados administrativos nacionales, en ellos comprendidos los de establecimientos públicos tienen derecho a percibir pensión de jubilación en la forma dispuesta por el Art. 27 del Decreto-ley 3135 de 1968.

Lo propio cabe afirmar en relación con la pensión de invalidez que, según el artículo 23 del Decreto 3135 de 1968, corroborados por los artículos 5o. y 44 del Decreto-ley 1045 de 1978 tienen derecho a percibir todos los empleados administrativos nacionales sin excepción alguna.

De lo expuesto se concluye que si las pensiones que reconoce el I.S.S. a sus afiliados son incompatibles con otros de la misma naturaleza, ello no obsta para que si el valor de esas pensiones reconocidas por el I.S.S. a empleados administrativos nacionales es menor que el que le correspondería a los mismos de conformidad con lo prescrito por los artículos 23 y 27 del Decreto 3135 de 1968, la correspondiente entidad administrativa deba completar el primero hasta llegar a este monto.

En los anteriores términos se da por absuelta la consulta del señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, doctor Jaime Pinzón López.

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala; **Osvaldo Abello Noguera, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.**

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

PRESTACIONES SOCIALES. FIJACION. Los directores o gerentes de establecimientos públicos y de empresas industriales y comerciales del Estado no pueden regular las prestaciones sociales de los empleados o de los trabajadores oficiales de sus dependencias. La ley debe fijarlas. Consecuencias cuando no se regula por ley.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Bogotá, D.E., veintidós de marzo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Humberto Mora Osejo**

Radicación: No. 1.826 Referencia: Consulta

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

"Por solicitud del Consejo Directivo de la Promotora de Vacaciones y Recreación Social, "Prosocial", entidad vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, comedidamente formulo ante esa corporación, con fundamento en el artículo 141 de la Constitución Nacional y el artículo 31 del Decreto 528 de 1964, la consulta cuyos términos me permito exponer a continuación:

1o. La Promotora de Vacaciones y Recreación Social, Prosocial, fue creada mediante el Decreto Extraordinario 1250 de 1974, como una Empresa Industrial y Comercial del Estado, vinculada a este Ministerio.

2o. El Consejo Directivo de Prosocial estableció mediante acuerdo, una serie de prestaciones sociales y reconoció un aumento salarial que fueron extensivos unas y otro, a los servidores de esa entidad vinculados mediante una relación legal y reglamentaria.

3o. En orden a clarificar el fundamento legal de los pagos o que hayan dado o, eventualmente den lugar, las determinaciones del Consejo Directivo, se hace necesario precisar si sus atribuciones le permiten adoptar decisiones de esa naturaleza.

4o. Por lo anterior, la consulta planteada se circunscribe a los siguientes interrogantes:

— Al tenor de los Decretos 1250 de 1974 y 3226 de 1981 (aprobatorio de los estatutos de Prosocial), ¿tiene el Consejo Directivo, facultad legal para estable-

cer aumentos salariales y prestacionales, así como para crear prestaciones sociales a favor de los empleados públicos de la entidad?

— En caso de carecer el Consejo Directivo de esa facultad, al haber adoptado decisiones en el sentido de establecer tales aumentos y prestaciones, ¿debe entenderse que esta situación es generadora de derechos adquiridos por los beneficiarios?

— ¿Qué tratamiento legal debe darse a las sumas pagadas en tal virtud a los empleados públicos de Prosocial?

— Bajo el supuesto de que el Consejo Directivo no tuviere la facultad para decretar aumentos salariales y prestaciones sociales a favor de los empleados públicos, ¿en cabeza de quién estaría radicada esta facultad?".

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

1o. Según el Art. 1o. del Decreto-ley No. 1250 de 1974, que corrobora el Art. 1o. del Decreto 3226, la Promotora de Vacaciones y Recreación Social (Prosocial) es una empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

De acuerdo con el Art. 27 de los estatutos de la entidad, que fueron aprobados por el Decreto 3226 de 1981, las personas vinculadas a su servicio son trabajadores oficiales, exceptuadas las que cumplen actividades que, según el mismo precepto, deben estar a cargo de empleados públicos, por considerar, según lo prescrito por el Art. 5o. Inc. 2o., del Decreto-ley 3135 de 1968, que son de dirección o confianza.

2o. El Art. 8o., letra m), del Decreto-ley 1250 de 1974 atribuye al Consejo Directivo, entre otras funciones, "crear los cargos necesarios para el funcionamiento de la empresa cuando ello sea indispensable". Como la disposición no discrimina, debe entenderse que faculta al Consejo Directivo de Prosocial tanto para crear los empleos como para determinar los trabajadores oficiales que deban estar al servicio de la empresa. Esta facultad fue desarrollada por el Art. 13, letra j), de los estatutos que prescribe el que corresponde al Consejo Directivo "establecer la organización administrativa de la Promotora mediante la adopción de la planta de personal de la entidad, creación, supresión, funcionamiento y modificación de los cargos y dependencias que considere necesarios y señalarles sus funciones". Este precepto también comprende a empleados y trabajadores oficiales.

El Art. 18 de los estatutos le atribuye al Director Ejecutivo, en la letra q), "dirigir, coordinar, vigilar, controlar y sancionar el personal de la organización", y, en la letra h), "fijar para los trabajadores oficiales la asignación mensual de acuerdo con la convención colectiva de trabajo, previa aprobación del Consejo Directivo", la remuneración mensual de los empleados públicos "de acuerdo con las pautas establecidas por el Gobierno Nacional sobre la materia".

En rigor, de acuerdo con los Arts. 8o. y 10o. del Decreto-ley 1250 de 1974, la facultad de fijar la remuneración mensual de los empleados y de los trabajadores oficiales debe ejercerla el Director Ejecutivo mediante autorización del Consejo Directivo o, en su defecto, con su aprobación.

3o. De manera que es atribución del Director Ejecutivo fijar la remuneración del personal de la entidad, en la forma expuesta. El Art. 18, letra h), de los estatutos, en relación con la de los trabajadores oficiales, dispone que el Director Ejecutivo la establezca "de acuerdo con la convención colectiva de trabajo". Respecto de esta disposición cabe observar, por una parte, que el ejercicio de la competencia del Director Ejecutivo no necesariamente está condicionada a que exista la mencionada convención colectiva y, por otra, que la ley prevé que ésta se celebre con los trabajadores oficiales, no para mejorar su remuneración, sino sus prestaciones sociales (Arts. 3o. y 4o. del Decreto-ley 1045 de 1978).

4o. La facultad del Director Ejecutivo para fijar la remuneración de los empleados y trabajadores oficiales al servicio de Pro-Social, previa autorización o posterior aprobación del Consejo Directivo, que se fundamente en la ley y en los estatutos de la entidad armoniza con la Constitución. Si el Art. 76, Ords. 9o. y 10o. de la Carta prescribe que la ley debe determinar la estructura de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, la escala de remuneración de los empleos y las prestaciones sociales, bien puede la ley facultar al director de una empresa industrial y comercial del Estado, como Prosocial, para fijar la asignación de los empleados y trabajadores oficiales de la entidad, a condición de observar la escala de remuneración prescrita por la ley. Tal es el sentido de la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, el 13 de diciembre de 1972, que declaró inconstitucional el Art. 38 del Decreto-ley 3130 de 1968 (G. J. Tomo CXLIV, págs. 266 a 271).

5o. En cambio, según el Art. 76, Ord. 9o., de la Constitución, la ley debe prescribir las prestaciones sociales del personal vinculado a la Administración, lo que explica que ni la ley ni los estatutos hubieran conferido tal atribución al Director Ejecutivo de Prosocial. Los Decretos-leyes 3135 de 1968 y 1045 de 1978 determinan las prestaciones sociales de los empleados y trabajadores oficiales al servicio de la Administración Nacional. En efecto, los Arts. 3o. y 4o. del Decreto-ley 1045 de 1978 dispone que las prestaciones sociales que la ley reconoce a los empleados regirán también para los trabajadores oficiales nacionales, salvo los mejores derechos que sobre ellas se les reconozcan mediante convención colectiva de trabajo (Art. 316 del C. S. del T.).

De donde se concluye que los directores o gerentes de establecimientos públicos y de empresas industriales y comerciales del Estado no pueden regular las prestaciones sociales de los empleados o de los trabajadores oficiales de sus dependencias. Sólo están autorizados para celebrar convenciones colectivas de trabajo que tengan por objeto mejorar, sobre la base del mínimo que les reconoce la ley, las de los trabajadores oficiales.

6o. Si el Consejo Directivo o el Gerente o Director Ejecutivo de una empresa industrial o comercial del Estado mejorare unilateralmente las prestaciones sociales de los empleados y trabajadores oficiales al servicio de la entidades, la decisión sería inconstitucional. Pero debería cumplirse, mientras se encontrare vigente, de acuerdo con el Art. 193 de la Constitución, que prescribe que los actos administrativos son obligatorios mientras no sean suspendidos o anulados por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Transcríbase al señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social en copia auténtica.

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala; **Osvaldo Abello Noguera, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.**

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

SISTEMA NACIONAL DE SALUD. HOSPITAL DE AGUA DE DIOS Y DE CONTRATACION. Naturaleza jurídica. No son establecimientos públicos, son dependencias administrativas del Ministerio de Salud.

CREACION, SUPRESION Y FUSION DE LOS EMPLEOS CORRESPONDIENTES. Competencia.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Bogotá, D.E., veinticinco de marzo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Jaime Betancur Cuartas**

Radicación: No. 1.848 Referencia: Consulta

Se absuelve la consulta que el jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil hace a la Sala en los siguientes términos textuales.

El Decreto 2575 de 1970, por el cual se dictan normas para el funcionamiento de los sanatorios de Agua de Dios y Contratación, en su artículo lo dispone:

"Los Sanatorios de Agua de Dios, Cundinamarca, y Contratación, Santander, son Establecimientos Públicos, es decir, organismos dotados de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscritos al Ministerio de Salud Pública, encargados de dirigir y administrar en su respectiva jurisdicción la atención médica, la asistencia social y la rehabilitación de los enfermos de Hansen, en cuanto ello no interfiera las actividades de control epidemiológico de la lepra, que corresponden a la División de Campañas Directas del Ministerio de Salud Pública".

Posteriormente, la Ley 19 de 1973 otorgó al Gobierno, entre otras facultades, las de: adscribir o vincular al Sistema Nacional de Salud las entidades creadas por la ley que presten servicios de atención médica y los servicios de atención médica de otras entidades del sector público, suprimir, fusionar, sustituir o reformar las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas al Ministerio de Salud y transferir a otros organismos del Estado las actividades no específicas del sector salud, dictar las normas fundamentales de organización y funcionamiento de las entidades de asistencia pública y las asociaciones e instituciones de utilidad común dedicadas a la prestación de servicios de

salud, determinar la organización y el régimen de funcionamiento de los Servicios Seccionales de Salud que funcionan en las capitales de los Departamentos, Intendencias y Comisarías y en el Distrito Especial de Bogotá.

Uno de los decretos expedidos en desarrollo de la citada ley, es el 356 de 1975, por el cual se establece el régimen de adscripción y vinculación de las entidades que prestan servicios de salud, el que en su artículo 19, preceptúa:

"Los hospitales que funcionen como establecimientos públicos, adscritos al Ministerio de Salud Pública, pasarán a ser dependencias administrativas del respectivo Servicio Seccional de Salud en los términos de adscripción del presente decreto y *dejarán de ser establecimiento públicos*" (El subrayado es nuestro).

"Estos hospitales tendrán la organización que determine el Ministerio de Salud Pública" (Se subraya).

De otra parte, el Decreto 1470 de 1975, "por el cual se desarrollan parcialmente los Decretos 1050 y 3130 de 1968 y 056 y 356 de 1975", en su artículo 1o. estatuye:

"La adscripción de las entidades de derecho público que presten servicios de salud a la comunidad, de acuerdo con los Decretos 056 y 356 de 1975, no podrá entenderse como pérdida de la personería jurídica, ni de la autonomía administrativa, ni del patrimonio independiente de dichas entidades, las cuales designarán su personal con arreglo a sus estatutos y demás normas vigentes.

"La adscripción a Ministerios y Departamentos Administrativos, a que se refieren los Decretos 1050 y 3130 de 1968, continuará rigiéndose por las normas legales orgánicas y estatutarias especiales de cada Entidad".

"Como frente a las dos últimas disposiciones mencionadas, surge, la duda en cuanto a la actual naturaleza jurídica de los citados hospitales, necesaria ésta para determinar el procedimiento y disposiciones legales aplicables en lo relacionado con la fijación de sus plantas de personal, se consulta a la Honorable corporación:

a) Si los hospitales de Agua de Dios y de Contratación continúan con la calidad de establecimientos públicos, adscritos al Ministerio de Salud Pública.

b) En caso negativo, ¿a quién compete la creación, supresión y fusión de los empleos correspondientes a dichos hospitales?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

1. La Ley 9 de 1973 revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para reorganizar el Sistema Nacional de Salud, y en el artículo 2o., literal b) facultó para "Suprimir, fusionar, sustituir o reformar las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas al Ministerio de Salud".

2. Con base en dichas facultades se dictó el Decreto-ley 356 de 5 de marzo de 1975, que en su artículo 2o. dispuso: "Las entidades de derecho público que presten servicios de salud a la comunidad, están adscritos al Sistema Nacional

de Salud, dependen administrativamente de los organismos de dirección del Sistema y el personal que en ellos labora está sujeto a la situación legal y reglamentaria de los empleados públicos...".

3. El mismo decreto en su artículo 19 preceptúa que "los hospitales que funcionen como establecimientos públicos adscritos al Ministerio de Salud Pública, pasarán a ser dependencias administrativas del respectivo Servicio Seccional de Salud en los términos de adscripción del presente Decreto y dejarán de ser establecimientos públicos.

"Estos hospitales tendrán la organización que determine el Ministerio de Salud Pública".

4. Con fundamento en la misma ley de facultades se expidió el Decreto-ley 694 de 14 de abril de 1975 que en el artículo 2o. preceptúa: "Son empleados públicos, para los efectos del presente decreto, quienes prestan sus servicios en cargos permanentes de los organismos de dirección del Sistema Nacional de Salud y en sus entidades adscritas.

"Parágrafo. Las personas que al entrar en vigencia el presente decreto presten sus servicios en las entidades a que se refiere el artículo anterior en calidad de trabajadores oficiales, podrán continuar en dicha categoría...".

5. De otra parte el Gobierno Nacional dictó el Decreto 1470 de julio 23 de 1975 "en ejercicio de sus facultades constitucionales" y "por el cual se desarrollan parcialmente los Decretos 1050 y 3130 de 1968 y 056 y 356 de 1975, y determinó:

"Artículo 1o. La adscripción de las entidades de derecho público que presten servicios de salud a la comunidad, de acuerdo con los Decretos 056 y 356 de 1975, no podrá entenderse como pérdida de la personería jurídica, ni de la autonomía administrativa, ni del patrimonio independiente de dichas entidades, las cuales designarán su personal con arreglo a sus estatutos y demás normas legales vigentes...".

6. De las transcripciones anteriores se deduce:

a) El Decreto-ley 356 de 1975, que tiene jerarquía de ley, fue explícito y categórico al suprimir la calidad de establecimientos públicos a los hospitales que antes lo eran y estaban adscritos al Ministerio de Salud Pública, "y bien claro dice que pasarán a ser dependencias administrativas del respectivo servicio Seccional de Salud en los términos de adscripción del presente Decreto y dejarán de ser establecimientos públicos". En cambio, el Decreto 1470 de 1975, que implícitamente revive a los hospitales en referencia la calidad de establecimientos públicos, es de inferior categoría porque es decreto simplemente reglamentario en ejercicio de la potestad constitucional que tiene el Presidente de la República.

b) Es incuestionable al hacer el examen del Decreto 1470 de 1975 que rebasa la norma de superior categoría porque contiene el propósito de devolver la calidad de establecimiento público, suprimida en forma expresa por el Decreto-ley, reglamentado, lo cual permite, por este aspecto, ser calificado como un reglamento ilegal.

c) Así las cosas, los hospitales antes establecimientos públicos, adscritos al Ministerio de Salud Pública, al pasar a ser dependencias administrativas de ese Ministerio, en los términos de adscripción expresados quedan sujetos en materia de personal al régimen que está vigente para el Sistema Nacional de Salud, particularmente los Decretos-leyes 356 y 694 de 1975, y porque, además, el cuestionado Decreto Reglamentario 1470 de 1975, en su artículo 1o. no circunscribe la facultad de designación de personal a que se haga exclusivamente con arreglo a sus estatutos sino con arreglo a éstos y a las normas legales vigentes, entre otras, las de los decretos leyes que acaban de citarse.

En los anteriores términos se contesta la consulta de la jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil.

Transcríbase.

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala; **Osvaldo Abello Noguera, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.**

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

FUNCIONARIO PUBLICO. Cuando el Decreto 2463/81 considera la calidad de funcionario público como elemento constitutivo de inhabilidad, se entiende para efectos de dicho decreto, como la calidad propia de toda persona investida de una función pública, atribuida a determinado cargo o corporación con carácter permanente y ejercida en forma conjunta o individual, sea cual fuere la norma del poder público a que pertenezca.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Bogotá, D.E., veintiocho de abril de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Osvaldo Abello Noguera**

Radicación: No. 1.847 Referencia: Consulta

El señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, doctor Jaime Pinzón López, formula a la Sala la siguiente consulta:

"Este Despacho desea conocer el criterio de la Sala de Consulta y Servicio Civil respecto de la forma de interpretación del término funcionario público, es decir, si éste se refiere únicamente a los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del poder público o si puede aplicarse también a quienes ejercen las funciones públicas de administrar justicia y de legislar.

"El término funcionario público no se encuentra definido expresamente en la Constitución Nacional, ni en la Ley. Por lo tanto, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 28 del Código Civil Colombiano se acude a las definiciones comúnmente utilizadas en el idioma castellano y según el Diccionario de la

Lengua Española, funcionario es la persona que desempeña un empleo público.

La noción de empleo público se encuentra definida en la ley y según ésta es el conjunto de funciones señaladas por la Constitución Nacional, la ley o el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural, con la finalidad de satisfacer las necesidades permanentes de la administración pública.

"El funcionario público es pues, un servidor del Estado que se vincula a éste a través de diversas modalidades; es decir, se trata de un término único y que genérico para denominar a las personas que prestan sus servicios al Estado.

"El Estado cumple o realiza sus funciones a través de las distintas ramas del poder público, quienes se encargan de desarrollar una determinada función y de colaborar armónicamente en el cumplimiento de sus fines.

"La H. Corte Suprema de Justicia ha hecho referencia a la integración y ejercicio del poder público y ha especificado el contenido general de las funciones ejecutadas por las tres ramas que lo conforman, así: A través de la rama Legislativa del Estado formula el derecho objetivo, por medio de la rama ejecutiva se crean situaciones jurídicas generales e individuales en virtud de la expedición de reglamentos y la rama Jurisdiccional por su parte se encarga de comprobar la violación, existencia o extensión de las normas jurídicas y toma las medidas necesarias para asegurar su respeto.

"El Decreto-ley No. 2463 de 1981, que determina el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los funcionarios de las Cajas de Compensación Familiar y de las Asociaciones de las Cajas y, de los miembros de sus organismos de dirección, administración y fiscalización dispone en sus artículos 3o. literal d) y 4o. literal a) que no pueden ser elegidos miembros de los Consejos o Juntas Directivas, ni Directores Administrativos o Gerentes, ni Revisores Fiscales quienes tengan el carácter de funcionario público.

"Las precitadas disposiciones, se refieren a los funcionarios públicos en general sin efectuar distinciones de ninguna clase. ¿Puede por lo tanto entenderse que este término se extiende no solamente a las personas que presten sus servicios a la rama Ejecutiva del poder público, sino también a los Senadores, Representantes a la Cámara, Diputados a las Asambleas Departamentales, Concejales Municipales, H. Magistrados y Jueces de la República y al resto del personal que labora para las demás ramas del poder público?".

LA SALA CONSIDERA:

La Ley 25 de 1981, por la cual se creó la Superintendencia del Subsidio Familiar, autorizó al Gobierno Nacional en su artículo 20, numeral 4, para "determinar el régimen de incompatibilidades, inhabilidades y responsabilidades de los funcionarios de las Cajas de Compensación Familiar o de las Asociaciones constituidas por éstas, y o aplicables a quienes forman parte de los correspondientes organismos de dirección, administración y fiscalización.

Para los efectos de dicha ley, se entiende por Asociaciones de Cajas de Compensación familiar aquellas constituidas para prestar servicios sociales conjuntos a los beneficiarios del subsidio familiar (artículo 18 ibídem).

El régimen de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los funcionarios de las Cajas de Compensación Familiar, de las Asociaciones de Cajas y de los miembros de sus organismos de dirección, administración y fiscalización, está determinado por el Decreto No. 2463 de 8 de septiembre de 1981, cuyos artículos 3o., 4o., y 5o., disponen:

"No podrán ser elegidos miembros de los Consejos o Juntas Directivas, ni Directores Administrativos o Gerentes, quienes: ...

"d) Tengan el carácter de funcionarios públicos.

"No podrá ser designado como revisor fiscal principal o suplente, quien:

"a) Se halle dentro de alguna de las situaciones previstas en los literales a), b), c) y d) del artículo anterior.

" .....

"Será nula la elección o designación que se hiciere contrariando las disposiciones anteriores así como los contratos y actos que celebren o ejecuten las personas cuya elección y designación esté viciado".

Como causal establecida respecto de personas que "tengan el carácter de funcionarios públicos", se aprecia, por el aspecto legal empleado, un elemento constitutivo de inhabilidad, derivado de la condición personal de funcionario y un principio formulado en términos tales de generalidad que comprende todos los sujetos de una misma condición de la cual al intérprete le estaría vedado excluir alguno por vía de doctrina.

Acerca de la condición, la calidad, o el carácter de funcionario, el legislador, en función propia suya, o el Gobierno autorizado al efecto para ejercerla, tiene definido para ciertas materias lo que tal condición o calidad significa. (Decreto No. 3074 de 1968 —artículo 1o.— y Decreto No. 3135 de 1968 — artículo 5o.— Decreto 1950 de 1973 (artículo 18).

Y el constituyente mismo, en la expresión de sus principios, se refiere en varios artículos al ejercicio de los poderes públicos; a la responsabilidad de los funcionarios públicos por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas, (artículos 20, 51 y 62), a la sanción que aquéllos pueden suponer a quien las injurie o irrespete cuando las ejercen (artículo 27); a la incompatibilidad del ministerio sacerdotal con el desempeño de cargos públicos (artículo 54), etc.

El uso general en la terminología legislativa de las palabras "funcionario" o "empleado", sin perjuicio del significado que tienen para ciertas materias, determina la extensión que debe dárseles conforme a las reglas de interpretación contenidas en los artículos 28 y 31 del Código Civil. Y revela la intención del legislador de incorporar a la terminología legal el vocablo con más amplio sentido o de más obvio y natural alcance.

Así, cuando el artículo 63 de la Constitución Política prescribe, como regla general sobre servicio público, que en Colombia no habrá ningún empleo que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, está expresando, en términos de absoluta comprensión la más general de las nociones de funcionario y de empleo.

Porque lo que constituye la esencia del cargo público, en cuanto se personifica en un sujeto, humano, es la función pública. Este es el género próximo o la característica común, sin la cual no existirá en ningún caso la figura del funcionario público.

Funcionario público en consecuencia, es el que ejerce una función pública de modo permanente o, con mayor precisión, la persona nombrada o elegida para ejercer un cargo público.

No tiene importancia jurídica la naturaleza de la función, cuando ésta es pública y queda incluida de alguna manera en el actividad legislativa, administrativa o judicial, o, como expresa el artículo 55 de la Constitución Política, cuando en la realización de los fines propios del Estado, el Congreso, el Gobierno y los Jueces ejercen armónicamente sus funciones, asignadas de modo permanente. Independientemente de que la función pública la ejerza una corporación o una persona natural, de que sea conjunta o individual, es su naturaleza la que determina la inhabilidad o la incompatibilidad, establecidas en el caso de la consulta, como medida tendiente a salvaguardar los intereses comprometidos en el desempeño de todo cargo o destino o la misma dignidad a él anexa.

También el Código de Comercio, con igual fin, dice que son inhábiles para ejercer el comercio directamente o por interpuesta persona "los funcionarios de entidades oficiales y semioficiales respecto de actividades mercantiles que tengan relación con sus funciones".

En conclusión, cuando el Decreto 2463 de 1981 considera la calidad de funcionario público como elemento constitutivo de inhabilidad, se entiende para efectos de dicho decreto, como la calidad propia de toda persona investida de una función pública, atribuida a determinado cargo o corporación con carácter permanente y ejercida en forma conjunta o individual, sea cual fuere la rama del poder público a que pertenezca.

Se es funcionario, pues, con relación a las distintas funciones legislativas y judiciales, no sólo con relación a las funciones administrativas, que son por cierto, las que ejercen las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales.

En los anteriores términos se da por absuelta la consulta del señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, doctor Jaime Pinzón López.

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala, **Osvaldo Abello Noguera, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo**

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

PERMISOS SINDICALES. ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS NACIONALES. El Sindicato debe someterse al Reglamento Interno de trabajo, si éste no existiera se estará a lo dispuesto en materia a las normas pertinentes previstos en el Decreto-ley 2400 de 1968, modificado por el 3074 del mismo año y reglamentados por el 1950 de 1973, VACACIONES. RECONOCIMIENTO. El Sindicato en representación de todos y cada uno de sus afiliados, puede pedir su reconocimiento, pero no efectuarlo.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Bogotá, D.E., veinticinco de mayo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Osvaldo Abello Noguera**

Radicación: No. 1.891 Referencia: Consulta

El señor ministro de Salud, doctor Jorge García Gómez, en oficio No. 18478, solicita a la Sala absolver la siguiente consulta:

"1. ¿Es legal en un Establecimiento Público del Orden Nacional, cuyos funcionarios son sin excepción, Empleados Públicos, vinculados a la administración bajo una situación legal y reglamentaria, y que tiene conformado un Sindicato, se otorgue Permiso Sindical de tiempo completo a determinados miembros del mismo?

"2. ¿Es legal que la Asamblea General, la Junta Directiva o el Presidente y Secretario de este Sindicato, decreten o reconozcan, por Resolución, vacaciones, las aplacen o interrumpan, a los miembros de ese Sindicato, así como determinar o decidir sobre otras cuestiones de tipo administrativo?".

LA SALA CONSIDERA:

En cuanto a la primera pregunta debe decirse que el reglamento de trabajo, según el Art. 104 del Código Sustantivo del Trabajo "es el conjunto de normas que determinan las condiciones a que deben sujetarse al patrono y sus trabajadores en la prestación del servicio. Ello quiere decir que se trata de una norma reguladora de situaciones jurídicas que obliga por igual a las partes en la relación del trabajo. Y es, precisamente, en el reglamento donde se prevén las disposiciones referentes al descanso obligatorio.

El artículo 108 del prenombrado Código de Trabajo, en su numeral 6o. dice: "días de descanso legalmente obligatorio; horas o días de descanso convencional o adicional; permisos, especialmente en lo relativo a desempeño de comisiones sindicales, asistencia al entierro de compañeros de trabajo y grave calamidad doméstica".

Esto significa que si en un establecimiento público nacional existe un sindicato debe someterse al reglamento interno del trabajo que es el que señala las formas o permisos referentes al desempeño de comisiones sindicales, asistencia al entierro de compañeros de trabajo y grave calamidad doméstica. Ahora bien, en el evento de que el nombrado reglamento interno del trabajo no existiera se estará a lo dispuesto en esta materia a las normas pertinentes

previstas en el Decreto-ley 2400 de 1968, modificado por el 3074 del mismo año y reglamentados por el 1950 de 1973.

En lo tocante a la segunda pregunta de la consulta se absuelve en la siguiente forma:

El Sindicato es una entidad privada que goza de la protección de la ley para desempeñar eficazmente su finalidad que consiste en propender por las mejores condiciones posibles para sus afiliados.

Los empleados y trabajadores oficiales, miembros de un Sindicato, derivan sus derechos de la ley. Los trabajadores oficiales también pueden disfrutar de mejores prestaciones sociales mediante convención colectiva de trabajo.

Pero el reconocimiento de sus derechos, como el de disfrutar de vacaciones corresponde a la entidad administrativa a la cual se encuentran vinculados. El sindicato en representación de todos y cada uno de sus afiliados, puede pedir su reconocimiento, pero no efectuarlo, arrogándose así las funciones del empleador.

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por el señor Ministro de Salud, doctor Jorge García Gómez.

Transcríbase en copia auténtica.

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala, **Osvaldo Abello Noguera**, **Humberto Mora Osejo**, (no asistió, con excusa); **Jaime Paredes Tamayo**.

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

PERMISOS REMUNERADOS. RAMA EJECUTIVA.

1. Excepciones, artículo 64 (Decreto 2400/68).

2. Autorización del permiso (Decreto 1950/73, artículo 74).

LICENCIAS EN EMPLEADOS DE SINDICATOS. Regulación (Art. 57, 6o. C.S.T.). Prohibición a permisos remunerados mayor de 3 días. ASIGNACION DE LOS EMPLEADOS. La ley puede facultar a la Junta o Consejo Directivo de una Empresa Industrial y Comercial del Estado para fijar la asignación de los empleados y trabajadores oficiales de la entidad, a condición de observar la escala de remuneración prescrita por la ley.

UNIDADES DE PERSONAL. ORGANISMOS DE LA RAMA EJECUTIVA. Funciones.

REMUNERACION. ESCALAS. TRABAJADORES OFICIALES. Carácter de su vinculación. Funciones. Obras de construcción.

EMPLEADOS DE DIRECCION Y DE CONFIANZA. Características.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Bogotá, D.E., treinta de mayo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Jaime Paredes Tamayo**

Radicación: No. 1.881 Referencia: Consulta

El Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, en Oficio No. 1786, formula a la Sala las consultas que a continuación se transcriben:

"1. Los artículos 21 del Decreto Extraordinario 2400 de 1968 y 74 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973 establecen que los empleados públicos pueden obtener permisos remunerados por tres días, cuando medie justa causa.

Se pregunta a esa Honorable Sala sobre la posibilidad de que los Jefes de los organismos de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional puedan conceder permisos sindicales remunerados por un término superior a los tres días que señalan las disposiciones citadas, para los miembros de las Juntas Directivas de los Sindicatos de Empleados Públicos, en desarrollo del derecho de asociación de que también goza esta clase de servidores del Estado, en la forma en que lo consigna el Código Sustantivo del Trabajo.

2. Según lo dispuesto en los artículos 5o., inciso 2o. del Decreto Extraordinario 3135 de 1968, 5o. del Decreto Reglamentario 1848 de 1969 y 3o., inciso 2o. del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado tienen el carácter de trabajadores oficiales. Sin embargo, los estatutos de dichas entidades precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

Como es de conocimiento de esa Honorable Sala, el artículo 38 del Decreto Extraordinario 3130 de 1968, que otorgaba a las Juntas o Consejos Directivos de los Establecimientos Públicos y de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado la facultad de elaborar los respectivos estatutos de personal para aprobación del Gobierno, fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de diciembre 15 de 1972, en la cual se sostuvo que era competencia del Congreso Nacional regular dicha materia.

En cuanto al régimen salarial de los empleados públicos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado el Congreso Nacional, ni el Ejecutivo, en ejercicio de facultades extraordinarias, han establecido hasta la fecha la escala de remuneración para esta clase de servidores.

Como las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, en sus estatutos precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos, se pregunta si pueden sus Juntas o Consejos Directivos establecer la escala de remuneración de tales funcionarios.

3. Los Decretos Extraordinarios 2400 y 3074 de 1968 y el Decreto Reglamentario 1950 de 1973 regulan la administración del personal civil que presta

sus servicios en los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional.

El artículo 1o. del Decreto 1050 de 1968 señala los organismos que conforman la Rama Ejecutiva y establece que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado se encuentran vinculadas a la Administración.

Se consulta, por consiguiente, si dicho régimen de personal contemplado en las citadas disposiciones legales, es igualmente aplicable a los empleados de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

4. Los Decretos Extraordinarios 712 y 1042 de 1978 y demás disposiciones que los modifican y adicionan, regulan el sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de los empleos pertenecientes a la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, salvo lo dispuesto en el Decreto Extraordinario 1044 de 1978 que señaló la denominación de algunos empleos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado (Sector Defensa). La nomenclatura de los empleos públicos en dichas entidades no está regulada en ninguna disposición legal.

Se consulta si para efectos de la mencionada nomenclatura y clasificación de cargos, las Juntas o Consejos Directivos de tales organismos deben tener en cuenta lo regulado en dicha materia por los Decretos Extraordinarios 712 y 1042 de 1978.

5. El artículo 5o. del Decreto Extraordinario 3135 de 1968 determina que los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

Para efectos de la aplicación de la mencionada norma, se consulta sobre el alcance preciso de la expresión "trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas".

6o. El artículo en mención del Decreto 3135 de 1968, consagra que en los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Se consulta si en los estatutos de los establecimientos públicos sólo se puede establecer que las personas vinculadas mediante contrato de trabajo serán quienes cumplan funciones de construcción y sostenimiento de obras públicas, o si pueden vincularse a través de dicha modalidad contractual personas que desempeñen otra clase de actividades.

7. El citado artículo 5o. del decreto a que se viene haciendo referencia establece que en los estatutos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado se precisará qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

El artículo 4o. del Decreto Reglamentario 1848 de 1969 definió qué se entendía por personal directivo y de confianza, disposición declarada nula por el Consejo de Estado en sentencia de julio 16 de 1971.

Se consulta cuál es el alcance de la expresión "personal directivo y de confianza", para efectos de la aplicación de lo dispuesto en el inciso 2o. del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968.

8. En atención a que los Decretos Extraordinarios 2400 y 3074 de 1968 y el Decreto Reglamentario 1950 de 1973 no regulan el régimen de impedimentos y recusaciones de los empleados públicos, se consulta sobre las normas legales a que debe acudir la Administración en aquella materia".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En el orden de su planteamiento, la Sala sintetiza así su respuesta a los puntos planteados por la consulta:

1. Del artículo 21 del Decreto 2400 de 1968 derivan los empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público, con excepción del personal civil del Ramo de Defensa (artículo 64 ibídem) la posibilidad de obtener permiso remunerado hasta por tres días cuando medie justa causa.

Y la facultad de autorizar o negar el permiso corresponde al Jefe del organismo respectivo o a quien se le haya delegado (Decreto 1950 de 1973, artículo 74).

Si el empleado que solicita el servicio es miembro de la Junta Directiva de un sindicato de empleados públicos es obvio que dicha calidad no determina un régimen o regulación diferente de su solicitud, ni la solución que a ésta se dé puede vincularse con el desempeño de "comisiones sindicales", cuya normatividad es propia del reglamento de trabajo, que hace parte del contrato individual de trabajo, y cuya presentación, aprobación, publicación y vigencia de modificaciones se rigen por las normas del Título IV, Capítulo 1, artículos 104 a 125 del Código Sustantivo del Trabajo.

Precisamente debe señalar el reglamento de trabajo las condiciones especiales de las licencias necesarias "para desempeñar comisiones sindicales inherentes a la organización" y "salvo convención en contrario, el tiempo empleado en estas licencias puede descontarse al trabajador o compensarse con tiempo igual de trabajo efectivo en horas distintas de su jornada ordinaria, a opción del patrono". (Artículo 57, 6o. del Código Sustantivo del Trabajo).

Como la condición de empleado público y su sujeción al régimen que tal condición implica, es, incompatible o inasimilable a la relación de Derecho Individual del Trabajo de carácter particular, y el ejercicio de la función pública no tolera alternativas propias de tal carácter, mal pueden los Jefes de los organismos de la Rama Ejecutiva del Poder Público conceder a sus empleados "permisos sindicales remunerados" por un término superior a tres días, así sean miembros de las Juntas Directivas del respectivo sindicato. "La vinculación como empleado significa relación jurídica estatutaria que, de modo general e impersonal determina sus deberes y derechos".

Es deber de todo empleado dedicar la totalidad del tiempo reglamentario del trabajo al desempeño de las funciones que le han sido encomendadas y su derecho a obtener permisos está sujeto a las disposiciones legales y reglamentarias que las regulen, es decir, a un término de tres días, con goce de sueldo, cuando medie justa causa.

2. Si el artículo 76, ordinales 9o. y 10o. de la Constitución Política, prescribe que la ley debe determinar la estructura de los establecimientos públicos y

de las empresas industriales y comerciales del Estado, la escala de remuneración de los empleos y las prestaciones sociales, bien puede la ley facultar a la Junta o Consejo Directivo de una empresa industrial o comercial del Estado para fijar la asignación de los empleados y trabajadores oficiales de la entidad, a condición de observar la escala de remuneración prescrita también por la ley. Tal es el sentido de la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el 13 de diciembre de 1972, que declaró inconstitucional el artículo 31 del Decreto-ley 3130 de 1968. (Concepto de la Sala de Consulta emitido el 22 de marzo de 1983 cuya publicación fue autorizada por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social. Radicación 1826. Consejero ponente Dr. Humberto Mora Osejo).

3. El Decreto-ley 2400 de 1968 regula la administración del personal civil que presta sus servicios en los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público (artículo 1o.). Y conforme al artículo 53 del mismo decreto, con la modificación que introdujo el Decreto-ley 3074 de 1968, "son organismos responsables de la administración del personal civil que presta sus servicios en la Rama Ejecutiva del Poder Público:

El Departamento Administrativo del Servicio Civil y el Consejo Superior del mismo; la Escuela Superior de Administración Pública y los demás establecimientos de capacitación para personal civil; y, las unidades y comisiones de personal de los Organismos de la Rama Ejecutiva".

En armonía con las normas vistas, el artículo 56 del Decreto 2400 precisa las funciones generales que "las unidades de personal de los organismos de la Rama Ejecutiva estarán encargadas de cumplir, *con sujeción a las normas legales y reglamentarias* (subraya la Sala) y con la asesoría del Departamento Administrativo del Servicio Civil... y las demás funciones que tengan relación con la administración de personal...".

Normas estatutarias específicas rigen, además, la administración del personal de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, y concretamente, las relativas a quienes en calidad de empleados públicos prestan a ellas sus servicios, integran el régimen de derecho público a que quedan sometidos en cuanto a responsabilidad, incompatibilidad y remuneración. (Cf. artículo 27, parágrafo del Decreto 1050 de 1968).

Este último decreto, cuyo artículo 35 dispuso la reestructuración de las empresas industriales y comerciales del Estado con base en las normas de carácter general en él consignadas, únicamente exceptúa de la aplicación de las mismas, en cuanto al régimen del personal a su servicio, a los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Defensa Nacional.

4. Serían excepciones a la aplicación del Decreto 1042 de 1978 las señaladas por el artículo 104 del mismo decreto relativas "a los empleados de las entidades que tienen sistemas especiales de remuneración legalmente aprobadas" y al personal de las fuerzas militares, si en dichas excepciones quedasen comprendidos aquellos empleados públicos a cuya falta de nomenclatura se refiere el punto 4o. de esta consulta.

También el Decreto 0069 de 1983, cuyo artículo 2o. reajusta los salarios para empleos regulados, entre otros por los Decretos Extraordinarios 712 y

1042 de 1978, excluye de su aplicación "a los empleados públicos de las entidades que tienen sistemas especiales de remuneración legalmente aprobados" y al personal de las fuerzas militares que no se rige por el Decreto Extraordinario 1042 de 1978 y demás normas que lo modifiquen o adicionen. (Art. 14, aparte e), Decreto 0069/83).

Expresa, sin embargo, el artículo 15 del mismo Decreto 0069 de 1983, que el reajuste de las escalas de remuneración para los empleados públicos que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta, sometidas al régimen de dichas empresas, no podrá exceder los límites y porcentajes a que hace referencia el artículo 2o. del mismo decreto.

Conforma esta última disposición, la inaplicabilidad del Decreto 1042 de 1978, a los empleados de las entidades que tienen sistemas especiales de remuneración legalmente aprobados, puesto que a tales entidades asimila, en expresa referencia específica, las empresas del Estado, para efectos del reajuste de remuneración de sus empleados.

Más directo y explícito el Decreto 540 de 1977, en su artículo 25 expresó que regía para los empleos de las empresas industriales y comerciales del Estado vinculadas al Ministerio de Defensa que debían ser desempeñados por funcionarios que tuvieran el carácter de empleados públicos. Aunque también exceptuaba de su aplicación a entidades con sistemas especiales de remuneración legalmente aprobados.

5. Para los efectos del Capítulo VII, Título IX. Prestaciones patronales especiales del Código Sustantivo del Trabajo... "Se entiende por obras o actividades de construcción las que tienen por objeto construir cualquier clase de casas o edificios y las inherentes a esta construcción, excepto su conservación o reparación..." (Artículo 309).

El objeto, por el cual el Código citado define la obra o actividad de construcción, determina a su vez la clasificación del trabajador para efectos prestacionales exclusivos de tal actividad y este criterio es el que aplica con iguales efectos y con carácter de garantías mínimas, el Decreto 3135 de 1968 al establecer en su artículo 5o. que los trabajadores de la construcción y sostenimiento de *obras públicas* son trabajadores oficiales. También expresamente determinada por la naturaleza de su actividad, califica el artículo 3o. del Decreto 1848 de 1969 como trabajadores oficiales de la construcción y sostenimiento de las *obras públicas*, cuando prestan sus servicios a las entidades señaladas en el inciso 1o. del artículo 1o. del mismo decreto, lo cual determina, a su vez, el carácter de su vinculación.

La actividad relativa al sostenimiento de las obras públicas construidas, es decir, su conservación y reparación, está expresamente calificada en la definición legal, al contrario de lo que ocurre en la relación laboral de carácter particular, donde no se entienden por obras o actividades de construcción, las relativas a conservación o reparación de casas o edificios.

Otra precisión en cuanto a la calidad de trabajador de la construcción y sostenimiento de obras públicas conduce a concluir, que aquella no deriva de la vinculación a una entidad exclusivamente encargada de ejecutarlas, sino de la

actividad específica que el trabajador desarrolla. Quienes, en consecuencia, realizan actividades propias de la construcción y sostenimiento de obras públicas, deben considerarse trabajadores oficiales, aunque estén vinculados a una entidad cuya actividad específica no se limite a construirlas.

Pero en verdad la calificación objeto de análisis, cobra pleno alcance, para los efectos que son materia del punto siguiente, sexto de la consulta.

6. Naturalmente las actividades que en los establecimientos públicos pueden ser desempeñadas por trabajadores oficiales deben ser señaladas en sus normas estatutarias, abstracción hecha de quienes laboran en la construcción y sostenimiento de obras públicas, o los que la ley califica expresamente de trabajadores oficiales.

7. Como lo ha señalado la jurisprudencia laboral de la Corte Suprema de Justicia, no es posible dar un criterio de la noción de dirección y confianza sino con base en las funciones que tenga señaladas el trabajador y así ocurre con las personas que tengan la calidad de empleados públicos, cuya función y clasificación determina su vinculación a las empresas del Estado.

Son, por tanto, fuente de interpretación, los estatutos de cada empresa, en cuanto precisen las actividades de dirección y confianza que, por excepción deben desempeñarse por personas que tengan la condición de empleados públicos. Quiere decir lo anterior que no todos los cargos de dirección y confianza en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado tienen que ser desempeñados por empleados públicos. Corresponde a los estatutos señalar esa situación, mediante la correspondiente clasificación, y así lo ha expresado la Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda-, en sentencia de 27 de julio de 1979. (Exp. 4003, Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago).

Con todo, son características de los cargos de dirección, señaladas por la Corte Suprema de Justicia (Cas. 1o. junio 1954 Rev. D. del T. No. 115, pág. 56, las siguientes:

"Los cargos de dirección se caracterizan porque quienes los desempeñan: a) Actúan en función no simplemente ejecutiva, sino conceptiva, orgánica y coordinativa, múltiple, esencialmente dinámica que persigue el desarrollo y buen éxito de la empresa o servicio considerado como abstracción económica o técnica, a diferencia del trabajo ordinario que no lleva sino su propia representación y cuya labor se limita a la ejecución concreta de determinada actividad dentro de los planos señalados de antemano por el impulso directivo; b) Ocupan una posición especial de jerarquía en la empresa o servicio con facultades disciplinarias y de mando sobre el personal ordinario de trabajadores y dentro de la órbita de la delegación, jerarquía que por regla general coincide con el alto rango del cargo, pero sin que esta coincidencia sea forzosa o esencial, pues el criterio no es formal sino sustancial y por lo tanto, se estructura únicamente sobre la naturaleza de la función que realice el trabajador. Así lo había expresado el tribunal supremo en sentencia de 15 de octubre de 1948 (G. del T. III, Núms. 17, 28, pág. 598); c) Obligan al patrono frente a sus trabajadores, según lo preceptuado por el Art. 32 del Cód. Sust. del Trab.; d) Están dotados de determinado poder discrecional de autodecisión cuyos límites resultan de la ubicación que ocupen en la escala jerárquica o, en último término, de la

voluntad superior del empleador; e) Cuando la gestión no es global, son elementos de coordinación o enlace entre las secciones que dirigen y la organización central; f) Finalmente y por todo lo anterior, constituyen un tipo intermedio de trabajador entre el patrono a quien representan y el común de los demás asalariados. En esta categoría y como ejemplos puramente enumerativos, están incluidos los gerentes, administradores, mayordomos, capitanes de barco, etc.".

Y son características de los empleados de confianza, las señaladas por la misma Corporación en sentencia de 27 de julio de 1953 Corte Suprema (Rev. D. del T. No. 105, pág. 81), así:

"Gozan de confianza los trabajadores que pueden actuar con cierta libertad en el servicio a nombre del patrono; y la confianza puede estar separada de cualquiera otra atribución y ser ajena de la facultad de manejo, que la tienen quienes se encargan de los fondos, del dinero".

En cuanto resultan pertinentes a la situación del empleado público, las jurisprudencias transcritas ilustran el criterio sobre la materia del punto consultado bajo este numeral.

8. "*Artículo 8o.* Los funcionarios públicos en quienes concurra alguna de las causales de recusación previstas en el Código de Procedimiento Civil deberán declararse impedidos para conocer de los respectivos asuntos o negocios.

El funcionario impedido pasará el asunto o negocio a su superior jerárquico, a fin de que éste decida a quién ha de corresponder su conocimiento. Para los efectos del presente artículo se entiende por superior jerárquico el correspondiente Ministro, Jefe del Departamento Administrativo y Gerente o Director de Establecimiento Público o de Empresa Industrial o Comercial del Estado. En los casos de impedimentos y recusaciones de los Jefes de Departamento Administrativo y de los representantes legales de las entidades descentralizadas, hará las veces de superior jerárquico el Presidente de la República.

Los impedimentos y recusaciones de los Ministros del Despacho se continuarán resolviendo conforme a lo dispuesto en el artículo 8o. de la Ley 63 de 1923.

En la tramitación de los impedimentos y recusaciones de que aquí se trata, se observarán las normas pertinentes del Código de Procedimiento Civil". (Decreto 116 de 1973).

En los anteriores términos se absuelve la consulta del Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil.

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala; **Osvaldo Abello Noguera, Humberto Mora Osejo**, (ausente con excusa legal); **Jaime Paredes Tamayo.**

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

MATERIAL
PROPRIEDADE INTELECTUAL

Título I

Orden Nacional

CAPITULO PRIMERO

DECRETOS DEL GOBIERNO

MINAS. PERTENENCIA. Todas las minas pertenecen a la nación salvo la excepción consagrada en el artículo 1o. de la Ley 20 de 1969.

YACIMIENTO DESCUBIERTO. SENTIDO DE LA DEFINICION. El legislador en forma indirecta, consagró los elementos de su definición en el artículo 2o. de la Ley 20 de 1969. Quienes a partir de la vigencia de la Ley 20/69, estuvieren comprendidos por situaciones jurídicas subjetivas y concretas en relación con yacimientos descubiertos podrán alegar propiedad sobre minas.

POTESTAD REGLAMENTARIA. Alcance de la limitación.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, D.E., febrero diez de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Jorge Dangond Flores**

Actor: **María Aurora Mejía Novoa**

Referencia: Expediente No. 3.285

En ejercicio de la acción de nulidad establecida en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, la ciudadana María Aurora Mejía Novoa, en demanda presentada con las formalidades legales, pretende que esta Corporación haga los siguientes pronunciamientos:

"Primero. Que es nulo el artículo 4 del Decreto 1275 de 1970 expedido por el señor Presidente de la República mediante el cual se reglamentaron las Leyes 60 de 1967 y 20 de 1969, que es del siguiente tenor: "Se entiende por yacimiento descubierto toda acumulación de uno o varios minerales que ofrezca perspectivas de aprovechamiento económico establecidos por medio de trabajos preliminares.

"Segundo. Que la sentencia que ponga término a este proceso se cumpla en la forma prevista en los artículos 121 y siguientes del C.C.A."

La demandante estima que se han violado las siguientes normas: artículos 2, 10, 16, 20, 55, 63 y 120 ordinal 3o. de la Constitución y artículos 4o. y 5o. de la Ley 153 de 1887. Y expresa el concepto de la violación así:

La carta le ha dado al Presidente de la República la facultad de reglamentar las leyes y, en regla general, los actos que tengan fuerza de ley pero ese poder reglamentario no significa de manera alguna la posibilidad para el gobernante de variar o modificar el contenido de las normas reglamentadas.

Constituye apenas una facultad para expedir las disposiciones que permitan el cumplimiento de esas leyes y se haga fácil su ejecución de parte de los particulares.

Ello nos lleva a concluir que cualquier norma que en el ejercicio de la función reglamentaria se dicte desbordando el objeto de ese poder será inconstitucional por exceso en el ejercicio de la competencia que se pretendió utilizar.

Pues bien, en el presente caso es indiscutible que el legislador en el artículo 1o. de la Ley 20 de 1969, empleó el término yacimiento descubierto, basándose en la terminología de la sentencia de la Corte de junio 12 de 1913, y, por lo tanto, tomó el sentido natural y lógico de las palabras, siguiendo los elementales principios de hermenéutica según la Ley 153 de 1887.

Pero a pesar de esta clara disposición legal, que de acuerdo con el Art. 27 del C.C. no podía ser consultada en su espíritu so pretexto de interpretarla, el Gobierno en uso de las facultades del ordinal 3 del artículo 120 de la Constitución Nacional modificó la norma reglamentada, al agregar dos elementos más a la noción de yacimiento descubierto, como son: La exploración preliminar y que la mina ofrezca perspectivas de aprovechamiento.

"Como la facultad o poder reglamentario debe ser ejercido en la forma que antes se mencionó y en el presente caso no lo fue, sino que por el contrario por medio de ella sirvió para exceder su poder quien no tenía atribuciones para ello, tendrá que concluirse que se violó directamente la norma reglamentada, e indirectamente la Ley 153 de 1887 y los artículos 120 ordinal 3, 2, 10, 16, 20, 55, 63 de la Constitución Nacional".

El Ministerio Público expone:

"Dentro de la finalidad de la Ley 20/69 y teniendo en cuenta los objetivos del Decreto 1275/70 tendiente al fomento de la industria minera, la norma acusada resulta acorde con lo que se proponía la ley.

Los yacimientos que realmente interesan a la economía son precisamente los que pueden ser aprovechados y necesariamente a ellos se refiere tanto la ley como el decreto reglamentario, y era precisamente en el reglamento donde se tenía que aclarar y precisar el sentido del término.

"El hecho de que la Corte en 1913 haya entendido de otra manera el término, es un argumento que en nada cambia la situación, ni es valedero frente a un precepto legal. Sabido es que no puede esgrimirse la jurisprudencia como cargo para anular una disposición legal.

"No se puede desconocer tampoco, que las circunstancias y la época no son las mismas. En 1969 y 1970 teniendo en cuenta los adelantos de la llamada industria minera se hizo necesario ir definiendo conceptos y señalando pautas, de suerte que se hiciera posible en la práctica el deseo del legislador cuando declaró en la Ley 20/69, Art. 7o. que la industria minera era de utilidad pública y de interés social. Además el Art. 2o. de la Ley 20/69 claramente se refiere a yacimientos "de sustancias económicamente explotables". Lo que nos está indicando como ya se dijo, que la norma acusada del decreto reglamentario está en consonancia con la ley.

Título I

Orden Nacional

CAPITULO PRIMERO

DECRETOS DEL GOBIERNO

MINAS. PERTENENCIA. Todas las minas pertenecen a la nación salvo la excepción consagrada en el artículo 1o. de la Ley 20 de 1969.

YACIMIENTO DESCUBIERTO. SENTIDO DE LA DEFINICION. El legislador en forma indirecta, consagró los elementos de su definición en el artículo 2o. de la Ley 20 de 1969. Quienes a partir de la vigencia de la Ley 20/69, estuvieren comprendidos por situaciones jurídicas subjetivas y concretas en relación con yacimientos descubiertos podrán alegar propiedad sobre minas.

POTESTAD REGLAMENTARIA. Alcance de la limitación.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, D.E., febrero diez de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Jorge Dangond Flores**

Actor: **María Aurora Mejía Novoa**

Referencia: Expediente No. 3.285

En ejercicio de la acción de nulidad establecida en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, la ciudadana María Aurora Mejía Novoa, en demanda presentada con las formalidades legales, pretende que esta Corporación haga los siguientes pronunciamientos:

"Primero. Que es nulo el artículo 4 del Decreto 1275 de 1970 expedido por el señor Presidente de la República mediante el cual se reglamentaron las Leyes 60 de 1967 y 20 de 1969, que es del siguiente tenor: "Se entiende por yacimiento descubierto toda acumulación de uno o varios minerales que ofrezca perspectivas de aprovechamiento económico establecidos por medio de trabajos preliminares.

"Segundo. Que la sentencia que ponga término a este proceso se cumpla en la forma prevista en los artículos 121 y siguientes del C.C.A."

La demandante estima que se han violado las siguientes normas: artículos 2, 10, 16, 20, 55, 63 y 120 ordinal 3o. de la Constitución y artículos 4o. y 5o. de la Ley 153 de 1887. Y expresa el concepto de la violación así:

La carta le ha dado al Presidente de la República la facultad de reglamentar las leyes y, en regla general, los actos que tengan fuerza de ley pero ese poder reglamentario no significa de manera alguna la posibilidad para el gobernante de variar o modificar el contenido de las normas reglamentadas.

Constituye apenas una facultad para expedir las disposiciones que permitan el cumplimiento de esas leyes y se haga fácil su ejecución de parte de los particulares.

Ello nos lleva a concluir que cualquier norma que en el ejercicio de la función reglamentaria se dicte desbordando el objeto de ese poder será inconstitucional por exceso en el ejercicio de la competencia que se pretendió utilizar.

Pues bien, en el presente caso es indiscutible que el legislador en el artículo 1o. de la Ley 20 de 1969, empleó el término yacimiento descubierto, basándose en la terminología de la sentencia de la Corte de junio 12 de 1913, y, por lo tanto, tomó el sentido natural y lógico de las palabras, siguiendo los elementales principios de hermenéutica según la Ley 153 de 1887.

Pero a pesar de esta clara disposición legal, que de acuerdo con el Art. 27 del C.C. no podía ser consultada en su espíritu so pretexto de interpretarla, el Gobierno en uso de las facultades del ordinal 3 del artículo 120 de la Constitución Nacional modificó la norma reglamentada, al agregar dos elementos más a la noción de yacimiento descubierto, como son: La exploración preliminar y que la mina ofrezca perspectivas de aprovechamiento.

"Como la facultad o poder reglamentario debe ser ejercido en la forma que antes se mencionó y en el presente caso no lo fue, sino que por el contrario por medio de ella sirvió para exceder su poder quien no tenía atribuciones para ello, tendrá que concluirse que se violó directamente la norma reglamentada, e indirectamente la Ley 153 de 1887 y los artículos 120 ordinal 3, 2, 10, 16, 20, 55, 63 de la Constitución Nacional".

El Ministerio Público expone:

"Dentro de la finalidad de la Ley 20/69 y teniendo en cuenta los objetivos del Decreto 1275/70 tendiente al fomento de la industria minera, la norma acusada resulta acorde con lo que se proponía la ley.

Los yacimientos que realmente interesan a la economía son precisamente los que pueden ser aprovechados y necesariamente a ellos se refiere tanto la ley como el decreto reglamentario, y era precisamente en el reglamento donde se tenía que aclarar y precisar el sentido del término.

"El hecho de que la Corte en 1913 haya entendido de otra manera el término, es un argumento que en nada cambia la situación, ni es valedero frente a un precepto legal. Sabido es que no puede esgrimirse la jurisprudencia como cargo para anular una disposición legal.

"No se puede desconocer tampoco, que las circunstancias y la época no son las mismas. En 1969 y 1970 teniendo en cuenta los adelantos de la llamada industria minera se hizo necesario ir definiendo conceptos y señalando pautas, de suerte que se hiciera posible en la práctica el deseo del legislador cuando declaró en la Ley 20/69, Art. 7o. que la industria minera era de utilidad pública y de interés social. Además el Art. 2o. de la Ley 20/69 claramente se refiere a yacimientos "de sustancias económicamente explotables". Lo que nos está indicando como ya se dijo, que la norma acusada del decreto reglamentario está en consonancia con la ley.

Lo anterior lleva a este despacho a concluir que la norma no debe ser anulada. En consecuencia solicita a la H. Sala denegar las peticiones formuladas en la demanda".

LA SALA CONSIDERA:

Puesto que se está cuestionando la conformidad del artículo 4o. del Decreto 1275 de 1970 con la Ley 20 de 1969 de la cual es reglamentario, es necesario, para determinar si procede o no acceder a las súplicas de la demanda, desentrañar el espíritu de la citada Ley 20 y analizar si el reglamento impugnado se acomoda o no a él.

Porque si bien es cierto que un Decreto reglamentario no puede en modo alguno exceder o alterar los términos de la ley que reglamenta, ello no quiere decir que aquél deba limitarse en forma exclusiva a repetir literalmente los términos de ésta. Así lo ha dicho esta Corporación.

En la tarea reglamentaria el Gobierno no debe desarrollar no solo lo que hay expreso en la ley, sino lo que hay implícito en ella, lo que está en la entraña misma de la norma reglamentada aunque las palabras no lo expresen en forma tal que el reglamento no deba atenerse únicamente a la expresión literal de la norma, porque si así fuera su función se limitaría a una mera reproducción de ella; es necesario entonces que el poder reglamentario desentrañe el contenido implícito, la finalidad específica de la ley sustantiva con lo cual podrá moverse con mayor desenvoltura y agilidad, teniendo en cuenta, desde luego el principio de no rebasar ni la letra, ni la intención, ni la materia intrínseca y si se quiere finalista del precepto sustantivo. Porque nadie duda que una copia servil, literal de la ley que se reglamenta sería también totalmente negativa". (Sent. 25, abril 1970, T. XLVI Nos. 425-426 p. 251).

Los objetivos perseguidos por el Gobierno al presentar a consideración del Congreso el proyecto que posteriormente se convirtió en Ley 20 de 1969 fueron principalmente, tal como se señala en la exposición de motivos: "Adoptar la legislación minera al espíritu de la Constitución y eliminar algunos obstáculos que desde hace más de un siglo han venido entorpeciendo el desarrollo de las actividades de exploración, explotación y beneficio de los recursos no renovables. Fueron, pues, motivos de orden jurídico y económico.

Así se expresó también en la ponencia para primer debate en el Senado:

Una mina de cualquier clase, de cualquier mineral, de metales preciosos o no tiene un significado para la economía nacional si produce. Si no está en producción, si no se ha explotado o su explotación se abandona carece de todo significado a no ser lo que represente como reserva eventual para el futuro. Y como reserva debe ser de propiedad nacional.

Una mina no es, no puede ser simplemente un derecho, una titularidad jurídica, sino que tiene que ser un medio de producción, un elemento o conjunto económico explotable.

"Con el subsuelo debe ocurrir lo mismo que con el suelo: ya no basta tener títulos de propiedad saneados sobre la tierra, escrituras debidamente regis-

tradas y aún posesión material de la misma. Es necesario trabajarla, hacerla producir, hacerla cumplir la función social de la propiedad so pena de extinción del dominio.

"El proyecto que motiva esta ponencia busca eso, propone eso: que las minas se exploten económicamente. Es decir, no se trata de cercenar el derecho de propiedad sino de exigir que éste, en su forma de propiedad minera, cumpla la función social a que obliga la constitución nacional desde 1936. Desde entonces estamos en mora de adecuar la legislación minera al texto de la carta fundamental y determinar, en consecuencia, que la propiedad minera cumpla la función social a que están sujetas las otras formas de propiedad en Colombia. Mantener la excepción de que el dominio del subsuelo sea la única forma de propiedad que pueda excusarse de realizar la función social a que obliga la constitución, es violar la Carta a sabiendas, además de atentar contra la economía nacional.

La propiedad es una función social que implica obligaciones —cuando el 2o. inciso del artículo 30 de la Carta dijo eso no hizo excepciones. Y el legislador define qué entiende por función social: producción económica, creación de trabajo y empleo, generación de riqueza, aprovechamiento de recursos naturales, explotación técnica y económica del suelo o del subsuelo.

"Suelo y subsuelo en virtud de este nuevo instrumento legal van a tener una situación jurídica similar, como era obvio: ya el título inscrito, por sí solo no es suficiente. El derecho de propiedad hay que ejercerlo y se ejercita cumpliendo la función social que al mismo tiempo le señale la ley. Sólo así el derecho individual de propiedad podrá servir útilmente los intereses de la sociedad.

"El país tiene que utilizar sus recursos del subsuelo al máximo as como tiene que hacerlo y lo está intentando, con los del suelo. Solamente así, apelando a la total movilización de sus recursos naturales podrá Colombia dar el paso definitivo para su despegue económico. Entonces, cómo mantener una inmensa propiedad del subsuelo congelada e improductiva...

Acorde con lo expresado, el artículo primero de la Ley 20 de 1959 dispuso:

Artículo 1o. Todas las minas pertenecen a la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros. Esta excepción, a partir de la vigencia de la presente ley, sólo comprenderá las situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos.

Conforme también con los principios enunciados, el artículo segundo del mismo estatuto expresó:

Artículo 2o. El objeto de los derechos que a cualquier título otorgue la Nación sobre sus minas es el de lograr, mediante su previa exploración técnica, el aprovechamiento total de las sustancias económicamente explotables que se encuentren en la correspondiente zona".

De esta manera, y por vía de excepción, la ley dispuso que quienes a partir de la vigencia de la misma estuvieren comprendidos por situaciones jurídicas subjetivas y concretas, en relación con yacimientos descubiertos podrán ale-

gar propiedad sobre minas. Sólo faltaba, entonces, determinar el sentido exacto de la expresión "yacimiento descubierto" y aunque no fue el legislador mismo quien lo hizo, consagró en el artículo segundo, transcrito, los elementos que servirían de fundamento a dicha definición.

Si en materia minera el objeto de todo derecho otorgado por la Nación, cualquiera que sea el título de éste, consiste en obtener, "mediante su previa exploración técnica, el aprovechamiento total de las sustancias económicamente aprovechables" es lógico que la definición que se adopte de "yacimiento descubierto" debe contener dichos elementos porque ellos concuerdan con la finalidad del estatuto mismo y es lógico también que tal definición esté comprendida dentro de la facultad reglamentaria del ejecutivo sin que éste al expresarla exceda los términos de la ley, como lo pretende la demandante.

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

Se deniegan las súplicas de la demanda.

Cópiese y notifíquese.

Jorge Dangond Flores, Jorge Valencia Arango, (Salva voto), **Carlos Betancur Jaramillo, Eduardo Suescún Monroy.**

Arturo Mora Villate, Secretario.

Se deja constancia que esta providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

MINAS. (Salvamento de Voto).

1. El artículo 202 C.N., acorde con lo preceptuado por el artículo 30 C.N., respeta los derechos adquiridos sobre las minas existentes en el país por los particulares frente a los antiguos Estados o a la Nación, bien como propietarios o como "descubridores" y "explotadores".

2. Situación en la Unión Colombiana el 15 de abril de 1886: Los derechos sobre la mina se adquirieron precisamente antes de su explotación técnica, de su producción económica, de su evaluación comercial y financiera, pues para adquirir tales derechos, solo bastaba "descubrir la mina", tomar conciencia de la acumulación de los minerales, sin necesidad de demostrar su valor económico o comercial.

3. Mina descubierta.

4. Los derechos anteriores al "descubrimiento" de la mina, estaban protegidos por los artículos 202 y 30 de la Constitución, en forma que ninguna ley puede cercenarlos.

LEY. Artículo 28 C.C. (Salvamento).

MINAS. DESCUBRIMIENTO. Descubrir una mina es poder identificar un yacimiento de metales, por un paraje, cerro, vereda, corregimiento, municipio y extensión, sin necesidad de demostrar que existen posibilidades económicas o comerciales de explotación ni que se han hecho trabajos preliminares, todo lo cual viene con posterioridad. Si la Ley (20/69) definió qué es "yacimiento descubierto" solo la ley puede cambiar tal situación, JAMAS EL DECRETO REGLAMENTARIO. (Decreto 1275 de 1970).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Salvamento de Voto del Dr. Jorge Valencia Arango.

Actor: **María Aurora Mejía Novoa**

Expediente No. 3.285

Me aparto de la sentencia anterior, por las siguientes razones:

a. Dispone el Artículo 202 de la Constitución Política:

"Pertenecen a la República de Colombia:

1. Los bienes, rentas, fincas, valores, derechos y acciones que pertenecían a la Unión Colombiana en 15 de abril de 1886.

2. Los baldíos, minas y salinas que pertenecían a los estados, cuyo dominio recobra la nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros por dichos estados, o a favor de éstos por la nación a título de indemnización.

3. Las minas de oro, de plata, de platino y de piedras preciosas que existan en el territorio nacional, sin perjuicio de los derechos que por leyes anteriores hayan adquirido los descubridores y explotadores sobre algunas de ellas".

La norma anterior, acorde con lo preceptuado por el artículo 30 de la misma Codificación Constitucional, respeta los derechos adquiridos sobre las minas existentes en el país por los particulares frente a los antiguos Estados o a la Nación, bien como propietarios o como "descubridores" y "explotadores".

b) Las minas, para entonces, eran yacimientos de minerales o aceites, "descubiertos" o no, de "nuevo descubrimiento" o de "antiguo descubrimiento" como se llamaban en la legislación anterior.

c) Los derechos sobre la mina, se adquirieron precisamente antes de su exploración técnica, de su producción económica, de su evaluación comercial y financiera, pues para adquirir tales derechos, solo bastaba "descubrir la mina", tomar conciencia de la acumulación de los minerales, sin necesidad de demostrar su valor económico o comercial.

d) Una mina estaba "descubierta", cuando se tenía noticia de la existencia de los minerales, en los términos del Diccionario de la Real Academia:

Descubierto: Participio pasado irregular de "descubrir".

Descubrir: Manifestar, hacer patente. Destapar lo que está tapado o cubierto. Hallar lo que estaba ignorado o escondido... Venir en conocimiento de una cosa que se ignoraba... etc.

e) La mina existió desde antes de ser "descubierta" y era de alguien: de los Estados en unos casos, de la Nación en otros y de los particulares en otros, según las épocas y las legislaciones vigentes.

Y esos derechos, anteriores, al "descubrimiento" de la mina, estaban protegidos por los artículos 202 y 30 de la Constitución Política, en forma que ninguna ley puede cercenarlos.

f) Nótese que las normas constitucionales protegen la propiedad y los "demás derechos adquiridos con justo título", sin exigir que sean "conocidos" o "descubiertos", pues las calidades y propiedades de la cosa privada son igualmente del propietario aunque no las haya descubierto.

En la larga historia de las controvertidas tesis sobre los "derechos adquiridos" y las "situaciones jurídicas concretas" solo el tratadista Rodrigo Noguera habla de que el derecho para ser adquirido debe ser primero conocido, pero ciertamente ésta no fue la tesis de la Constitución Política Colombiana. (Retroactividad de las leyes civiles).

g) Dispone el Artículo 28 del C.C.:

"Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará a éstas su significado legal".

Si se da aplicación a la anterior disposición, solo cabrán dos conductas:

a) Recurrir a la definición del diccionario ya vista, donde "descubrir" es "descubrir" y nada más.

b) Aplicar las nociones dadas por la legislación minera.

En efecto, el capítulo 2o. de la Ley 38 de 15 de marzo de 1887 por la cual se adoptó, por el Consejo Nacional Legislativo, como Código de Minas, el del extinguido Estado de Antioquia, con las leyes que lo reformen o adicionen, con excepción de las disposiciones de la Ley 38 de 1877 suspendidas por la Corte Suprema de Justicia, se ocupa del "Descubrimiento de las Minas".

El Código adoptado, fue el expedido por el Estado Soberano de Antioquia mediante la Ley 127 de 1867, sancionada el 21 de octubre de aquel año.

Conviene dejar en claro que las disposiciones de tal Código, subsisten en cuanto no se contradigan con la Ley 20 de 1969, pues según el texto de este estatuto, no se expidió un nuevo Código de Minas, sino "algunas disposiciones sobre minas e hidrocarburos", y según su artículo 15 fueron derogadas por el

artículo 17 del Decreto 2514 de 1952, el Decreto 3132 de 1956, "así como todas las disposiciones que le sean contrarias a la presente ley".

Conforme al artículo 5o. del Código de Minas, "todo individuo que conforme a esta ley puede adquirir el dominio y propiedad de las minas, tiene derecho perfecto para buscar, descubrir y catear cualquier mina del Estado, pero con las restricciones siguientes:

"1a. No podrá hacerlo dentro del área de una población y de cien metros de distancia de sus últimas casas; a no ser que el laboreo de la mina sea retirándose de dicha población, y sin perjuicio probable de ella, próximo o remoto; en cuyo caso la policía podrá conceder permiso para elaborarla, debiendo suspenderse los trabajos en el acto en que resulte algún peligro para la población;

"2a. Dentro de los patios, jardines, huertas y solares de las habitaciones rurales, sólo podrán hacerlo los dueños de las fincas respectivas;

"3a. En los demás terrenos cercados y de cultivo permanente, no podrán explotarse ni catearse minas sin avisarlo previamente al dueño del terreno, o al que se encuentre encargado de él, y sin dar la caución de que habla el Art. 197, se le fuere exigida.

"El individuo a quien se dé el aviso mencionado, no podrá impedir que se haga el descubrimiento, cateo y explotación de la mina, ni podrá aprovecharse de él para denunciarla; y

"4a. En los demás terrenos podrán hacerse libremente las exploraciones y trabajos que se quiera, sin perjuicio de la caución a que alude el número precedente.

Y el artículo 6o., enseña:

"Artículo 6o. Se entiende por primer descubridor de una mina el individuo que primero dé el aviso de que habla el Art. 8o., mientras conserve su derecho, según lo dispuesto en el Art. 118.

"Si el que dio el aviso referido perdiere su derecho, se reputa como primer descubridor el primer restaurador, esto es, el que primero dé el aviso de que hablan los artículos 346 y 367, mientras conserve su derecho, según lo dispuesto en los artículos 124 y 380.

"Se reputa también primer descubridor el que adquiere derecho a una mina, según lo dispuesto en los artículos 78 a 83, 350 y 351.

"Si una persona da el aviso de que hablan los artículos 8, 79, 346 y 367, debiendo darlo en nombre de otra persona, ya por estar trabajando en el descubrimiento de la mina por cuenta de ella, ya por recibir encargo o recomendación suya para dar dicho aviso, se entenderá que éste se dio por el interesado respectivo, y será completamente ineficaz para favorecer al que lo hizo extender indebidamente en nombre propio. En consecuencia, en este caso se reputará como primer descubridor, y será considerado como tal, para los efectos legales, el referido interesado; es decir, la persona por cuya cuenta se estaba haciendo el descubrimiento de la mina, o que había hecho la recomendación para dar el aviso correspondiente.

"Artículo 7o. Los descubrimientos de las minas pueden hacerse, bien por el individuo que pretenda su adjudicación para sí, bien por otro que obre en su nombre y como recomendado suyo; pero la denominación y el carácter de descubridor pertenece siempre al individuo por cuya cuenta se hace el descubrimiento de la mina.

"Artículo 8o. Lo primero que debe hacer el individuo que quiera adquirir una mina, es dar aviso, por sí o por medio de recomendado, al Jefe Municipal del Distrito donde esté ubicada la mina, de que la ha descubierto, indicando la fracción o localidad y el punto preciso donde ella esté situada.

"Si el punto no tuviese un nombre determinado, con el cual sea conocido generalmente, se determinará con entera claridad, por medio de los puntos conocidos más inmediatos, de manera que en ningún caso sea posible confundirlo con otro".

"Artículo 12. La fecha de la partida respectiva del libro mencionado será la fecha del descubrimiento de la mina, y servirá de punto de partida para hacer efectivos los derechos que se adquieren por razón de tal descubrimiento".

"Artículo 32. El descubridor de una mina que quiera adquirirla, deberá denunciarla dentro de los noventa días siguientes a aquel en que se repute hecho el descubrimiento, conforme al artículo 12".

Como es fácil deducir de las normas anteriores, "descubrir" una mina es poder identificar un yacimiento de metales, por un paraje, cerro, vereda, corregimiento, municipio y extensión, sin necesidad de demostrar que existen posibilidades económicas o comerciales de explotación ni que se han hecho trabajos preliminares, todo lo cual viene con posterioridad.

h) Si la ley definió que es "yacimiento descubierto", solo la ley puede cambiar tal situación, jamás el Decreto reglamentario.

i) No hay duda, el Decreto agrega exigencias que no trae la ley y que cercena el derecho de los particulares, por lo que no es solo de medio o de instrumento para cumplir la ley la nueva precisión decretal, sino que vulnera los derechos subjetivos de los ciudadanos, por lo que excede la facultad reglamentaria del ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Política.

j) Curiosamente la demanda alega que el decreto es nulo por violar la interpretación dada por la Corte Suprema de Justicia al término "descubrimiento" predicado de una mina en sentencia de junio 12 de 1913, pero ni siquiera se tomó el trabajo de transcribir los apartes pertinentes.

Y la sentencia de que me aparto, tampoco lo analiza, ni lo cita, ni lo precisa, ni menos lo transcribe.

Parece ser esta la sentencia citada:

"En lo que se refiere a la acusación especial dirigida contra el artículo 5o. de la Ley 38 de 1887, copiado al principio de esta sentencia, se observa que los términos mismos del artículo, puesto que conceden un plazo al propietario del sueldo para buscar, catar, y denunciar las minas, que hubiere dentro de su heredad, indican que se trata allí de minas no descubiertas ni explotadas, ya

que el 202 de la Constitución, inciso 3o., que es el aplicable, al atribuir a la Nación el dominio de las minas, de oro, plata, platino y piedras preciosas existentes en el territorio nacional, sólo dejó a salvo los derechos que por leyes anteriores hubieran adquirido los descubridores y explotadores sobre algunas de esas minas" (Sala Plena, 12 de junio de 1913, G. J. No. 1373, pág. 322).

k) Pero es mucho más clara y precisa la definición de "descubrimiento" minero hecha por la Corte Suprema en sentencia de 16 de abril de 1936:

"Los particulares adquieren las minas de oro, por dos modos originales; a) por el descubrimiento de minas; b) por el denuncio de las minas abandonadas. Por eso el legislador se refiere de una manera muy detallada, en dos capítulos distintos del Código de Minas; en el capítulo segundo, que trata del descubrimiento de las minas, y en los capítulos 20 y 21, que tratan de las minas desiertas y abandonadas y del denuncio de esta clase de minas.

"Descubrir es hallar lo que estaba ignorado y oculto, y en ese concepto está fundado el artículo 6o. del código de minas, el cual enseña que el primer descubridor de una mina es el individuo que primero dé el aviso al jefe municipal del distrito donde se halla ubicada la mina, que ha descubierto, indicando la fracción o localidad y el punto preciso donde se halla situada. Pero no basta esto únicamente para que se tenga como legalmente descubierta la mina, sino que el hecho del descubrimiento se legaliza de conformidad con los artículos 10, 11, 12, 13, 32, 33, 34, 37 y 38 del Código citado, o sea, en síntesis, la anotación del denuncio, en el libro respectivo, con su fecha y la partida correspondiente que contiene todos los detalles de la mina que se ha avisado, como descubierta. Llenadas todas esas formalidades y salvo la oposición que puedan hacer terceros, el descubridor es tenido como dueño de la mina que ha descubierto y se procede entonces a darle posesión.

"En tratándose de descubrimiento de minas, el concepto fundamental es el del encuentro de minas antes no halladas y ocultas" (Casación, 16 de abril de 1936, G. J. No. 1907. Pág. 347).

l) No sobra recordar que las normas del Código Fiscal de 1887, sobre descubrimiento minero, son esencialmente idénticas a las contenidas en la Ley 10 P. 4a. T. 5o. de la "Recopilación Granadina", de 1829, sancionada por el Libertador y titulada "Reglamento Minero" constante de 38 artículos distribuidos en dos capítulos, el primero de los cuales, el más importante, trata "de los descubrimientos, títulos y discusión de minas", en el cual se habla de "descubridor de un cerro minero absolutamente nuevo", "descubridor de veta nueva en cerro conocido".

Y el último artículo 38, decía:

"Mientras se forma una Ordenanza propia para las minas y mineros de Colombia, se observará provisionalmente la Ordenanza de minas de Nueva España, dada en 22 de mayo de 1803, exceptuando todo lo que trata del Tribunal de Minería, y jueces diputados de minas, y lo que sea contrario a las leyes y decretos vigentes. Tampoco se observará en todo lo que se halle reformado por el presente decreto".

m) Claro que dado el laconismo del libelo sobre "concepto de la violación", la ineptitud sustancial de la demanda ha debido ser reconocida mediante sentencia inhibitoria, pero fallado el negocio como lo ha sido, la "cosa juzgada" dadas tales omisiones no existe o es casi ninguna.

n) La demanda es mala y una demanda mala generalmente da origen a una sentencia mala.

Bogotá, D.E., febrero 15 de 1983.

Jorge Valencia Arango.

ENAJENACION DE BIENES O ACTIVOS FIJOS. El artículo 5o., inciso 5o. del Decreto 2595 de 1979, se limita a reiterar las reglas previstas en los artículos 54 del Decreto 2247 de 1974, 67 del Decreto 2053 del mismo año y 6, inciso 2o. de la Ley 20 de 1979, reglamentando simultáneamente la forma de determinar la ganancia ocasional respecto de la enajenación de bienes o activos fijos susceptibles de depreciación poseídos por 2 años o más (con aplicación de los artículos 54 y 67 de los Decretos 2247 y 2053 respectivamente) y la de los bienes o activos no susceptibles de depreciación. Para aquellos repitiendo las reglas especiales a la deducción por depreciación y para éstas la regla común o general de la Ley 20 de 1979.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Bogotá, D.E., febrero veinticinco de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Enrique Low Murtra**

Demandante: **Diego Alberto Muriel Tobón**

Referencia: Radicación No. 7833. Nulidad del inciso 5o. del artículo 5o. del Decreto reglamentario No. 2595 de 1979 expedido por el Gobierno Nacional. Autoridades Nacionales

El señor Diego Alberto Muriel Tobón, ejerciendo la acción pública consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda ante esta Corporación a fin de obtener declaratoria de nulidad del inciso 5o. del artículo 5o. del Decreto 2595 de 1979, por medio del cual el Gobierno Nacional reglamentó la Ley 20 de 1979.

NORMA ACUSADA

Dice así la norma acusada.

"La utilidad que resulte al momento de la enajenación de los bienes que hubieren hecho parte del activo fijo por dos o más años, deberá imputarse, en

primer término a la renta líquida por recuperación de deducciones; el saldo si lo hubiere, constituye ganancia ocasional".

Considera el actor que la norma acusada viola de manera flagrante el numeral 1o. del artículo 6o. de la Ley 20 de 1979.

Sostiene el actor que mientras la ley ordena que la cuantía de la ganancia ocasional en la enajenación de activos se determina por la diferencia entre el precio de enajenación y el costo fiscal del activo enajenado, el Decreto reglamentario establece que la diferencia entre el precio de venta y el costo fiscal, se aplica en primer término a la venta líquida por recuperación de deducciones y el saldo constituye la ganancia ocasional.

El actor considera que la Ley 20 de 1979 derogó diferentes normas de la legislación anterior, unas en forma expresa, como los artículos 36, 102 a 105 del Decreto 2053 de 1974, y otras en forma tácita, entre las cuales incorpora los artículos 52 y 54 del Decreto 2247 de 1974 así como el artículo 67 del Decreto 2053 de 1974.

SUSPENSION PROVISIONAL

El suscrito conductor del proceso denegó la suspensión provisional solicitada por el actor porque consideró que al menos prima facie no aparecía de manera ostensible la derogatoria tácita del artículo 67 del Decreto 2053 de 1974 ni del artículo 54 del Decreto 2247 de 1974.

Se dijo así en el auto que denegó la suspensión provisional:

"a) El artículo 67 del Decreto 2053 de 1974 (que bien sabido es norma con fuerza de ley por haberse adoptado su estado de emergencia económica) dice en su inciso 1o.:

"Artículo 67. Constituyen renta líquida:

"1. La recuperación de las cantidades concedidas en uno o varios años o períodos gravables como deducción de la renta bruta, por depreciación, pérdidas de activos fijos, amortización de inversiones, deudas de dudoso o difícil cobro, deudas perdidas o sin valor, pensiones de jubilación o invalidez, o cualquier otro concepto, hasta concurrencia del monto de la recuperación".

"b) El artículo 54 del Decreto 2247 de 1974 (igualmente adoptado en estado de emergencia económica) dice:

"Artículo 54. Cuando se opte por los ajustes autorizados en los artículos anteriores, y éstos se hicieren respecto de bienes depreciables, el determinar el costo, para los efecto de la enajenación, así, como para fijar sus valores patrimoniales, se aplicarán las siguientes reglas:

"1. Al costo declarado por el año o período gravable inmediatamente anterior se suman los ajustes autorizados en el artículo 52 del presente Decreto y las mejoras, si las hubiere.

2. Del resultado anterior se restan la depreciación u otras disminuciones fiscales correspondientes al respectivo año o período gravable, calculadas sobre costo histórico.

"La utilidad que resulta al momento de la enajenación deberá imputarse, en primer término, a la renta líquida por recuperación de deducciones; el saldo de la utilidad constituye renta o ganancia ocasional en la enajenación de activos inmovilizados según el caso".

"Como se infiere del tenor de las normas transcritas el Decreto 2595 de 1979 no se limitó a considerar la Ley 20 de 1979 en forma aislada sino dentro del contexto de las normas que regulan la materia. Bien puede decirse, por lo menos prima facie, sin entrar a hacer un estudio profundo, que la Ley 20 de 1979 no derogó el sistema especial de rentas por recuperación de deducciones y, entre ellas, la recuperación más común es la recuperación de la depreciación cuando se enajenan activos inmovilizados. Por tanto, no puede accederse a la petición de suspensión provisional de la norma acusada.

"Este punto ha sido objeto de interesante estudio por parte del doctor Juan Rafael Bravo Arteaga, durante la celebración de las cuartas jornadas realizadas por el Instituto de Derecho Tributario en Bogotá. El conductor del proceso considera, en armonía con las normas atrás referidas, que el tenor del inciso 5o. del artículo 5o. del Decreto 2595 de 1979 es muy cercano a lo expresado por el último inciso del artículo 54 del Decreto 2247 de 1974 como se puede observar de una transcripción en doble columna de ambas disposiciones:

Artículo 54 Decreto extraordinario 2247 de 1974 último inciso. La utilidad que resulta al momento de la enajenación deberá imputarse, en primer término, a la renta líquida por recuperación de deducciones, el saldo de la utilidad constituye renta o ganancia ocasional en la enajenación de activos inmovilizados según el caso.

Artículo 5o. inciso 5o. Decreto 2595 de 1979.

La utilidad que resulte al momento de la enajenación de los bienes que hubieren hecho parte del activo fijo por dos o más años, deberá imputarse, en primer término a la renta por recuperación de deducciones; el saldo si lo hubiere, constituye ganancia ocasional.

"Salta a la vista que entre una y otra norma existe perfecta consistencia y que las pequeñas variaciones que el reglamento ha hecho al tenor de la ley (en sentido material) surgen de la necesidad de armonizar el texto del artículo 54 del Decreto 2247 de 1974 con lo dispuesto por la Ley 20 de 1979.

"De otro lado no aparece razón jurídica alguna para sostener que las normas transcritas hayan perdido vigencia".

En memorial presentado por el actor con fecha 9 de junio de 1981 sostiene el libelista que no es posible aplicar el artículo 67 del Decreto 2053 de 1974 "al caso de utilidad en la venta de activos fijos poseídos dos o más años" según se infiere de una comparación del texto del artículo 67 del Decreto 2053 de 1974, con el posterior del numeral 1o. del artículo 6o. de la Ley 20 de 1979. Dijo así el actor:

"Mientras el artículo 67 establece que una parte o toda la utilidad en la venta de activos fijos, sin considerar el tiempo de posesión, constituye *recuperación de deducciones* y por ende renta líquida, la Ley 20 establece que *toda la*

utilidad en la venta de activos fijos poseídos por 2 o más años *constituye ganancia ocasional.*

"Esto quiere decir, que mientras la legislación anterior fijó de manera general que toda recuperación de depreciaciones constituía renta líquida, la Ley 20 catalogó a la *recuperación de depreciaciones, en el caso especial de enajenación de activos fijos poseídos por 2 o más años, bajo la noción de ganancia ocasional.*

"Sin duda que para este evento se aplican las reglas contenidas en los artículos 3o. de la Ley 153 de 1887, y 71 y 72 del Código Civil, según las cuales, cuando haya incompatibilidad entre una norma posterior y una anterior, rige la norma posterior ...".

Y luego añade:

"Desde luego que lo anterior no significa que el artículo 67 del Decreto 2053 no está vigente, puesto que sí es aplicable a los casos de utilidad en la venta de activos fijos poseídos por menos de 2 años, amortización de inversiones, deudas de dudoso o difícil cobro, deudas perdidas o sin valor, pensiones de jubilaciones o invalidez o cualquier otro concepto diferente al ya mencionado.

"En segundo lugar, la inaplicabilidad del último inciso del artículo 54 del Decreto 2247 surge de su cotejo con la Ley 20:

"Inciso 2o., Artículo 54 Decreto Legislativo 2247 de 1974.

"*La utilidad que resulte al momento de la enajenación deberá imputarse, en primer término, a la renta líquida por recuperación de deducciones*; el saldo de la utilidad constituye renta o ganancia ocasional en la enajenación de inmovilizados según el caso". (Subraya el actor).

Numeral 1o., Artículo 6o., Ley 20 de 1979:

"*Se consideran ganancias ocasionales*, para toda clase de contribuyentes:

"1o. Las provenientes de la enajenación de bienes de cualquier naturaleza que hayan hecho parte del activo fijo del contribuyente por un término de 2 años o más. *Su cuantía se determina por la diferencia entre el precio de enajenación y el costo fiscal del activo enajenado.* No se considera ganancia ocasional sino renta líquida, la utilidad en la enajenación de bienes que hagan parte del activo fijo del contribuyente y que hubieren sido poseídos por menos de 2 años". (Subraya el actor).

"Aparece claro que la norma del Decreto 2247 señala que la utilidad se distribuye entre *renta y ganancia ocasional*, y en cambio, la norma de la Ley 20 determina que *toda la utilidad constituye ganancia ocasional.*

"La imposibilidad de dar una aplicación al contenido del último inciso del artículo 54 del Decreto 2247 nace por razón de su incompatibilidad con la norma de la Ley 20, lo que se previó en el artículo 36 de esta última".

CONCEPTO FISCAL

La señora fiscal sexto ante esta Corporación explica su posición en los siguientes términos:

"1o. Para efectuar el análisis sobre la legalidad de la norma reglamentaria, es preciso establecer, en primer término, la vigencia o derogatoria de las normas contenidas en los artículos 67 del Decreto 2053 de 1974 y 54 del Decreto 2247 del mismo año, pues de la conclusión a que se llegue depende la conformidad de aquélla con las normas de carácter superior. En efecto, si los citados artículos expedidos bajo la vigencia de la emergencia económica fueron modificados o derogados por la Ley 20 de 1979, resulta obvio que el reglamento contenido en el inciso 5o. del artículo 5o. del Decreto 2595 de 1979 resulta violatorio de la Ley 20 de 1979; pero, si por el contrario, la conclusión indica que tales normas continúan vigentes, es también claro que la norma acusada simplemente reproduce el contenido de ellas y que, por ende, su legalidad es manifiesta, entendiendo que no solo pretendió reglamentar la Ley 20 citada sino todo el conjunto de normas aplicables sobre la materia.

"2o. Parte la Ley 20 en su artículo 6o., inciso 1o., de la base de que las normas sobre depreciaciones están vigentes, pues invoca como punto de referencia para establecer la cuantía de la ganancia ocasional, del costo fiscal del bien, es decir, como lo acepta el demandante en su libelo (folio 9 del expediente parte final), de la operación aritmética que ha de efectuarse para agregar al valor de adquisición del bien el de las mejoras y adiciones realizadas, el reajuste autorizado por la ley (en su caso) y el de la valorización tratándose de inmuebles, disminuido el total por el valor de las depreciaciones y amortizaciones concedidas en años anteriores cuando el bien es susceptible de tal mecanismo.

"Tal invocación del costo fiscal, pues, claramente está indicando que la Ley 20 no pretendió modificar el régimen vigente para establecerlo ni el de las deducciones como factores que inciden en su determinación y que, por el contrario, les está reconociendo su valor y vigencia.

"En efecto, exige la Ley 20 que se tome en cuenta el costo fiscal del bien, el cual se determinará de conformidad con las reglas existentes con anterioridad, pues no trae el nuevo estatuto disposición distinta. Tal regla es justamente la contenida en el artículo 54 del Decreto 2247 de 1974 que reza:

"Artículo 54. Cuando se opte por los ajustes autorizados en los artículos anteriores, y éstos se hicieren respecto de bienes depreciables, al determinar el costo, para los efectos de la enajenación, así como para fijar sus valores patrimoniales se aplicarán las siguientes reglas:

"1. Al costo declarado por el año o período gravable inmediatamente anterior se suman los ajustes autorizados en el artículo 52 del presente Decreto y las mejoras, si las hubiere.

"2. Del resultado anterior se restan la depreciación u otras disminuciones fiscales correspondientes al respectivo año o período gravable, calculadas sobre costo histórico.

"La utilidad que resulta al momento de la enajenación deberá imputarse, en primer término, a la renta líquida por recuperación de deducciones: el saldo de la utilidad constituye renta o ganancia ocasional en la enajenación de activos inmovilizados según el caso".

"Pretende, entonces el actor, que se dé aplicación parcial al artículo 54, pues acepta, como se indicó, la forma de determinación del costo fiscal de los bienes depreciables que señalen los incisos 1o. y 2o. del artículo transcrito, pero rechaza la aplicación de su inciso final, considerando que fue derogado por la Ley 20, cuando en verdad, como se explica un poco adelante, constituye un complemento necesario de la disposición, de su propia naturaleza y finalidad. Y que no puede aislarse sin el riesgo de incurrir en un absurdo al aceptar la disminución del valor de un bien en el denuncio rentístico, presumiendo que ha perdido valor y, cuando se establece la realidad en la enajenación, ignorar el hecho de que dicho bien no lo había perdido.

"Por ello, estima la Fiscalía que todo el artículo 54 está vigente y que debe aplicarse no solo por lo expuesto, sino porque a su vez, es la consecuencia obligada de la vigencia del artículo 67 del Decreto 2053 de 1974, el cual hace parte de las normas que regulan el tema especial de las deducciones, una de las cuales es la relativa a la depreciación de los bienes. Esta norma prevé el mecanismo aplicable en caso de que la depreciación concedida (y que contribuye a determinar el costo fiscal del bien a que se refiere la Ley 20) se recupere en la enajenación del bien o, en otros términos, establece la forma como se corrige el error conceptual en que se había incurrido al concebir un bien como depreciado (vale decir con pérdida de valor para el transcurso del tiempo) cuando en realidad se trataba de un bien que no había perdido su valor inicial y que, por el contrario, lo había aumentado con el paso del tiempo.

"Quiere decir lo expuesto, que no existe lógica ninguna en afirmar que una norma que prevé un mecanismo de salvamento para el contribuyente que ve perder el valor real de su patrimonio, o parte de él, por efecto del deterioro o desgaste de un bien utilizado en la producción de renta, no tenga (por efecto de la supuesta derogatoria tácita alegada por el actor) la forma de adecuar a la realidad la equivocada apreciación hecha sobre el valor de dicho bien.

"En efecto, no existiendo la derogatoria expresa de la norma y, refiriéndose concretamente a un tema de carácter especial, no puede llegarse a la conclusión de que el inciso 1o. del artículo 6o. de la Ley 20 de 1979, derogó tácitamente una regla que se refiere a una materia bien distinta de la de las ganancias ocasionales, cual es la de las rentas líquidas especiales. Una cosa es la regulación de lo que, en términos generales, constituye ganancia ocasional y, otra bien diferente es la regulación de las depreciaciones y recuperación de las mismas respecto de unos especiales y determinados bienes.

3o. La regla del artículo 6o., inciso 1o. de la Ley 20 que se estudia, es una norma genérica, que cobija la determinación de la ganancia ocasional para toda clase de bienes o activos inmovilizados o fijos. Por eso, las reglas especiales que uno o algunos de tales activos pueda tener, respecto de la determinación de su costo o del precio de la enajenación, han de tenerse presentes para llegar a determinar el verdadero valor que constituye la ganancia ocasional.

"Tal es el caso de los activos fijos susceptibles de depreciación, para los cuales la ley prevé fórmulas especiales tanto para adecuar a una presunta o supuesta realidad el valor del bien por depreciación, como para hacer lo propio cuando se demuestra con la venta que había un error en la apreciación del valor del respectivo bien y que éste se mantenía o había aumentado, casos en los cuales creó la figura de la renta líquida especial y de las ganancias ocasionales respecto de ese mayor valor.

"Dichas normas no pueden tenerse como derogadas tácitamente por la regla de la Ley 20, artículo 6o. inciso 1o., pues refiere a materia diferente y, por otra parte, como se expuso anteriormente, se invocaron por aquélla como vigentes.

"4o. Dispone el artículo 5o., inciso 5o. del Decreto reglamentario 2595 de 1979:

"La utilidad que resulte al momento de la enajenación de los bienes que hubieren hecho parte del activo fijo por dos o más años, deberá imputarse, en primer término a la renta líquida por recuperación de deducciones; el saldo si lo hubiere, constituye ganancia ocasional".

"Es decir, que solo se limita la norma reglamentaria transcrita a reiterar las reglas previstas en los artículos 54 del Decreto 2247 de 1974, 67 del Decreto 2053 del mismo año y 6, inciso 2o., de la Ley 20 de 1979, reglamentando simultáneamente la forma de determinar la ganancia ocasional respecto de la enajenación de bienes o activos fijos susceptibles de depreciación poseídos por 2 años o más (con aplicación de los artículos 54 y 67 de los Decretos 2247 y 2053 respectivamente) y la de los bienes o activos no susceptibles de depreciación. Para aquellos repitiendo las reglas especiales a la deducción por depreciación y para éstos la regla común o general de la Ley 20 de 1979.

"5o. Por lo expuesto solicito muy respetuosamente a la H. Sala se sirva denegar las peticiones de la demanda".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La Sala acoge en un todo el excelente concepto de su colaboradora fiscal.

1. No es cierto, a juicio de la Sala, que la Ley 20 de 1979 haya derogado parcialmente los artículos 67 del Decreto 2053 de 1974 y 54 del Decreto 2247 de ese mismo año. Tal derogatoria no surge ni del tenor expreso de la ley, ni de una contradicción entre los textos de las anteriores normas y el de la Ley 20 de 1979. Esta contradicción no se da por la sencilla razón de que se están regulando fenómenos distintos: desde la Ley 81 de 1960 existían ya las llamadas rentas brutas especiales por recuperación de deducciones. Cuando el contribuyente en un año dado utiliza una deducción y luego, por cualquier factor, recupera lo que fue deducción, este hecho le genera una renta implícita que es gravada. Cosa muy distinta es el fenómeno de las ganancias ocasionales. Ciertamente que la ley posterior, siendo contraria a la anterior, por virtud de sabios principios de hermenéutica jurídica, deben prevalecer y aplicarse de preferencia. Pero ello solo tiene cabida cuando ambas normas se refieren a lo mismo. En este evento la norma que se dice derogada no regula el mismo

fenómeno que el regulado por la norma posterior: la primera se refiere a la renta por recuperación de deducciones; la segunda a la ganancia ocasional. Tratándose de fenómenos distintos no es posible entender que hubo derogatoria implícita; por lo tanto siguen vigentes los artículos 67 del Decreto 2053 de 1974 y 54 del Decreto 2247 de ese mismo año.

Una cosa es la recuperación de deducciones: en un año dado se utilizó una deducción por depreciación, luego se vende el activo depreciado recuperando el valor que se había restado de la renta. Un año se amortizan inversiones y se deduce el monto pertinente de la renta bruta. Al cabo de un tiempo se recuperan estos gastos. Cosa muy distinta es la ganancia ocasional obtenida en la enajenación de activos fijos: es cierto que ella se calcula, por lo general, tomando la diferencia entre valor de enajenación y el costo fiscal del activo enajenado, lo cual debe entenderse, sin perjuicio de la renta bruta por recuperación de deducciones.

2. Además, la pretensión del actor se basa en un análisis aislado de las normas jurídicas que regulan el impuesto de renta y complementarios.

Pero el legislador ha establecido cuerpos normativos que no pueden estructurarse ni interpretarse en forma aislada. Se ha querido gravar la renta como esquema de enriquecimiento para el logro de los objetivos propios de la hacienda pública, mirando en particular su capacidad de pago. Se busca por lo tanto, incluir en la base gravable las rentas implícitas que tiene quien recupera una deducción. No hay razón para excluir de este sistema las rentas propias de quien tiene un activo inmovilizado por dos años o más.

La interpretación de la ley ha de ser sistemática pues unas normas se concatenan con otras. Así cuando el artículo 67 del Decreto 2053 de 1974 determina la llamada renta por recuperción de deducciones se está refiriendo a un fenómeno muy especial para gravar un enriquecimiento implícito, estrechamente vinculado al concepto que consagra el artículo 15 del Decreto 2053 de 1974 cuando utiliza la expresión "ingresos" que "sean susceptibles de producir un incremento neto del patrimonio". Detrás de este concepto existe toda una filosofía fiscal consagrada en los escritos de Henry Simons: la de que principios de equidad vertical y horizontal llevan a tasar el tributo según su capacidad medida por todos los factores de renta.

Estas consideraciones, las de la señora fiscal y las consagradas brevemente en el auto del 26 de marzo de 1981 llevan a la Sala a denegar las súplicas de la demanda.

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:

Niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese, archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Bernardo Ortiz Amaya, Carmelo Martínez Conn, Gustavo Humberto Rodríguez, Enrique Low Murtra.

Jorge A. Torrado Torrado. Secretario.

CONTRATOS DE TRABAJO. MODELOS. FACULTAD PARA ELABORARLOS. El Decreto Reglamentario 1848/69, mal podía disponer a virtud de lo previsto en el numeral 3o. del artículo 6o., que los contratos de trabajo en vez de ser elaborados por el Ministerio de Trabajo como preceptúa la disposición contenida en el estatuto reglamentado, deban serlo por el Departamento legal de cada una de las entidades a las cuales se van a destinar esos modelos.

Anúlanse los numerales 3o. y 4o. del Art. 6o. del decreto número 1848 de 1969, por medio del cual se reglamenta el Decreto No. 3135 de 1968.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda. Bogotá, D.E., febrero veintiuno de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejera ponente: **Dra. Aydée Anzola Linares**

Actora: **Leyla Bustamante Osorio**

Referencia: Expediente No. 5.758 Dtos. Gobierno

Leyla Bustamante Osorio, obrando en su propio nombre, instauró demanda de nulidad, ante el Consejo de Estado, contra los numerales 3o. y 4o. del artículo 6o. del Decreto 1848 de 1969, por medio del cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968.

Fundamenta su petición en los siguientes argumentos:

"El Decreto 3135/68 fue expedido por el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 65/67, dispone este Decreto en el artículo Séptimo, que el Ministerio de Trabajo elaborará los modelos de contrato de trabajo para los diversos servicios".

"El Presidente de la República, en ejercicio del poder reglamentario que le confiere la Constitución Nacional, expidió el Decreto 1848 de 1969, el cual desarrolla el Decreto 3135/68, establece el 1848/69 en su artículo sexto, numerales 3o. y 4o., lo siguiente:

3o. Los contratos de trabajo serán redactados por el departamento legal de cada una de las entidades a que se refiere este decreto, con arreglo a las modalidades especiales de cada servicio.

4o. En casos excepcionales, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social elaborará el modelo respectivo, a petición de cualquiera de estas entidades, la que deberá enviar todos los antecedentes necesarios para el fin indicado".

"Esta forma de elaboración del contrato de trabajo, no estaba contemplada en el Decreto reglamentario, por lo cual se deduce que la norma de menor jerarquía violó ostensiblemente la norma superior al exceder sus planteamientos...".

"...La Constitución le ha dado al Presidente de la República la facultad de reglamentar la ley y los actos que tengan fuerza de ley, pero ese poder reglamentario no significa en manera alguna la posibilidad de variar el contenido de las normas reglamentadas; constituye apenas la facultad para expedir las disposiciones con las cuales se pueden cumplir esas leyes.

En este caso el legislador dispuso que el Ministerio de Trabajo elaboraría los modelos de contrato de trabajo para los diversos servicios.

El Gobierno en uso de las facultades que le confiere el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional, modificó la norma reglamentada, ya que estableció en el numeral 3o. del Decreto 1848/69, que los contratos de trabajo serían redactados por el departamento legal de las entidades a que se refiere este decreto; así mismo el numeral 4o. del artículo Sexto de este mismo decreto, establece que solo en casos excepcionales el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social elaborará el modelo respectivo.

El poder reglamentario fue ejercido con exceso, ya que es evidente que el Decreto reglamentario en cuestión, en los numerales 3o. y 4o. del artículo Sexto establecieron un mecanismo diferente para la elaboración de los contratos de trabajo, además estableció el numeral 4o. como excepción, lo que estaba contemplado como regla general en el decreto que intentaba desarrollar, careciendo el Gobierno de facultad para ello, por lo cual se concluye que se violó directamente la norma reglamentada e indirectamente algunas normas constitucionales ya mencionadas".

PARA RESOLVER SE TIENE EN CUENTA:

Considera la Sala, después de hacer una confrontación entre la norma contenida en el Decreto reglamentado y las que han sido materia de enjuiciamiento mediante la presente acción, que en realidad tiene razón la demandante, pues de la lectura cuidadosa del artículo 7o. del Decreto 3135 de 1968, bien se ve que la intención que tuvo el legislador fue la de darle facultad al Ministerio de Trabajo para elaborar modelos de contratos de trabajo para los diversos servicios que se presten en aquellas entidades y organismos que tengan personal vinculado por una relación contractual laboral. Si esto es así, mal podía el Decreto reglamentario disponer a virtud de lo previsto en el numeral 3o. del artículo 6o., que los modelos de los contratos de trabajo en vez de ser elaborados por el Ministerio de Trabajo como preceptúa la disposición contenida en el estatuto reglamentado, deben serlo por el Departamento legal de cada una de las entidades a las cuales se van a destinar esos modelos. En otras palabras, el Decreto reglamentario resolvió quitarle al Ministerio del Trabajo, la facultad de que se da cuenta para otorgársela a las entidades que tengan a su servicio trabajadores oficiales, lo cual indica, que el poder reglamentario como se dice en la demanda "fue ejercido con exceso" en este caso. Igual cosa cabe predicar del numeral 4o. del mismo artículo 6o., según el cual "en casos excepcionales, el Ministerio de Trabajo, elaborará el modelo respec-

tivo, a petición de las dichas entidades, pues ciertamente convirtió en excepción lo que la ley reglamentada tenía estatuido como regla general. En efecto: En el caso de estudio no podría decirse que el estatuto reglamentario, en cuanto se relaciona con las normas enjuiciadas, se haya limitado a darle vida práctica o hacer eficaz la ley que reglamenta, es decir a darle desarrollo, sino que fue mucho más allá de lo que aquélla preceptúa, al otorgarle a entidades distintas del Ministerio de Trabajo, la facultad de elaborar los modelos de contratos de trabajo, todo lo cual significa que se varió o se modificó el contenido de las normas que se reglamentaron. No debe olvidarse que, según lo tiene dicho la doctrina de esta Corporación, la potestad reglamentaria es limitada, tiene por objeto fijar y desarrollar los detalles de aplicación de los principios que la ley reglamentada contiene, pero no puede cambiar o restringir su alcance, como sucedió en el caso sub-judice.

Lo expuesto es suficiente para que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, de acuerdo con su Colaborador Fiscal,

FALLA:

Anúlanse los numerales 3o. y 4o. (Tercero y Cuarto) del Artículo 6o. (Sexto) del Decreto número 1848 de 1969, por medio del cual se reglamenta el Decreto número 3135 de 1968.

Cópiese, comuníquese, publíquese, notifíquese y cúmplase.

El anterior proyecto fue considerado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 4 de febrero de 1983.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M. Secretario.

IMPUESTOS. GANANCIA OCASIONAL. CAPITALIZACION. (Ley 20/79. Artículo 10o. Decreto Reglamentario 3211/79). La capitalización de la ganancia ocasional se puede realizar en cualquier tipo de empresa, tanto en la propia empresa que obtiene la ganancia ocasional como en terceras empresas. (Reiteración de esta tesis por el Decreto 3746 de 1982).

IMPUESTOS. GANANCIAS OCASIONALES. INVERSION. El contribuyente tiene un año contado desde la enajenación del activo para hacer la inversión. Prueba.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Bogotá, marzo once de mil novecientos ochenta y tres.

Consejero ponente: **Dr. Enrique Low Murtra**

Demandante: **Isidoro Arévalo Buitrago**

Referencia: Radicación No. 9.937. Nulidad del numeral a) del artículo 1o., artículos 2o., 6o., 8o. y 9o., inciso 2o. del Decreto 3211 de diciembre 28 de 1979 y el artículo 1o. del Decreto 727 de marzo 26 de 1980.

El señor Isidoro Arévalo Buitrago, ejerciendo la acción pública consagrada en el artículo 66 del código contencioso administrativo, solicitó que se declare la nulidad del numeral a) del artículo 1o. y los artículos 2o., 6o., 8o. y 9o., inciso 2o., del Decreto 3211 de 1979, y la nulidad del artículo 1o. del Decreto 727 de 1980. Cita como disposiciones violadas los artículos 10 de la Ley 20 de 1979 y 120 de la Constitución Nacional (numeral 3o.)

NORMAS ACUSADAS

Las disposiciones cuya nulidad se impetra por el actor son las siguientes:

"DECRETO No. 3211 de 1979

"Artículo 1o. Para las sociedades, se entiende por capitalización de empresas:

"a) La transferencia de la ganancia ocasional, previo el cumplimiento de los requisitos legales, al capital social de la misma sociedad que obtuvo la ganancia ocasional.

"Artículo 2o. La capitalización de la ganancia ocasional deberá efectuarse a más tardar dentro del término que tiene el contribuyente para presentar su declaración de renta correspondiente al período fiscal en que se obtuvo la utilidad ocasional. Este término no incluye el de adición ni el de presentación extemporánea. En dicho caso, la inversión del costo fiscal se efectuará en el mismo lapso.

"Artículo 6o. La inversión de ensanches industriales deberá realizarse a más tardar dentro del término que tenga el contribuyente para adicionar su declaración de renta.

"Artículo 8o. Cuando por la cuantía o naturaleza del ensanche industrial, éste no pudiere efectuarse dentro del plazo antes señalado, el contribuyente podrá solicitar a la Dirección General de Impuestos Nacionales un plazo adicional para la terminación del ensanche; para la concesión de este plazo el contribuyente deberá otorgar garantía real, bancaria o de compañía de seguros por el valor del impuesto y sus intereses, desde el momento en que se cause hasta el último día de la prórroga, como garantía de que efectuará el ensanche dentro del término y por los valores correspondientes.

"Vencido el plazo sin que se haya efectuado la totalidad del ensanche, la Administración hará efectiva la garantía por su valor total, menos la parte proporcional correspondiente a la utilidad ocasional cuya inversión demuestre plenamente la parte interesada.

"Artículo 9o. "...Para llevar a cabo la inversión de estas mejoras, lo mismo que para demostrarlas en su oportunidad, serán aplicables los artículos 6o., 7o. y 8o. del presente decreto".

"DECRETO 727 DE 1980

"Artículo 1o. Las sociedades que efectúen la capitalización prevista en el artículo 1o. del Decreto 3211 de 1979, podrán realizar la inversión en bonos del Instituto de Fomento Industrial, IFI, dentro del plazo de que dispone para presentar la declaración de renta y patrimonio correspondiente al período fiscal en que se obtuvo la ganancia ocasional. Este plazo no incluye el de adición ni el de presentación extemporánea".

NORMA QUE SE DICE VIOLADA

Considera el actor que las normas anteriores violan el artículo 10 de la Ley 20 de 1979 cuyo texto es el siguiente:

"La ganancia ocasional proveniente de la enajenación de activos fijos de que trata el numeral 1o. del artículo 6o. no estará sometida al gravamen a que se refiere el artículo 7o., cuando el costo fiscal de los bienes en la fecha de enajenación más el 80% de la utilidad obtenida, se inviertan en adquisición de activos fijos, realización de ensanches industriales o mejoras agropecuarias, o en la capitalización de empresas, y con el 20% restante se suscriban bonos del Instituto de Fomento Industrial, IFI, que para el efecto se emitirán anualmente a partir de la vigencia de esta ley, cuya rentabilidad y características serán fijadas cada año por el Gobierno Nacional. La adquisición de estos bonos deberá hacerse mediante compra efectuada directamente al IFI.

"La inversión podrá efectuarse en un ciento por ciento (100%) en la adquisición de bonos del Instituto de Fomento Industrial que cumplan las condiciones que para el efecto se establezcan.

"La inversión se llevará a cabo en el año en que se realice la enajenación y deberá demostrarse en la respectiva declaración de renta en la forma que indique el reglamento.

"Si solo se reinvierte el costo del activo enajenado más una fracción de la utilidad obtenida, el impuesto, de ganancias ocasionales no se causará sobre dicha fracción. En este caso, la adquisición de Bonos del IFI no podrá ser inferior a una quinta parte del monto de la utilidad reinvertida.

"El impuesto de ganancias ocasionales sobre el monto de la utilidad no invertida, se determinará en la forma prevista en el artículo 7o. de esta ley".

CONCEPTO DE LA VIOLACION

1. Considera el actor que cuando la Ley 20 de 1979 acepta que la capitalización del 80% de la ganancia ocasional obtenida se haga en la adquisición de activos, en la realización de ensanches industriales o mejoras agropecuarias o en la "capitalización de empresas" no lo limitó a una inversión en la propia sociedad que obtuvo la ganancia ocasional sino que lo hizo extensivo a todo tipo de empresas. Por eso, en su sentir, el reglamento se extralimitó (artículo 1o.

literal a) al restringir el marco de aplicación de la capitalización a inversiones en la misma empresa que tuvo la ganancia ocasional.

Añade el actor:

"a) La transferencia de la ganancia ocasional, previo el cumplimiento de los requisitos legales, al capital social *de la misma sociedad que obtuvo la ganancia ocasional*". (Subraya el actor).

"Estoy de acuerdo que capitalizar una ganancia es trasladar ésta al capital social, pero ese no es el significado ni el sentido ni el espíritu contenido en el inciso primero, artículo 10, Ley 20/79, cuando habló "o en la capitalización de empresas", por las siguientes razones:

"1o. El término "o en la capitalización de empresas" contenido en la Ley, hace referencia a la inversión que se haga en otras empresas y no en la misma que obtuvo la ganancia ocasional. Si la ley hubiera querido que la capitalización se hiciera en la misma empresa debió decir "o en la capitalización de la empresa". Cuando la ley utilizó el sustantivo "empresas", en plural, es porque se está refiriendo a otras empresas y no a la misma.

"La razón es clara: Si la inversión del 80% de la ganancia ocasional se hace capitalizando en otras empresas, los fondos originados, por la ganancia ocasional, no se pueden distraer a fines diferentes a la inversión en activos inmovilizados, porque éstos se deben entregar a la empresa o empresas en donde va a ingresar como asociado mediante un nuevo aporte de capital, cumpliendo así, por lo menos en esta etapa, el objetivo y fines que la ley buscó.

2o. Si la inversión del 80% de la ganancia ocasional, se hace capitalizando en la misma empresa que la obtuvo, los fondos originados por la ganancia ocasional se pueden distraer a fines diferentes, por ejemplo; para hacer préstamo a los socios, pagar utilidades o participaciones, etc., y éste no es el objetivo que la Ley buscó.

"Si esto fuere así, se ha abierto un tremendo "boquete" de evasión de proporciones incalculables. Sería fácil para una sociedad capitalizar la ganancia ocasional obtenida, trasladándola al capital social, con el lleno de los requisitos legales, y luego proceder a devolverla a los socios a través de préstamos u operaciones semejantes, con la cual se burlaría el espíritu y objetivo de la Ley, además de premiar a la sociedad y a sus socios o accionistas, con la exención del impuesto".

2. Continúa el actor explicando el concepto de la violación en los siguientes términos:

"III-2o. ARTICULO 10, INCISO 3o. LEY 20 DE 1979

"El inciso tercero del artículo 10 de la Ley 20 de 1979 dice:

"La inversión se llevará a cabo en el año en que se realice la enajenación y deberá demostrarse en la respectiva declaración de renta en la forma que indique el reglamento".

"El inciso 3o., es claro y expreso cuando determina que la inversión "se llevará a cabo en el año en que se realice la enajenación", del bien que originó la

ganancia ocasional. Delegó en el reglamento la forma como debe demostrarse en la respectiva declaración de renta.

"Cuando la Ley habla de que la inversión se llevará a cabo en el año en que se realice la enajenación (del bien que originó la ganancia ocasional), se está refiriendo a la inversión que debe hacerse del costo fiscal del bien enajenado, más el 80% de la utilidad obtenida y el 20% en bonos del IFI. La Ley no hizo ninguna distinción, por consiguiente y sin excepción la inversión debe llevarse a cabo en el año que obtuvo la ganancia ocasional, es decir, a más tardar en diciembre 31, último día del año o período gravable.

"Para tener derecho a la exención el contribuyente debe invertir, obligatoriamente en el año gravable, el total del costo fiscal del activo enajenado. Si no lo hace, aun cuando invierta el 80% de la ganancia obtenida y el 20% en bonos del IFI, no tiene derecho a la exención.

"Si invierte el costo, y una parte de la ganancia obtenida o si solo alcanza a invertir una parte de ella, el impuesto de ganancias ocasionales no se causará sobre la parte invertida, siempre que acredite la adquisición de Bonos del IFI, no inferior a la quinta parte de la utilidad invertida.

"La parte de las ganancias ocasionales no invertida, voluntariamente o porque no alcanzó a efectuarla en el año gravable, por cualquier motivo pagará el impuesto de acuerdo con la tarifa del artículo 7o. de la misma ley, según lo establecen expresamente los incisos 4o. y 5o. del artículo 10 de la Ley 20 de 1979.

"La ley 'exenciona' del pago del impuesto de ganancias ocasionales pero determinó que la inversión se llevara a cabo en el año gravable en que se enajenó el activo que lo originó. Para ello dio al contribuyente una amplia libertad para que, entre una infinita gama de activos, pudiera escoger el que mejor se adapte a sus necesidades, según lo preceptuado en el inciso 1o. del artículo 10 de la Ley 20/79, el cual incluyó toda clase de activos, tales como maquinaria, vehículos, muebles, sus adiciones y mejoras, inmuebles, sus adiciones y mejoras, (entre éstos están los ensanches industriales y las mejoras agropecuarias, que son activos fijos según definición del artículo 20 del Decreto 2053/74), compra de acciones ya emitidas, liberadas y en circulación, que son activos fijos si no se enajenan dentro del giro ordinario de los negocios, cesión de cuotas o partes de interés social de toda clase de sociedades, que también son activos fijos si no se adquieren para enajenarlas dentro del giro ordinario de los negocios.

"Además de lo anterior, la inversión puede hacerse en aumento de capital en otras empresas, suscribiendo nuevas emisiones de acciones o nuevas partes o cuotas de interés social, en los cuales, necesariamente, el contribuyente que realiza la inversión, adquiera la calidad de socios asociado o accionista.

"El inciso 3o. del artículo 10 de la Ley 20/79, determinó con exacta precisión, que en todos los casos, "la inversión se llevará a cabo en el año en que se realice la enajenación". Delegó, exclusivamente, en el reglamento, la forma como debe probarse o demostrarse en la declaración de renta que la inversión se llevó a cabo en el año gravable.

"El Decreto 3211/79 artículo 2o., 6o., 8o. y 9o., excedió la facultad delegada por el inciso 3o. de la Ley 20/79, en la siguiente forma:

"El artículo 2o., reglamentario del artículo 10 de la Ley, cuando determina que "la capitalización de la ganancia ocasional deberá efectuarse a más tardar *dentro del término que tiene el contribuyente para presentar su declaración de renta correspondiente al período fiscal en que obtuvo la utilidad ocasional* (Subraya el actor). Este término no incluye ni el de adición ni el de presentación extemporánea. En dicho caso, la inversión del costo fiscal se efectuará en el mismo lapso". Mientras la Ley determina que la inversión deberá llevarse a cabo en el año en que se realice la enajenación, el Decreto acusado, determina que el término para hacerla es hasta el plazo que se tenga para declarar.

"La ley dice que el reglamento fijará la forma como se debe demostrar la inversión en la declaración de renta, sin hacer ninguna distinción en cuanto a la oportunidad en que deba presentarse la declaración de renta. El decreto determina que la inversión no se puede demostrar y no es válida cuando se haga uso del término para la adición o cuando la declaración se presente en forma extemporánea, hechos no contemplados en la Ley.

"La parte final del artículo 2o. del Decreto acusado dice: "En dicho caso, la inversión del costo fiscal se efectuará en el mismo lapso", es decir hasta el día que vence el plazo para declarar: cuatro o cinco meses después del 31 de diciembre del año o período gravable, a que se refiere el inciso tercero de la ley".

3. El artículo 6o. del decreto acusado otorga al actor un plazo de diez a once meses para realizar la inversión tratándose de ensanches industriales. Por razones análogas considera el actor que también en este punto se excedió el reglamento, razones igualmente aplicables a los plazos contemplados en los artículos 8o. y 9o. del Decreto 3211 de 1979 y al artículo 1o. del Decreto 727 de 1980.

CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Primero ante esta Corporación consideró que el actor tenía razón y que, por lo tanto, deberían prosperar las súplicas de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Cabe analizar detalladamente los varios cargos expuestos por el libelista:

1. Como primer cargo arguye el actor que la ganancia ocasional no puede invertirse en capitalizar la misma empresa que la obtuvo, pues el texto legal utiliza la expresión capitalizar "empresas" en plural y no "la empresa" en particular.

La Sala no encuentra contradicción alguna entre el texto del Decreto reglamentario y el de la ley. Si ésta utilizó la expresión en plural es porque quiso permitir que la capitalización de la ganancia ocasional se pudiese realizar en cualquier tipo de empresa, tanto en la propia empresa que obtiene la ganancia ocasional como en terceras empresas. El reglamento, con sabidu-

ganancia ocasional. Delegó en el reglamento la forma como debe demostrarse en la respectiva declaración de renta.

"Cuando la Ley habla de que la inversión se llevará a cabo en el año en que se realice la enajenación (del bien que originó la ganancia ocasional), se está refiriendo a la inversión que debe hacerse del costo fiscal del bien enajenado, más el 80% de la utilidad obtenida y el 20% en bonos del IFI. La Ley no hizo ninguna distinción, por consiguiente y sin excepción la inversión debe llevarse a cabo en el año que obtuvo la ganancia ocasional, es decir, a más tardar en diciembre 31, último día del año o período gravable.

"Para tener derecho a la exención el contribuyente debe invertir, obligatoriamente en el año gravable, el total del costo fiscal del activo enajenado. Si no lo hace, aun cuando invierta el 80% de la ganancia obtenida y el 20% en bonos del IFI, no tiene derecho a la exención.

"Si invierte el costo, y una parte de la ganancia obtenida o si solo alcanza a invertir una parte de ella, el impuesto de ganancias ocasionales no se causará sobre la parte invertida, siempre que acredite la adquisición de Bonos del IFI, no inferior a la quinta parte de la utilidad invertida.

"La parte de las ganancias ocasionales no invertida, voluntariamente o porque no alcanzó a efectuarla en el año gravable, por cualquier motivo pagará el impuesto de acuerdo con la tarifa del artículo 7o. de la misma ley, según lo establecen expresamente los incisos 4o. y 5o. del artículo 10 de la Ley 20 de 1979.

"La ley 'exenciona' del pago del impuesto de ganancias ocasionales pero determinó que la inversión se llevara a cabo en el año gravable en que se enajenó el activo que lo originó. Para ello dio al contribuyente una amplia libertad para que, entre una infinita gama de activos, pudiera escoger el que mejor se adapte a sus necesidades, según lo preceptuado en el inciso 1o. del artículo 10 de la Ley 20/79, el cual incluyó toda clase de activos, tales como maquinaria, vehículos, muebles, sus adiciones y mejoras, inmuebles, sus adiciones y mejoras, (entre éstos están los ensanches industriales y las mejoras agropecuarias, que son activos fijos según definición del artículo 20 del Decreto 2053/74), compra de acciones ya emitidas, liberadas y en circulación, que son activos fijos si no se enajenan dentro del giro ordinario de los negocios, cesión de cuotas o partes de interés social de toda clase de sociedades, que también son activos fijos si no se adquieren para enajenarlas dentro del giro ordinario de los negocios.

"Además de lo anterior, la inversión puede hacerse en aumento de capital en otras empresas, suscribiendo nuevas emisiones de acciones o nuevas partes o cuotas de interés social, en los cuales, necesariamente, el contribuyente que realiza la inversión, adquiera la calidad de socios asociado o accionista.

"El inciso 3o. del artículo 10 de la Ley 20/79, determinó con exacta precisión, que en todos los casos, "la inversión se llevará a cabo en el año en que se realice la enajenación". Delegó, exclusivamente, en el reglamento, la forma como debe probarse o demostrarse en la declaración de renta que la inversión se llevó a cabo en el año gravable.

"El Decreto 3211/79 artículo 2o., 6o., 8o. y 9o., excedió la facultad delegada por el inciso 3o. de la Ley 20/79, en la siguiente forma:

"El artículo 2o., reglamentario del artículo 10 de la Ley, cuando determina que "la capitalización de la ganancia ocasional deberá efectuarse a más tardar *dentro del término que tiene el contribuyente para presentar su declaración de renta correspondiente al período fiscal en que obtuvo la utilidad ocasional* (Subraya el actor). Este término no incluye ni el de adición ni el de presentación extemporánea. En dicho caso, la inversión del costo fiscal se efectuará en el mismo lapso". Mientras la Ley determina que la inversión deberá llevarse a cabo en el año en que se realice la enajenación, el Decreto acusado, determina que el término para hacerla es hasta el plazo que se tenga para declarar.

"La ley dice que el reglamento fijará la forma como se debe demostrar la inversión en la declaración de renta, sin hacer ninguna distinción en cuanto a la oportunidad en que deba presentarse la declaración de renta. El decreto determina que la inversión no se puede demostrar y no es válida cuando se haga uso del término para la adición o cuando la declaración se presente en forma extemporánea, hechos no contemplados en la Ley.

"La parte final del artículo 2o. del Decreto acusado dice: "En dicho caso, la inversión del costo fiscal se efectuará en el mismo lapso", es decir hasta el día que vence el plazo para declarar: cuatro o cinco meses después del 31 de diciembre del año o período gravable, a que se refiere el inciso tercero de la ley".

3. El artículo 6o. del decreto acusado otorga al actor un plazo de diez a once meses para realizar la inversión tratándose de ensanches industriales. Por razones análogas considera el actor que también en este punto se excedió el reglamento, razones igualmente aplicables a los plazos contemplados en los artículos 8o. y 9o. del Decreto 3211 de 1979 y al artículo 1o. del Decreto 727 de 1980.

CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Primero ante esta Corporación consideró que el actor tenía razón y que, por lo tanto, deberían prosperar las súplicas de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Cabe analizar detalladamente los varios cargos expuestos por el libelista:

1. Como primer cargo arguye el actor que la ganancia ocasional no puede invertirse en capitalizar la misma empresa que la obtuvo, pues el texto legal utiliza la expresión capitalizar "empresas" en plural y no "la empresa" en particular.

La Sala no encuentra contradicción alguna entre el texto del Decreto reglamentario y el de la ley. Si ésta utilizó la expresión en plural es porque quiso permitir que la capitalización de la ganancia ocasional se pudiese realizar en cualquier tipo de empresa, tanto en la propia empresa que obtiene la ganancia ocasional como en terceras empresas. El reglamento, con sabidu-

ría aclaró cualquier duda y señaló que la capitalización puede cubrir tanto el aumento del capital de la propia empresa como el de otras empresas. Tiene razón el libelista cuando observa que esta concepción puede generar grandes beneficios fiscales a quienes usan la ganancia ocasional para capitalizar su propia empresa. Pero este efecto parece haber sido introducido por el legislador intencionalmente y por ello lo reiteró expresamente en el Decreto 3746 de 1982 recientemente declarado inexequible por la Corte al analizar las medidas adoptadas por el ejecutivo en uso de la emergencia económica.

2. Como segundo cargo arguye el actor que el texto legal dice que la inversión debe realizarse "en el año gravable" en que se obtuvo la ganancia ocasional, plazo que es extendido por los reglamentos más allá del año gravable al período que tiene el contribuyente para hacer su declaración de renta, o, en el caso de ensanches industriales permite un plazo adicional que incluye el de la adición o aún algo más siempre que se otorguen garantías al respecto.

Sin embargo, dice el tenor de la Ley 20 de 1979: "La inversión *se llevará a cabo en el año en que* se realice la enajenación y deberá demostrarse en la respectiva declaración de renta en la forma que indique el reglamento" (subraya la sala). Una lectura cuidadosa del texto legal conduce a rechazar el argumento del actor pues la ley no habla de año gravable, habla de año a secas, sin calificarlo: por ello, debe entenderse que el contribuyente tiene un año contado desde la enajenación del activo para hacer la inversión, pero como la propia ley limita su prueba al término de la declaración, lo que hizo el reglamento fue darle un sentido concreto al espíritu contenido en la propia ley. Esta interpretación, favorable al contribuyente, y contraria a las pretensiones del libelo no peca de flexible sino que es la más lógica y la más justa. Si el término año utilizado en la ley se interpretase con el alcance de "*año gravable*" no solo se le daría al texto legal un sentido diferente al que se infiere de su propio tenor, sino que se tendrían situaciones ilógicas e injustas en el caso de activos fijos enajenados en diciembre del año gravable que no podrían invertirse en la forma prevista o en la ley en un plazo mínimo.

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:

Niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese, archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Bernardo Ortiz Amaya, Carmelo Martínez Conn.

Gustavo Humberto Rodríguez, Enrique Low Murtra.

Jorge A. Torrado Torrado. Secretario

GERENTES DE ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS. NACIONALES. INSUBSISTENCIA. Remoción por el Presidente de la República en uso de la atribución dada por el artículo 120 numeral 1o. de la Constitución Nacional. Esos actos no son de conocimiento del Consejo de Estado, quien no puede decidir sobre la conveniencia o inconveniencia de la política del Presidente de la República, sino sobre si sus actos se ajustan a las normas constitucionales y legales que delimitan su competencia.

FACULTAD DISCRECIONAL. EN ACTOS DE INSUBSISTENCIA DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. Los límites del poder discrecional de que goza la administración para la libre remoción de sus servidores son mucho más amplios cuando se trata de los agentes del Jefe del Estado. Ya no se trata de limitaciones determinadas por el buen servicio público, sino que se extiende a la confianza personal y política que el Presidente de la República requiere en sus agentes. Esos actos serán de control político por parte del Congreso de la República.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.E., veintiocho de abril de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Ignacio Reyes Posada**

Actor: **Josué Franco Mendoza**

Referencia: Expediente No. 4.030 Decretos del Gobierno

El señor Josué Franco Mendoza, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, solicita de esta Corporación se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera. Que es nulo el Decreto 1771 de julio 26 de 1979 expedido por el Gobierno Nacional en cuanto declaró insubsistente el nombramiento del Dr. Josué Franco Mendoza como Gerente General del Instituto Colombiano Agropecuario - ICA".

"Segunda. Que el Gobierno Nacional, dentro del plazo que señala el Capítulo XIV del C.C.A., o el que indique la sentencia, disponga la restitución del Dr. Josué Franco Mendoza en el cargo de Gerente General del Instituto Colombiano Agropecuario o en otro de igual jerarquía y remuneración".

"Tercera. Que el Instituto Colombiano Agropecuario - ICA, deberá pagar, en los mismos plazos a que se refiere la demanda anterior, en favor del Dr. Josué Franco mendoza, todos los sueldos (en dinero y en especie), gastos de representación, primas, aportes a entidades de vivienda y/o ahorro de las cuales forma parte el ICA y/o sus empleados, etc. (Código Sustantivo del Trabajo, Art. 127 y demás normas que establecen los sistemas de remuneración), dejados de percibir por el demandante desde cuando se hizo efectivo el retiro y hasta cuando sea restituido en el cargo conforme a derecho, o hasta la fecha que indique el H. Consejo de Estado".

"Cuarta. Que entre la fecha del retiro y la del reintegro que se lleve a cabo por virtud de la sentencia, o la fecha que indique el H. Consejo de Estado, para efectos de la liquidación y pago de las prestaciones sociales, se considere que no existe solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte del Dr. Josué Franco Mendoza, al ICA".

"Quinta. (Subsidiaria). Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad del Decreto 1771 de 1979 expedido por el Gobierno Nacional, si bien no existe para éste la obligación de reintegrar al demandante en el ejercicio del cargo, sí debe indemnizar al Dr. Josué Franco Mendoza, cancelando a su favor las sumas de dinero a que se refiere la tercera petición, desde cuando fue removido del empleo y hasta la fecha que indique el fallo".

"Sexta. (Subsidiaria). Que como consecuencia de lo anterior y hasta la fecha que señale el H. Consejo de Estado en la sentencia, debe darse aplicación a lo pedido en la demanda Cuarta de este escrito".

"Séptima. Que me reconozca como apoderado...".

Los hechos en que se fundó el libelo son los siguientes:

"1. El Dr. Josué Franco Mendoza ingresó como funcionario del Instituto Colombiano Agropecuario - ICA el día 30 de diciembre de 1968".

"2. Desde cuando comenzó a prestar sus servicios en el mencionado establecimiento público y hasta la fecha de su retiro, ocupo los siguientes cargos: Director del Servicio de Asistencia Técnica Pecuaria Nacional; Gerente de la Regional No. 1 con sede en Bogotá, subgerente de Desarrollo Rural y Gerente General de la entidad".

"3. A partir del mes de mayo o junio del presente año de 1979, el señor Ministro de Agricultura, insistentemente presionó al demandante para que, desconociendo pautas y normas propias de una recta administración de personal, removiera algunos empleados del ICA y nombrara a otros, prescindiendo de las calidades demostradas por los primeros y sin siquiera examinar las de los segundos".

"4. No obstante dichas presiones, el Dr. Josué Franco Mendoza se abstuvo de adoptar medidas que lejos de beneficiar a la entidad le ocasionaban a ésta, al Gobierno y al país indiscutibles perjuicios, como que se trataría de sustituir un sistema técnico de administración, por otro que no lo era".

"5. La opinión pública colombiana se enteró, perpleja, del enfrentamiento entre Ministro y Gerente; y supo que la controversia giraba alrededor de la aplicación de uno de los dos criterios señalados en el punto anterior".

"6. Como quiera que el Dr. Franco Mendoza definitivamente, en cumplimiento de su deber, quiso guardar y continuar el estilo administrativo acorde con las disposiciones legales, fue removido de su cargo mediante la expedición del Decreto que ahora se demanda".

"7. La remoción del demandante, no fue consecuencia de las necesidades del servicio, sino una especie de sanción o retaliación porque el Gerente General del ICA no accedió a las pretensiones del Ministerio dirigidas a

intervenir en el manejo directo de la política de personal del Instituto Colombiano Agropecuario, siendo así que ésta corresponde a la entidad descentralizada".

"8. En consecuencia, el decreto acusado resulta ser la expresión palmaria de una desviación o desvío de poder. Desviación de poder que no concluyó en la expedición y efectividad del acto administrativo sino que se ha prolongado en actuaciones persecutorias posteriores, del Ministerio y el ICA contra el demandante".

"9. El demandante fue desvinculado del servicio a partir del 27 de julio del presente año y en ese entonces desempeñaba el cargo de Gerente General de la entidad demandada".

"10. En esa condición, el demandante devengaba al tiempo de su retiro un salario de cuarenta y cinco mil pesos mensuales, aproximadamente".

"11. El Instituto Colombiano Agropecuario es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Agricultura".

En la demanda se citan como disposiciones violadas el artículo 120, numeral 1 de la Constitución Nacional; artículo 26, inciso 1o. del Decreto-ley 2400 de 1968 y se analiza el concepto de la violación.

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad, oído el concepto de la Fiscalía Quinta y ejecutoriado el Auto de citación para sentencia, se procede a ello previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

En el presente proceso se pretende la nulidad del Decreto 1761 de 26 de julio de 1979, expedido por el señor Presidente de la República, mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento del doctor Josué Franco Mendoza como Gerente General del Instituto Colombiano Agropecuario, "ICA", y como restablecimiento del derecho se pide la restitución del actor al cargo mencionado así como el pago de todos los sueldos, gastos de representación y demás retribuciones dejadas de percibir por el demandante en razón de la insubsistencia.

Como normas violadas por el acto acusado menciona la demanda en primer término el numeral 1o. del artículo 120 de la Constitución Nacional según el cual "corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y Suprema autoridad administrativa: 1. Nombrar y separar libremente los Ministros del Despacho, los Jefes de Departamentos Administrativos y los Directores o Gerentes de los establecimientos públicos nacionales".

Menciona igualmente la demanda como violados el artículo 26, inciso 1o. del Decreto-ley 2400 de 1968 que consagra igualmente la libertad para las autoridades nominadoras de declarar la insubsistencia del nombramiento de las personas del Servicio Civil que no pertenezcan a una carrera y finalmente el artículo 107 del Decreto reglamentario 1950 de 1973, que no hace más que reproducir el texto del artículo 26 citado.

Como es fácil apreciar, las disposiciones citadas concurren todas a establecer la libertad de nombramiento y remoción de los funcionarios públicos que no pertenezcan a la carrera administrativa, siendo la norma constitucional específica para el Presidente de la República y la del Decreto 2400 de 1968 para las restantes autoridades administrativas competentes para el nombramiento de personal civil. Por lo tanto, para efectos de la decisión que ha de tomarse, el estudio se limitará a la transgresión de la norma constitucional, ya que se trata de un acto del Presidente de la República ejecutado en función de la misma. Ante todo debe destacarse que, no obstante la similitud de las disposiciones de la Constitución y del Decreto-ley mencionado, difieren esencialmente por cuanto la facultad contenida en el artículo 26 de la C.N. se refiere a funcionarios administrativos en general, sea cual sea su jerarquía o función, siempre que no pertenezcan a la carrera administrativa; y en cambio, la facultad constitucional para el Presidente de la República se refiere específicamente a los Ministros del Despacho, Jefes de Departamento Administrativo y Directores o Gerentes de los establecimientos públicos nacionales, que son agentes del Presidente de la República y por lo tanto no sólo cumplen la función propiamente administrativa que la ley les señala, sino que comparten orientaciones del Presidente de la República, son depositarios de su confianza política. Puede en consecuencia afirmarse que los límites del poder discrecional de que goza la administración para la libre remoción de sus servidores son mucho más amplios cuando se trata de los Agentes del Jefe del Estado. Ya no solo se trata de limitaciones determinadas por el buen servicio público, sino que se extiende a la confianza personal y política que el Presidente de la República requiere en sus agentes. Si la orientación política del Primer Mandatario es equivocada o inconveniente para regir los destinos del país será cuestión que cae bajo el control político del Congreso de la República; pero no materia que caiga bajo el control jurisdiccional, que no se mueve por razones de conveniencia política, sino de sometimiento a las disposiciones legales que regulan la actividad administrativa.

En los hechos de la demanda, para cuya comprobación el actor se movió activamente en el período correspondiente, se sostiene que en los últimos meses de su gestión administrativa el actor se vio presionado por el señor Ministro de Agricultura para remover algunos empleados del ICA y nombrar a otros, sin consideración a sus calidades y que el doctor Josué Franco Mendoza, no obstante dichas presiones, "se abstuvo de adoptar medidas que lejos de beneficiar a la entidad le ocasionaba a ésta, al Gobierno y al país indiscutibles perjuicios, como que se trataría de sustituir un sistema técnico de administración, por otro que no lo era".

Afirma igualmente la demanda que "la opinión pública colombiana se enteró, perpleja, del enfrentamiento entre Ministro y Gerente y supo que la controversia giraba alrededor de la aplicación de uno de los dos criterios señalados en el punto anterior".

El acervo probatorio concurre todo a demostrar este enfrentamiento entre Gerente y Ministro. ¿Cuál podía ser la solución de esta anómala situación, no sólo administrativa sino política? La tenía en su mano el señor Presidente de la República: Los dos altos funcionarios eran sus agentes personales, depositarios de su confianza política. Correspondía por lo tanto al Jefe del

Estado dirimir la colisión de criterios que se presentaba entre sus agentes y así lo hizo mediante el Decreto 1971 de 1979, acusado en este proceso, y mediante el cual declaró la insubsistencia del nombramiento del señor Gerente del ICA.

Esta es la solución adoptada por el Presidente de la República, que favoreció al Ministro de Agricultura, pero que no constituye desviación de poder, como lo sostiene el señor apoderado del actor, sino simple ejercicio de la facultad discrecional que la Constitución garantiza al Presidente de la República para escoger libremente a sus agentes en el desarrollo de la política gubernamental. Comentando tal decisión expresa el señor apoderado de la parte actora: "Nosotros creemos que frente a ella el Presidente ha debido adoptar otra bien distinta porque quien estaba cumpliendo el juramento de fidelidad a la ley y a las instituciones era el Gerente del Instituto, mientras Ministro y Vice-Ministro perseguían objetivos bien contrarios a los intereses públicos...".

Como fácilmente se aprecia ésta no pasa de ser una apreciación subjetiva del actor. Otro fue el criterio del señor Presidente, quien gozaba de la facultad constitucional para dirimir el conflicto determinando libremente cuál de sus dos agentes enfrentados mantenía su confianza. Que la solución fuera la acertada o no, no es de la competencia de esta Corporación, quien no puede decidir sobre la conveniencia o inconveniencia de la política del Presidente de la República, sino si sus actos se ajustan a las normas constitucionales y legales que delimitan su competencia y se ha visto que en el caso presente tal competencia surge plenamente del inciso 1o. del artículo 120 de la Constitución Nacional. Por ello puede afirmarse igualmente que la decisión tomada por el Gobierno no afecta el patrimonio moral del Gerente del ICA, pues ella no implica la formulación de cargos sobre la conducta del actor, sino el respaldo político a uno de los dos agentes del Presidente de la República que se hallaban enfrentados.

La señora Fiscal Quinta de la Corporación, doctora Clara Forero de Castro, coincide con estas apreciaciones en su bien estructurado concepto del cual la Sala incorpora en esta providencia el siguiente aparte: "En efecto, el demandante era Gerente General de un establecimiento público del orden nacional. A nivel de Ministerios, Departamentos Administrativos y Gerentes de entidades descentralizadas, estima la Fiscalía que la facultad de libre nombramiento y remoción reviste características especiales y una dimensión más amplia. Se trata en efecto de cargos que deben ser desempeñados por personas de absoluta confianza del Presidente de la República, pues son sus agentes, los ejecutores de su política, y no debe olvidarse que en un régimen presidencial como el nuestro, el Presidente es el Jefe del Estado y también la suprema autoridad administrativa. Debe por tanto estar facultado para gobernar con las personas que comparten sus planteamientos y los sepan poner en práctica quedando en libertad para remover, por razones de buen servicio a quienes no sigan sus orientaciones, en el momento que lo crea conveniente".

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Deniéganse las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Referencia: Expediente No. 4.030

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 22 de abril de 1983.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán. Secretario.

IMPUESTOS. RENTA LIQUIDA Y RENTA GRAVABLE. ¿Cómo se obtiene?

CERTIFICADOS DE DESARROLLO TURISTICO. El Decreto 2247 de 1974, artículo 2o., estableció que los certificados de desarrollo turístico, emitidos al portador, no gozarán de exención tributaria, constituyen "renta gravable" para el beneficiario.

Declárase la nulidad parcial del artículo 23 del Decreto 1361 de 1976 pero solo en cuanto aparece en su texto la palabra "líquida".

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Bogotá, D.E. abril veintinueve de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Bernardo Ortiz Amaya**

Actor: **Policarpo Castillo Dávila.** Nulidad y suspensión provisional artículo 23 del Decreto reglamentario No. 1361 de 1976 del Gobierno Nacional.

Referencia: Expediente No. 6.546 Autoridades Nacionales

El ciudadano abogado Policarpo Castillo Dávila formuló su demanda, en ejercicio de la acción pública, para obtener la nulidad del artículo 23 del Decreto reglamentario No. 1361 de 1976 que dice:

"Efectos Tributarios de los Certificados. Los Certificados de Desarrollo Turístico no gozan de exenciones tributarias y constituyen renta líquida gravable para su beneficiario directo por su valor nominal".

El actor considera que con dicha norma y en especial con la calificación de "líquida" a la renta proveniente de los certificados de desarrollo turístico se violentó lo previsto por la norma reglamentada que lo es el artículo 2o. del

Decreto Legislativo 2272 de 1974 y consecuencialmente el artículo 120.3 de la Constitución Nacional por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

El actor sustentó su demanda en la siguiente forma:

"Si en el Decreto 2272 de 1974 se hubiere querido llegar a los extremos a donde llegó el Decreto 1361 de 1976, se habría dicho expresamente que la renta que constituían los certificados de Desarrollo Turístico era la renta líquida gravable, con sus tres vocablos que integran el concepto antes definido. Si el Decreto 2272 estableció que la calidad de la renta correspondiente a tales certificados, era la renta gravable, no hay base ninguna para extremar su calificación hasta la renta líquida gravable. Por el contrario, más parece un concepto para oponer al de renta exenta. Es decir, que está sometida a su conjugación para determinar la renta líquida gravable, pero por su inclusión dentro del monto de la renta bruta, restar las deducciones reconocidas por la Ley, para llegar a la renta líquida y restándole las rentas exentas, culminar en el monto de la renta líquida gravable a la cual se aplique la tarifa impositiva.

"Entonces, si el Decreto 2272 habla de renta gravable, no puede entenderse sino que debe incorporarse por el beneficiario en su declaración de renta dentro del concepto del total de ingresos para restar de ellos las deducciones reconocidas por la Ley hasta llegar al concepto de renta líquida gravable. Porque éste es restrictivo y por tanto no admite extensiones caprichosas aunque se apliquen con el pretexto de aclarar o interpretar.

"En consecuencia, el Gobierno al dictar el Decreto 1361 de 1976 se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria, en el texto del artículo 23 que le dio la calidad de "renta líquida gravable" a la constituida por los certificados de Desarrollo Turístico que no le había dado ni la Ley 60 de 1968 ni el artículo 2o. del Decreto 2272 de 1974".

Simultáneamente solicitó la suspensión provisional la que por providencia de 23 de octubre de 1979 fue decretada pero solamente en cuanto a la palabra "líquida" que forma parte del texto del artículo 23 acusado.

Interpuesto el recurso de súplica fue confirmado por la Sala de Decisión el 2 de enero de 1980.

Tramitado el negocio regularmente se hizo parte la Sub-Dirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales para impugnar la acción y argumentó en la siguiente forma:

"La Ley, en el Decreto 2053 de 1974, define la renta bruta en el artículo 15 y ss. cuales son las rentas brutas artículo 32 y ss. renta líquida artículo 44; rentas líquidas especiales, artículo 67 y ss; renta gravable artículo 71; rentas gravables especiales artículo 72 y ss. Entonces, vemos que la ley tiene perfectamente definidos estos conceptos y si los Certificados de Desarrollo Turístico tuvieran el carácter de simple ingreso o de renta bruta, así lo habría dicho la Ley. Pero el Decreto 2272 de 1974 clasificó esta renta dentro de la llamada gravable, que para el caso, como no puede ser afectada con ninguna exención, necesariamente es la misma líquida gravable de que trató el Decreto 1361 de 1976 en el artículo acusado.

"Por consiguiente en el presente caso, el artículo demandado no violó la Constitución Nacional, por el contrario actuó precisamente dentro de los lineamientos de la potestad reglamentaria, que son los que hacen que la Ley tenga cumplida ejecución, aclararla, y esta disposición desde el momento que motivó la presente controversia, a pesar de ser tan clara en su enunciamiento, parece que no lo es para algunos intérpretes. El ejecutivo le reiteró su carácter de renta gravable a la cual se le aplican las tarifas al decir del Decreto 2053 de 1974 añadiéndole la palabra líquida, para que quedara... "constituye renta líquida gravable", con el objeto de reafirmar precisamente el carácter de gravable y para que no se prestara a las interpretaciones como las del actor que suscitó esta demanda, interpretación que cambia totalmente el significado de términos tan perfectamente definidos en la Ley como son los de renta bruta, renta líquida y renta gravable o renta líquida gravable que significa lo mismo, pues en la demanda se pretende que la renta por Certificados de Desarrollo Turístico sea renta bruta, siendo que la Ley le dio el significado preciso de renta gravable.

"Esa Honorable Entidad, al suspender provisionalmente el término "líquida" y al confirmar la suspensión, hizo consideraciones lógicas y legales desde el punto de vista de la mecánica tributaria de la depuración de los ingresos. Es cierto, tal como lo asevera el Dr. Angel de la Torre que existen muchas excepciones al caso de que la renta líquida es gravable y que ellas constituyen todo un capítulo, pero lo que no es cierto es que si la renta que se discute tiene el carácter de gravable y no está sometida a ninguna exención por definición legal, pueda ser considerada como un "ingreso", y por ende ser disminuida con las deducciones y con las rentas exentas. Se anota lo anterior puesto que los costos y deducciones deben tener relación de causalidad con los renglones generadores de renta y la renta obtenida por Certificados de Desarrollo Turístico al constituir renta gravable o renta líquida gravable por ministerio de la Ley, no puede ser afectada con costos, deducciones ni renta exenta. Se justifica lo anterior, si tenemos en cuenta que esta clase de renta es privilegiada puesto que sirve para pagar impuestos, se emiten al portador, son libremente negociables y en todo caso al tenor de la ley es muy claro para que admita diferentes interpretaciones de la que se deduce claramente de su letra".

Así mismo se oyó el concepto del señor Fiscal 6o. del Consejo de Estado quien comparte la tesis sostenida en el auto por medio del cual se decreta la suspensión provisional y que fue confirmado por la Sala de Decisión, en el sentido de que el término "Líquida" es el que altera el sentido de la norma reglamentaria enfrente del alcance de la reglamentada y por lo tanto debe decretarse su nulidad en cuanto a ese término se refiere.

El señor Fiscal consignó las siguientes apreciaciones que la Sala comparte y transcribe como motivación de fallo, por cuanto que recoge acertadamente el criterio que se tuvo desde el principio con relación a la demanda propuesta.

Dijo así el señor Fsical:

"El actor en el caso sub-judice, solicita la declaratoria de nulidad del Art. 23 del Decreto reglamentario No. 1361 de 1976, toda vez, que en esta norma se

expresa la renta líquida gravable a los Certificados de Desarrollo Turístico, en tanto que el Art. 2o. del Decreto 2272 de 1974, se limitó a hablar de renta gravable para sus beneficiarios directos.

"El Art. 23 del Decreto 2361 de 1976, dice:

"Efectos tributarios de los certificados. Los Certificados de Desarrollo Turístico no gozan de exenciones tributarias y constituyen *renta líquida gravable* para su beneficiario directo por su valor nominal". (Subraya la Fiscalía).

"Por su parte el contenido del Art. 2o. del Decreto 2272 de 1974, dice:

"Los certificados de Desarrollo Turístico sirven para pagar por su valor nominal toda clase de impuestos nacionales, se extienden al portador, son libremente negociables, no devengan intereses ni gozan de exenciones tributarias y constituyen *renta gravable* para sus beneficiarios directos" (Se subraya).

"El artículo 122 de la Constitución Nacional facultad al Presidente de la República para declarar el estado de "Emergencia Económica", con el fin de hacer frente a la crisis económica. En base a tal situación el Gobierno Nacional emitió varios decretos con incidencia directa en las materias que comprenden el derecho tributario.

"El régimen de impuestos sobre la renta, previsto en el decreto 2053 de 1974, modificado por los decretos 2247 y 2348 del 21 y 31 de octubre de 1974, grava las rentas de personas naturales nacionales y extranjeras residentes en Colombia; y las sucesiones ilíquidas.

"Se gravan los ingresos percibidos y normalmente el impuesto sobre la renta se determina de la siguiente manera: De los ingresos se restan las deducciones, rebajas y descuentos para obtener los ingresos netos y de éstos se restan los costos realizados imputables a dichos ingresos, obteniendo la renta bruta.

"De la renta bruta se restan las deducciones por concepto de impuestos predial, de industria y comercio, de los intereses hipotecarios y de las pérdidas sufridas por sociedades de responsabilidad limitada, obteniendo como resultado la renta líquida.

"Disminuyendo las rentas exentas de orden legal a la renta líquida, se tiene como resultado final la renta gravable.

"*Renta líquida:* "La renta líquida está constituida por la renta bruta, la cual se determina por la suma de los ingresos netos realizados en el año o períodos gravables menos los costos imputables a los mismos. Esta renta, menos las deducciones que tengan relación de causalidad con las actividades productoras de rentas resulta la renta líquida.

"*Renta gravable:* "Para determinar la renta gravable, se resta de la renta líquida —o de la presuntiva si ésta fuere menor— las rentas exentas previstas en la norma sustancial las cuales están contempladas en el Art. 72 del Decreto 2053 de 1974, y Art. 9o. del Decreto 2348 de 1974.

"La ley estableció en el Decreto 2247 de 1974, Art. 2o. que los certificados de desarrollo turístico, emitidos al portador, los cuales no gozan de exención tributaria, constituyen *renta gravable* para el beneficiario. Para los correspondientes efectos tributarios no podía agregarse término que cambiara la intención del legislador, tal como sucedió en la norma reglamentaria al decir, que dichos certificados constituían *renta líquida gravable* a sabiendas de una existencia normativa, que se debe agotar en el proceso de depuración de las rentas obtenidas por el contribuyente a 31 de diciembre del año gravable.

"Para la Fiscalía, la norma acusada es contraria al precepto sustancial en cuanto se refiere a Renta "Líquida" gravable.

"El error del artículo 23 del Decreto No. 1361 de 1976, surge de la sola comparación de los textos de la Ley (Decreto 2272 de 1974) con la norma reglamentaria, por cuanto los conceptos de renta gravable y renta líquida gravable, difieren sustancialmente, debiendo acceder al pedimento de la demanda".

En consecuencia 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 parcial del artículo 23 del Decreto 1361 de 1976 pero solo en cuanto aparece en su texto la palabra "Líquida".

En consecuencia el artículo en cuestión quedará así:

"Artículo 23.- Efectos Tributarios de los Certificados. Los certificados de Desarrollo Turístico no gozan de exenciones tributarias y constituyen renta gravable para su beneficiario directo por su valor nominal".

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 29 de abril de mil novecientos ochenta y tres.

Enrique Low Murtra, Aclaración de voto; **Bernardo Ortiz Amaya, Gustavo Humberto Rodríguez, Carmelo Martínez Conn.**

Jorge A. Torrado, Secretario.

IMPUESTOS. RENTA GRAVABLE Y RENTA LIQUIDA. (Aclaración de Voto).

Significado y utilización en la legislatura colombiana.

El propio legislador yerra en su significado, pues utilizó la expresión renta líquida, gravable y renta gravable como sinónimos.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Bogotá, D.E., cuatro de mayo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

ACLARACION VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE LOW MURTRA

Demandante: **Policarpo Castillo Dávila**

Referencia: Radicación 6.546. Nulidad del artículo 23 del Decreto Reglamentario 1361 de 1976, proferido por el Gobierno Nacional.

Con todo respeto expreso una duda manifiesta que existe en mi mente en relación con el punto central de la decisión que antecede:

La legislación colombiana es ambigua al utilizar con frecuencia los términos "renta gravable" o "renta líquida gravable" en forma equivalente.

Es clara cuando define la renta bruta o cuando define la renta líquida, pero es un poco ambigua al hablar de renta gravable pues a veces usa la expresión "renta líquida gravable" como equivalente a renta gravable.

Valgan unos ejemplos:

a) El artículo 15 del Decreto 2053 empieza diciendo: *"la renta líquida gravable se determina así..."* y entra al proceso de depuración de la base gravable en toda su extensión.

b) El artículo 82 del mismo estatuto legal utiliza la expresión *"renta líquida gravable"* para expresar la *renta gravable* a la cual se aplica la tarifa.

El error es pues del propio legislador que utiliza la expresión renta líquida gravable y renta gravable como sinónimos. Cosa distinta es la renta líquida que es la que se obtiene al restar de la renta bruta las deducciones legales.

Siendo pues términos sinónimos no vale la pena declarar la nulidad de la palabra "líquida" pues si es cierta mi apreciación es lo mismo decir "renta gravable" que "renta líquida gravable".

Atentamente,

Enrique Low Murtra.

POTESTAD REGLAMENTARIA. (Artículo 120 numeral 3o. de la Constitución Nacional). Finalidad.

EXPLORACION Y EXPLOTACION DEL CARBON MINERAL. El artículo 1o. de la ley 61 de 1979 sienta un principio capital: a partir de su vigencia la exploración y explotación del carbón mineral de propiedad de la Nación solo podrá cumplirse mediante el sistema de

aporte otorgado por el Ministerio de Minas a Empresas Industriales y Comerciales del Estado, del orden nacional, que tengan entre sus fines dicha actividad. El hecho de que hayan existido precedentes legislativos en materia de minas en los cuales se respetan sin excepción los asuntos de trámite (artículos 2o. del Decreto 2533 de 1973, 4 del Decreto 769 de 1972, 3 del Decreto 1278 de 1977 etc. etc.) no implica que la nueva ley tenía que seguir igual conducta, porque en esto es soberano el legislador máxime cuando con ello no estaban vulnerando o desconociendo situaciones subjetivas ya perfeccionadas o consolidadas.

DERECHOS ADQUIRIDOS.
1. Una solicitud o propuesta de concesión, licencia o permiso no configura, en principio, un derecho adquirido, sino que conforma una mera expectativa; que, como tal, no constituye derecho, según lo define la ley 153 de 1887, en su artículo 17.

2. Nadie puede alegar un derecho adquirido o un determinado trámite cuando la ley nueva la haya sustituido o modificado.

NORMAS PROCESALES. En materia procesal la regla es la aplicación inmediata de la nueva ley frente a los asuntos en trámite.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, D.E., veintinueve de abril de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Carlos Betancur Jaramillo**

Actor: **Douglas Velásquez Jácome**

Referencia: Expediente No. 3.413 Ordinario Minas

Mediante escrito de septiembre 17 de 1981 el Dr. Douglas Velásquez Jácome en su carácter de simple ciudadano, demanda la nulidad del artículo 6o. del Decreto 1155 de mayo 14 de 1980 y solicita la declaratoria consecuencial de que las providencias y resoluciones administrativas que se hayan dictado con su fundamento se declaren igualmente nulas.

Como hechos narra en síntesis:

a) Que el Congreso expidió el 21 de diciembre de 1979 la Ley 61 "por la cual se dictan normas sobre la industria del carbón y se establece un impuesto".

b) Que el 14 de mayo del 80 el Gobierno expidió el decreto reglamentario 1155.

c) Que el artículo 1o. de la ley 61 dispone:

"A partir de la vigencia de la presente ley la exploración y explotación del carbón mineral de propiedad de la Nación solo podrá realizarse mediante el sistema de aporte otorgado por el Ministerio de Minas y Energía a empresas industriales y comerciales del Estado, del orden nacional, que tengan entre sus fines dicha actividad.

"Para los efectos del inciso anterior, entiéndese por aporte el otorgamiento que hace el Estado, a través del Ministerio de Minas y Energía, del derecho a explorar y explotar sus reservas carboníferas a las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional. Las entidades titulares de aporte podrán llevar a cabo estas actividades directamente o mediante contratos celebrados con particulares.

"En el sistema de aporte las empresas oficiales beneficiarias no estarán sujetas a la limitación de áreas, ni a los términos de exploración, montaje y explotación a que están sometidos los sistemas de licencias, permisos y concesiones de que trata el Decreto 1275 de 1970.

"Se exceptúan de lo dispuesto en este artículo:

"a) Las áreas de permisos, licencias o contratos de concesión, otorgados con anterioridad a la vigencia de la presente ley;

b) Las áreas objeto de solicitudes o propuestas de personas que las hubieran estado explotando antes de la vigencia del Decreto 2533 de 1973 y que continúen explotándolas a la vigencia de la presente Ley.

"Parágrafo. Las áreas que por causa de cancelación, caducidad, renuncia o cualquier otra causa quedaren libres, se someterán al régimen previsto en este artículo."

c) Que a su turno el artículo 6o. del Decreto 1155 de 1980 reza:

"El Ministerio de Minas y Energía procederá de plano y por resolución motivada a desanotar y archivar todos los negocios, solicitudes y propuestas para explorar y explotar carbón, distintas de las enumeradas en el artículo cuarto de este decreto.

"Los interesados podrán pedir el desglose y entrega de los documentos técnicos que hubieren presentado en dichos asuntos."

De folios 3 a 19 se analiza con amplitud el concepto de violación, en torno a los siguientes artículos: 120 ordinal 3o. de la Carta, 4 al 13 y 40 de la Ley 153 del 87; 1 de la Ley 61 de 1979; 7 de la Ley 20 de 1969.

Cumplido el trámite de rigor y como no se observa causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, se entra a decidir. Para ello, se considera:

Mediante auto de octubre 28 de 1981 se denegó la suspensión provisional del artículo 6o. del Decreto 1155 de 1980, objeto de la impugnación.

Por su lado la señora fiscal colaboradora, en su vista de diciembre 1o. de 1982 que obra a folios 33 y siguientes del expediente, conceptúa que no se debe declarar la nulidad impetrada. Para el efecto sostiene:

"1. El Art. 1o. de la Ley 61 de 1979 dispone que a partir de su vigencia "la exploración y explotación de carbón mineral de propiedad de la Nación solo podrá realizarse mediante el sistema de aporte otorgado por el Ministerio de Minas y Energía a empresas industriales y comerciales del Estado, del orden nacional, que tengan entre sus fines dicha actividad". Según este mismo precepto solo se exceptúan: a) Las zonas que, mediante permisos, licencias o

contratos de concesión, se hubieran adjudicado con anterioridad a la vigencia de la ley 61 de 1979; b) Las áreas que fueron objeto de solicitudes o propuestas de personas que "las hubieran estado explotando antes de la vigencia del Decreto 2533 de 1973 y que continúen explotándolas a la vigencia de la presente ley". El parágrafo agrega que las zonas adjudicadas antes de que entrara en vigencia la Ley 61 de 1979, que por cualquier causa "quedaren libres", también deben ser explotadas por el sistema de aporte.

"Al Art. 4o. del Decreto Reglamentario No. 1155 de 1980, tras reiterar, en los Arts. 1o. a 3o. el principio, prescrito por el Art. 1o. de la ley 61 de 1979, según el cual las minas de carbón del Estado deben ser explotadas por el sistema de aportes a empresas industriales y comerciales del Estado, determina, en los literales a) b) c) d) e) y f), los casos de excepción, que desarrollan los contemplados específicamente por el Art. 1o. de la ley 61 de 1979.

"La Ley 61 de 1979 no incluye, entre las excepciones, las actuaciones o solicitudes en trámite, sino, por el contrario, las situaciones jurídicas constituidas con anterioridad a su vigencia; es decir, dejó a salvo, no las meras expectativas, sino los derechos reconocidos. Además, como es bien sabido, las excepciones son de restrictiva interpretación y, por este motivo, ni el reglamento ni el intérprete, pueden darles aplicación extensiva.

"El Art. 6o. del Decreto 1155 de 1980, cuya legalidad y constitucionalidad se cuestiona, dispuso que "el Ministerio de Minas y Energía procederá de plano y por resolución motivada a desanotar y archivar todos los negocios, solicitudes y propuestas para explorar y explotar carbón, distintas de las enumeradas en el Art. 4o. de este Decreto". Esta disposición no desconoció ni infringió, sino que por el contrario, desarrolló el Art. 1o. de la Ley 61 de 1979, por los siguientes motivos:

"a) La Ley 61 de 1979, como todas las relativas a la industria minera, según el Art. 7o. de la ley 20 de 1969, es de utilidad pública e interés social y, por lo mismo, el Art. 1o. ibídem, que prescribe un régimen exclusivo para la explotación de las minas de carbón de propiedad del Estado, tiene efecto general inmediato y prevalente. Por consiguiente, salvo las excepciones que la misma disposición estableció, a partir de su vigencia quedó prohibido explotar las minas de carbón del Estado por sistema diferente del de aporte. *Se trata de una prohibición de orden público* cuyo desconocimiento implica nulidad.

"b) El Art. 6o. del Decreto Reglamentario No. 1155 de 1980, en desarrollo de la indicada *Prohibición legal*, ordena archivar, mediante resolución motivada, "todos los negocios, solicitudes y propuestas para explorar y explotar carbón", distintos de los expresa y taxativamente exceptuados por la ley. De manera que el archivo de estas solicitudes y propuestas *en trámite* se explica y justifica porque, desde que entró en vigencia la Ley 61 de 1979, *son contrarias al orden público*, como lo serían, con mayor razón, los actos que accedieren a ellas.

"c) La potestad reglamentaria tiene por objeto, como ha sostenido la jurisprudencia, facilitar el cumplimiento de la Ley. En este caso, el Art. 6o. del Decreto 1155 de 1980, con fundamento en el principio ínsito nítidamente en el Art. 1o. de la Ley 61 de 1971, tiene por objeto facilitar su ejecución y hasta

impedir el asentamiento de actuaciones que, por *ilegales*, serían inútiles. De donde se concluye que esa disposición no solo no desconoció los Arts. 1o. de la Ley 61 de 1979 y 120 Ord. 3o. de la Constitución, sino que se expidió con fundamento en estas disposiciones.

"2. El actor invoca como infringido el Art. 7o. de la ley 120 de 1969 porque reconoce las posibilidades de expropiar derechos originados en actuaciones en trámite. Pero, en primer lugar, esa disposición alude a ellas, *no para reconocerlas como situaciones jurídicas constituidas*, sino para prescribir que, en tales casos, *la expropiación solo puede tener por objeto las instalaciones, no el derecho a explotación*, por no estar consolidado. Por consiguiente, este precepto bien podría permitirle actualmente a la Nación, expropiar las dotaciones e instalaciones para explorar y explotar minas de carbón del Estado, construidas sobre la base de propuestas o solicitudes en trámite que, por ser contrarias al Art. 1o. de la Ley 61 de 1979, debieron archivarse, conforme a lo prescrito por el Art. 6o. del Decreto Reglamentario No. 1155 de 1980. Pero, además, en el supuesto de considerar que el Art. 7o. de la Ley 20 de 1969 fuere contrario al Art. 1o. de la Ley 61 de 1979 y ya se ha demostrado que se complementa éste, por ser posterior y especial (Art. 3o. de la Ley 153 de 1887), lo habría modificado respecto de las minas de propiedad del Estado. Por consiguiente, el Art. 6o. del Decreto 1155 de 1980, que reglamenta jurídicamente el Art. 1o. de la Ley 61 de 1979, *no infringió ni podía infringir* el Art. 7o. de la Ley 20 de 1969.

"3o. El actor también invoca como desconocidos por los Arts. 4o. a 13 de la Ley 153 de 1887 porque por costumbre y analogía varias disposiciones nuevas han respetado o dejado a salvo las actuaciones en trámite. Respecto de este cargo se observa:

"a) Si el Art. 6o. del Decreto 1155 de 1980 se expidió, como se ha demostrado, de conformidad con los Arts. 1o. de la Ley 61 de 1979 y 120 Ord. 3o. de la Constitución Nacional, no podía transgredir los que el actor invoca; b) La analogía prescrita por el Art. 8o. de la Ley 153 de 1887, es un criterio de hermenéutica jurídica que permite resolver *un caso específico*, en defecto de disposición directamente aplicable, mediante la aplicación de la que regule otro semejante. Este caso versa sobre la legalidad y constitucionalidad de una norma reglamentaria, que en nada se relaciona con la analogía. Por consiguiente el cargo es inconducente; c) La costumbre es fuente de derecho, en defecto de la ley o para llenar sus vacíos. Pero el actor invoca una *costumbre legislativa y reglamentaria* que, en rigor jurídico, no podría existir. Pero, en este caso, el Art. 6o. del Decreto 1155 de 1980 es válido porque se expidió con fundamento en los Arts. 1o. de la Ley 61 de 1979 y 120 ord. 3o. de la Constitución, así contraríe numerosos precedentes legislativos o reglamentarios sobre la materia. Como en el caso anterior, el cargo es inconducente."

La Sala comparte las anteriores apreciaciones y para confirmar lo dicho agrega:

Primero: La potestad reglamentaria

Como lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia de la Corporación la potestad reglamentaria que tiene el gobierno por virtud del artículo 120,

ordinal 3o. de la Carta, ha ganado no sólo en extensión sino en intensidad. Ya no exige, como antaño, que el decreto reglamentario sea una mera copia textual de la ley reglamentaria, porque el reglamento le da vida a ésta, ya que es el ejecutivo el que está al tanto de las necesidades y requerimientos administrativos y puede desarrollarla no sólo en lo que esté explícito en la misma sino en lo que lógica y racionalmente se entiende implícitamente regulado.

El artículo 1o. de la Ley 61 de 1979 (reglamentada) sienta un principio capital: A partir de su vigencia la exploración y explotación del carbón mineral de propiedad de la Nación sólo podrá cumplirse mediante el sistema de aporte otorgado por el Ministerio de Minas a empresas industriales y comerciales del Estado, del orden nacional, que tengan entre sus fines dicha actividad.

El texto es inequívoco y al restringir la exploración y explotación del carbón mineral al sistema de aporte, modificó el régimen general impuesto para todas las minas nacionales en los artículos 8o. de la Ley 20 de 1969 y 29 del Decreto 1275 de 1970, que permitían ese aprovechamiento, aun para las minas de piedras y metales preciosos, mediante los sistemas de la concesión, del aporte o del permiso.

Contempló, además, la Ley 61 que ese aporte no podía otorgarse sino a empresas industriales o comerciales del Estado, del orden nacional, que tuvieran entre sus fines la explotación del carbón mineral.

Como era previsible la nueva ley tenía que contemplar ciertas excepciones para garantizar las situaciones jurídicas ya adquiridas o consolidadas. Y fue así como dispuso en ese mismo artículo primero: "Se exceptúan de lo dispuesto en este artículo:

a) Las áreas de permisos, licencias o contratos de concesión otorgados con anterioridad a la vigencia de la presente ley;

b) Las áreas objeto de solicitudes o propuestas de personas que las hubieren estado explotando antes de la vigencia del Decreto 2533 de 1973 y que continúen explotándolas a la vigencia de la presente ley."

La primera excepción contemplada en la ley es obvia y hasta sobrada su expresa regulación. La garantía de su permanencia está respaldada por el artículo 30 de la Carta, por tratarse de situaciones jurídicas ya consolidadas.

En cambio las propuestas y solicitudes en trámite que existían al entrar en vigencia la ley, no fueron materia de excepción sino sólo aquéllas formuladas por personas que hubieran estado explotando las áreas desde antes de la vigencia del decreto 2533 de 1973 y que estuvieran haciéndolo a la fecha de esa vigencia.

Es importante tener en cuenta esto, ya que el legislador no quiso cobijar con la excepción todos los asuntos en trámite, sino que los redujo expresamente en los términos del literal b) del artículo 1o. de la Ley 61. Por lo demás, las solicitudes en trámite al entrar en vigencia ese Decreto 2533 también fueron respetadas, tal como lo dispuso su artículo 2o. y la voluntad del legislador fue clara a este respecto. El hecho de que hayan existido precedentes legislativos

en materia de minas en los cuales se respetan sin excepción los asuntos en trámite (artículos 2 del Decreto 1533 de 1973, 4 del Decreto 769 de 1972, 3 del Decreto 1278 de 1977, etc. etc.), no implica que la nueva ley tenía que seguir igual conducta, porque en esto es soberano el legislador, máxime cuando con ello no estaba vulnerando o desconociendo situaciones subjetivas ya perfeccionadas o consolidadas.

Una solicitud o propuesta de concesión, licencia o permiso no configura, en principio, un derecho adquirido, sino que conforma una mera expectativa; que, como tal, no constituye derecho, según lo define la Ley 153 de 1887 en su artículo 17.

La misma ley minera dice, por ejemplo, cuando las solicitudes y propuestas de concesión se entienden perfeccionadas, ya que mientras el respectivo contrato no se haya elevado a escritura pública, se entenderá apenas el trámite (artículo 7o. Ley 20 de 1969).

Estima el demandante que todas las propuestas y solicitudes que estaban en trámite al entrar en vigencia la ley 61 deben respetarse por disponerlo así el artículo 40 de la Ley 153 del 87.

Para la Sala no asiste la razón al actor, porque la disposición se refiere a las normas procesales que rigen la ritualidad y sustanciación de los juicios, frente a las cuales no cabe hablar de derechos adquiridos, y no a las sustanciales que conceden derechos. Aquí "juicios" tiene el alcance y el sentido de proceso jurisdiccional y su normatividad es objetiva. Nadie puede alegar un derecho adquirido a un determinado trámite cuando la ley nueva lo haya sustituido o modificado.

Pero aún aceptando que esa norma tuviera aplicación también en el campo de los procedimientos administrativos (por aquello que las normas procesales son de aplicación inmediata) tampoco tendría razón el demandante y menos con la interpretación que le da a la última parte de la norma.

Para ver con claridad este aspecto, se transcribe el artículo:

"Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban 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."

Para el actor actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas "indica que la ley procesal vigente al momento de su iniciación rige hasta el final aunque una nueva ley haya modificado el procedimiento. Si esta fuera la interpretación cabría hablar de derechos adquiridos en materia procesal y de una contradicción entre los dos extremos de la misma norma; porque el primero sentaría el principio de la aplicación inmediata de la ley procesal y el segundo, la desconocería al disponer su aplicación sólo para los procesos iniciados después de su vigencia.

Para la Sala esta tesis es inaceptable. En materia procesal la regla es la aplicación inmediata de la nueva ley frente a los asuntos en trámite. Si así no fuera no tendrían sentido las excepciones contempladas tanto en el artículo 40

de la antecitada Ley 53 como en el artículo 699 del C. de P.C. En este último, por ejemplo, se precisa que en los procesos que estaban en trámite el 1o. de julio de 1971 (fecha de iniciación de su vigencia) solo los aspectos allí enunciados seguían sometidos a la Ley 105 de 1931, vale decir, los recursos ya interpuestos, la práctica de las pruebas decretadas, los términos que habían empezado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estuvieran surtiendo.

Si la interpretación adecuada fuera la de la demanda, estas salvedades no tendrían sentido, porque las partes tendrían derecho a que su litigio se tramitara en todos sus aspectos hasta el fin por la ley procesal que regía cuando se inició.

Ahora bien. El Decreto 1155 de 1980 reglamentario de la Ley 61, luego de sentar el principio general contemplado en el artículo 1o. de ésta, se limitó a desarrollar en su artículo 1o. las excepciones que se dejan analizadas. Vista la aludida norma debe concluirse que ésta no excede las previsiones de la norma reglamentada, ya que se limitó a concretar en fechas los hitos determinados en la misma.

Se observa que se hace mención a este artículo 4o. del Decreto 1155, aunque no esté impugnado, porque está íntimamente vinculado con la disposición materia de esta controversia, la que ordena que el Ministerio de Minas, de plano y mediante resolución motivada, procederá "a desanotar y archivar todos los negocios, solicitudes y propuestas para explorar y explotar carbón, distintas de las enumeradas en el artículo cuarto de este decreto".

Para la Sala la disposición encaja en la potestad reglamentaria, máxime cuando ordena archivar, precisamente, las diligencias relacionadas con asuntos que no quedaron comprendidos dentro de las excepciones.

Se habría presentado ese exceso si la orden de archivo pudiera cobijar trámites respetados por la ley.

Por parte alguna alegó el actor—y ni siquiera lo impugnó—que el artículo 40 del decreto reglamentario fue más allá del artículo 1o. de la Ley 61 en materia de excepciones.

Además, si el Ministerio, por cualquier motivo, ordena archivar actuaciones consideradas como excepcionadas, la impugnación no podría orientarse contra el decreto reglamentario, sino contra el acto (resolución motivada, dice la norma) que ordenó ese archivo. En esta hipótesis la impugnación de esa resolución se haría por violación de los artículos 4o. y 6o. del decreto en cuestión y mediante una acción de plena jurisdicción.

Por lo expuesto y de acuerdo con la señora fiscal, 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:

No se decreta la nulidad del artículo 6o. del decreto 1155 de 1980, reglamentario de la Ley 61 de 1979.

Copíese y notifíquese. Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 28 de abril de 1983.

Jorge Valencia Arango, (Con salvamento de voto); **Carlos Betancur Jaramillo, Eduardo Suescún Monroy, Jorge Dangond Flores.**

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

DERECHOS ADQUIRIDOS O SITUACIONES JURIDICAS CONCRETAS FRENTE A UNA NORMA NUEVA. Definición naturaleza.

DERECHOS ADQUIRIDOS Y RETROACTIVIDAD DE LA LEY. TESIS DR. ZULETA. Exposición cronológica de las distintas teorías expuestas sobre lo que debe entenderse por "Derechos Adquiridos".

SITUACIONES JURIDICAS CONCRETAS Y RETROACTIVIDAD DE LA LEY. CARACTERISTICAS ESPECIALES DEL DERECHO FRANCES: a) El principio de la no retroactividad de la ley tiene por destinatario al juez y no al legislador. b) las distintas soluciones dadas por la doctrina francesa a los distintos conflictos, carecen de respaldo legal particular.

CARACTERISTICAS ESPECIALES DEL DERECHO COLOMBIANO. Art. 30 C.N. CONCLUSIONES DEL DESARROLLO HISTORICO DE LAS DIVERSAS TEORIAS. DESARROLLO LEGAL DEL ART. 30 C.N. Ley 153/887. ARTS. 322, 17, 1o., 2o., 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24 y 25. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. JURISPRUDENCIA. Sentencia de 9 de noviembre de 1943. G. J. No. 2001, pág. 272.

CONTRATOS ENFRENTADOS AL TRANSITO DE LEYES. Jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo (Gaceta del Trabajo Tomo V, pág. 166 a 180).

PROPIEDAD MINERA. NORMAS CONSTITUCIONALES. Ley 20 de 1969. LEGISLACION ESPAÑOLA DE LA LEGISLACION MINERA ESPAÑOLA Y REPUBLICANA. CODIGO DE MINAS COLOMBIANO. Comentarios. DERECHOS ADQUIRIDOS HASTA LA EXPEDICION DE LA LEY 20 DE 1969. LEY 61 DE 1979. FALLO DE EXEQUIBILIDAD CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. FEBRERO 26/81. DECRETO REGLAMENTARIO DE LA LEY 61 DE 1979, No. 1155 DE 1980.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR JORGE VALENCIA ARANGO

Actor: **Douglas Velásquez Jácome**

Referencia: Expediente 3.413

Respetuosamente me separo de la sentencia anterior, por considerar que la pretensión de nulidad del artículo 6o. del Decreto 1155 de 1980 (mayo 14) ha debido prosperar, por la flagrante violación de los derechos adquiridos o situaciones jurídicas concretas mineras, protegidas por la Constitución y la ley.

I. LA DEMANDA

a) Las pretensiones aparecen deducidas así:

"1. Es nulo por motivos de inconstitucionalidad e ilegalidad el artículo 6o. del Decreto 1155 de 1980 (mayo 14).

"2. Como consecuencia de la nulidad decretada quedan sin validez y aplicación el mencionado acto, así como las providencias o resoluciones administrativas que con fundamento en tal norma hubiese dictado el Ministerio de Minas y Energía". (Fl. 2)

b) Los hechos referidos en el libelo, son del siguiente tenor:

"1. El 21 de diciembre de 1979 fue expedida por el Congreso de Colombia la Ley 61 de 1979 "por la cual se dictan normas sobre la industria del carbón y se establece un impuesto", promulgada el 25 de enero de 1980 por publicación en el Diario Oficial No. 35443 (pág. 271).

"2. El 14 de mayo de 1980 con la firma del señor Presidente de la República y de los Ministros de Minas y Energía y Hacienda y Crédito Público se expidió el Decreto No. 1155 de 1980 "por el cual se reglamenta la ley de 1979".

"3. Dispuso el artículo 1o. de la Ley 61 de 1979:

"A partir de la vigencia de la presente ley la exploración y explotación de carbón mineral de propiedad de la Nación solo podrá realizarse mediante el sistema de aporte otorgado por el Ministerio de Minas y Energía a empresas industriales y comerciales del Estado, del orden nacional, que tengan entre sus fines dicha actividad.

"Para los efectos del inciso anterior, entiéndese por aporte el otorgamiento que hace el Estado, a través del Ministerio de Minas y Energía, del derecho a explorar y explotar sus reservas carboníferas a las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional. Las entidades titulares de aporte podrán llevar a cabo estas actividades directamente o mediante contratos celebrados con particulares.

"En el sistema de aporte las empresas oficiales beneficiarias no estarán sujetas a la limitación de áreas, ni a los términos de exploración montaje y explotación a que están sometidos los sistemas de licencias, permisos y concesiones de que trata del Decreto 1275 de 1970.

"Se exceptúan de lo dispuesto en este artículo:

"a) Las áreas de permisos, licencias o contratos de concesión, otorgados con anterioridad a la vigencia de la presente ley;

"b) Las áreas objeto de solicitudes o propuestas de personas que las hubieran estado explotando antes de la vigencia del Decreto 2533 de 1973 y que continúen explotándolas a la vigencia de la presente ley.

"Parágrafo. Las áreas que por causa de cancelación, caducidad, renuncia o cualquier otra causa quedaren libres, se someterán al régimen previsto en este artículo".

"4. Dispuso el artículo 6o. del Decreto 1155 de 1980:

"El Ministerio de Minas y Energía procederá de plano y por resolución motivada a desanotar y archivar todos los negocios, solicitudes y propuestas para explorar y explotar carbón, distintas de las enumeradas en el artículo cuarto de este decreto.

"Los interesados podrán pedir el desglose y entrega de los documentos técnicos que hubieren presentado en dichos asuntos".

II. NORMAS VIOLADAS

En relación con las normas violadas y el concepto de la violación, expone el demandante:

"Se viola el artículo 120 numeral 3o. de la Constitución Nacional: El ejercicio de la potestad reglamentaria que la Constitución Nacional (artículo 120 numeral 3o.) ha conferido al Presidente de la República como jefe de Estado y suprema autoridad administrativa en compañía de los ministros, tiene reconocida por la invariable jurisprudencia de nuestro más alto tribunal una limitación en cuanto va dirigida a dar vida práctica a la ley que tiende a desarrollar en la necesidad de hacerla eficaz, activa y plenamente operante; facilitando su inteligencia y cumplimiento por parte de la misma administración y de los particulares: "Todo aquello que lógica y necesariamente está contenido en la ley debe desarrollarlo de manera detallada y comprensiva el decreto reglamentario pero nada más que eso" (subrayo); ha repetido insistentemente la Corte:

"La potestad reglamentaria debe respetar la letra y el espíritu de la ley. Aunque a primera vista resulta difícil precisar hasta donde llega la facultad del legislador para que empiece la del reglamento, esa dificultad desaparece si se tiene en cuenta, conforme a nuestra legislación, los fines de la ley y el carácter de la función reglamentaria, que es ejecutiva y administrativa. La ley sienta los principios básicos, las normas fundamentales y los lineamientos esenciales de una cuestión y el reglamento establece las medidas necesarias para el cumplimiento del mandato legislativo, sin apartarse de su esencia ni de su espíritu" (C.S.J. Fallo de septiembre 11 de 1969. Magistrado Ponente Dr. Eustorgio Sarria G.J. CXXXVII, No. 2338, pág. 305).

"La norma constitucional mencionada consagra la potestad reglamentaria, faculta para dictar los reglamentos de las leyes con absoluta subordinación a éstas, o sea sin extralimitación, sin invadir órbitas que no le corresponden, sin excepcionar lo que la ley no excepcionó y sin crear obligaciones, cargas o desconocimiento de derechos no contemplados en la ley, sujetándose a lo estrictamente necesario, "teniendo el buen cuidado de no ir más allá de la

ley ni tampoco de restringir su contenido jurídico", tal como lo ha afirmado el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Fallo de mayo 5 de 1980, Consejero Ponente Dr. Alfonso Arango Henao. Anales Nos. 425 y 426 de 1970, pág. 67.

"Evidentemente, ya la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado, ha definido las características de los derechos o principios generales que deben gobernar su expedición. Así debe entenderse que el poder reglamentario concedido por la Constitución Nacional al Presidente de la República no es ilimitado, pues estará sujeto al contenido mismo de la ley, sin aplicarla ni tampoco restringirla en sus alcances o disposiciones, respetando, además, el campo reservado exclusivamente al Legislador. De igual modo, debe, simplemente, desarrollar lo establecido en el texto de la ley sustantiva para su cumplida ejecución, (ordinal 3o. del artículo 120 de la Carta), facilitando su inteligencia y haciendo operante la norma de carácter superior". (C.E. Auto de noviembre 20 de 1972. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Sustanciador: Dr. Alvaro Orejuela Gómez).

"Como ya se dijo atrás, esta norma se acusa de ser violatoria del artículo 120-3 de la Constitución Nacional, que otorga al Presidente la facultad reglamentaria.

"Esta potestad tiene por finalidad obtener la cumplida ejecución de las leyes. Esta función se cumple por medio de los llamados decretos reglamentarios que tiene por objeto hacer eficaz, activa, plenamente operante la norma superior de derecho, pero nada más que eso. No puede el Gobierno so pretexto de ejercer dicha potestad, introducir normas nuevas, preceptos que no se desprenden de las disposiciones legales, que no estén implícitos en ellas, reglas que hagan más gravosas para los particulares sus obligaciones, o que restrinjan sus derechos.

"La potestad reglamentaria, en otras palabras, no puede exceder los términos de la ley que se pretende reglamentar. Cualquier exceso implica o constituye un acto exorbitante, una extralimitación de la función otorgada en el citado artículo 120 de la C.N., en su numeral 3o. (C.E. sentencia de junio 19 de 1975. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Eduardo Aguilar Vélez).

"En los renglones anteriores se resume la jurisprudencia y doctrina invariable sostenida en relación con la reglamentación de las leyes; de acuerdo con tales principios la norma acusada es inconstitucional pues viola el artículo 120 de la C.N. en su numeral 3o. y el artículo 1o. de la Ley 61 de 1979 al extralimitarse en su reglamentación.

"Con el objeto de demostrar la inconstitucionalidad denunciada, en primer término, hagamos un breve recuento de las normas legales que contiene el procedimiento gubernativo vigente para la exploración y explotación de minas de carbón de propiedad de la nación:

"Son Leyes 60 de 1967 y 20 de 1969 con sus Decretos Reglamentarios y modificaciones 1275/70, 2181/72, 1660/78 y 2727/79, (que sustituyeron la Ley 85/74 y su Decreto Reglamentario 805 del mismo año): las normas legales

vigentes que establecen la propiedad del subsuelo y de las minas en cabeza de la nación, creando los sistemas y procedimientos para su exploración, montaje, explotación, beneficio, etc.

"Partiendo de la declaración consagrada en el artículo 1o. de la Ley 20 de 1969 de que todas las minas pertenecen a la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros, que el objeto de los derechos que a cualquier título otorgue la nación sobre sus minas es el de lograr, mediante su previa exploración técnica, el aprovechamiento total de las sustancias económicamente explotables y que la exploración y explotación de las minas que pertenecen a la nación se adelantará con sujeción a los sistemas de licencia, concesión, aportes, permisos y de reserva especial; los decretos enunciados establecen con precisión los mecanismos y pasos procesales que los solicitantes, beneficiarios, concesionarios y el gobierno por intermedio del Ministerio de Minas y Energía deben cumplir para desarrollar dicho objetivo.

"Se define como mina todo yacimiento, depósito, formación o criadero de minerales o de materiales, fósil útil o aprovechable económicamente que se encuentre en el suelo o en el subsuelo en cualquier estado físico.

"Las licencias de exploración y el control de concesión para explotación:

"Se entiende por exploración técnica el conjunto de actividades dirigidas a determinar la existencia de minerales en cantidades y calidades económicamente aprovechables que haga rentable su explotación.

"Cuando se pretenda realizar trabajos de exploración técnica en cualquier área o zona del territorio nacional con miras a explotar económicamente los minerales que en ella se encuentren por el sistema de concesión, se deberá tramitar licencia de exploración (Art. 30 C. 1275/70) ante el Ministerio de Minas y Energía quien es la entidad gubernativa encargada por la ley para adelantar estas gestiones.

"Las normas generales que regentan el procedimiento gubernativo para las licencias y concesiones se pueden compendiar así:

"El área máxima es de 1.000 hectáreas (Art. 43 ibídem)

"El término para la exploración es de dos años prorrogables por un año más (Art. 4o. D. 2727/79).

"Las solicitudes de licencia y permiso solo pueden ser canceladas por el Ministerio de Minas y Energía cuando se incurra en alguna de las causales previstas en la ley (Ej: el no pago oportuno de multas; muerte del beneficiario o la disolución de la compañía; incapacidad financiera; la no realización de los trabajos de exploración o su injustificada suspensión; la cesión de derechos sin previa autorización del Ministerio; la no oportuna presentación de los informes de exploración; el no recibir en término la zona; el no cumplir con las publicaciones en términos, etc., Arts. 86 D. 1275/70 y D. 2727/79 del Art. 5).

"Resumiendo, al amparo de la ley vigente, la exploración de las minas propiedad de la nación se adelanta por el sistema de licencia que se desarrolla en contrato de concesión y por permisos para exploración y explotación. Su trámite cuenta con los siguientes pasos básicos:

a) Presentación de la solicitud (Arts. 45 y ss. del D. 1275/70).

b) Admisión u orden de publicación (Arts. 65 y ss. D. 1265/70. 1o. y 2o. D. 1260/78).

c) Trámite de oposiciones, si las hay (Art. 192 y ss. D. 1275/mod. Art. 32 D. 2182/72).

d) Otorgamiento (Art. 70 D. 1275/70)

e) Entrega material de la zona (Arts. 71 D. 1275/70, 12 D. 218 de 1972, 1o. D. 2727/79).

f) Período de exploración por dos años prorrogables a un año más y amojonamiento o delimitación de la zona que se va a explotar (Art. 74 y ss. D. 1274/70);

g) Contrato de concesión para la explotación (Art. 87 y ss. ibídem)

h) Período de montaje de la mina (dos años prorrogables a un año más)

i) Período de explotación por el término de 30 años (Art. 100 ibídem).

"Los permisos de exploración y explotación:

"Los artículos 135 a 159 del Decreto 1275, con las modificaciones y adiciones posteriores estipulan todo lo referente al sistema de exploración y explotación de las minas de propiedad de la nación por medio de los permisos. Sus principales características son: el área es hasta de 250 hectáreas (en las licencias hasta 1.000 hectáreas); su duración es de 5 años prorrogables a 5 más y dentro de su vigencia se adelantan simultáneamente las labores de exploración y explotación (la licencia es solo para la exploración); los informes deberán ser presentados semestralmente; se puede convertir en concesión y las licencias o concesiones tienen un derecho preferencial sobre el permiso.

"Por lo demás, algunos términos en su trámite, son un poco más cortos y es similar con las licencias en lo referente a oposiciones, entrega de la zona y algunos otros aspectos". (Velásquez J. Douglas. El Estatuto Minero. Comentarios y glosas. 1978).

"Ahora bien, el artículo 1o. de la Ley 61 de 1979 tuvo como finalidad dejar la exploración y explotación del carbón mineral de propiedad de la nación solamente por el sistema de aporte, que consiste en el otorgamiento de las zonas carboníferas en favor de empresas comerciales e industriales del Estado, para que éstas las exploren y exploten por sí mismas o con particulares mediante contratos de asociación, operación, administración, delegación, etc. (Arts. 160 y ss. del Decreto 1275 de 1970); ello debido a la importancia básica que para el desarrollo económico nacional y energético tiene este mineral.

"Las normas legales relativas a los aportes se pueden resumir así:

"Están supeditadas al sistema de aporte: las áreas carboníferas que hayan sido sometidas a reserva especial del Estado; las descubiertas por entidades oficiales; las de piedras preciosas o semipreciosas; las minas cuyos titulares opten por este sistema de acuerdo con el artículo 14 de la Ley 20/69; las que

hayan sido objeto de concesiones, permisos o adjudicaciones que a juicio del Ministerio tengan importancia básica para la economía nacional y cuyos interesados acuerden someterse a este régimen; las que sean objeto de propuestas y solicitudes en trámite que a juicio del Ministerio tengan importancia básica para el desarrollo económico nacional y cuyos titulares opten por este régimen. (Art. 30 Decreto 1275 de 1970).

"Las zonas objeto de aporte tienen forma y extensión predeterminada por la ley.

"El aporte se hace por toda la vida económica del yacimiento pero caduca por las mismas causales de las licencias y concesiones.

"Los beneficiarios de aportes están obligados a presentar informes de exploración, montaje y transformación al Ministerio de Minas.

"Para la ejecución de las labores técnicas mineras dentro de este sistema, las empresas industriales y comerciales del Estado tienen total amplitud para acordar con los particulares las condiciones de la negociación, las cuales serán sometidas a la previa aprobación del Ministerio de Minas y Energía (Art. 27 D. 2182/72), en ellas se establecen las normas relacionadas con las participaciones, utilidades, dirección de operaciones, sistemas de control y vigilancia de las minas, y en general se adoptan las regulaciones que garanticen el adecuado aprovechamiento de los recursos, que los haga económicamente aprovechables a los particulares y dejen una ganancia al Estado.

"La norma acusada faculta al Ministerio de Minas y Energía para que proceda de plano y por resolución motivada a desanotar y archivar todos los negocios, solicitudes y propuestas para explorar y explotar carbón, distintas de las enumeradas en el artículo 4o. de Decreto 1155 de 1980. El artículo 1o. de la Ley 61 de 1979 exceptúo expresamente las áreas que no estarían comprendidas para ser exploradas y explotadas por el sistema de aporte o sea aquellas sobre las cuales previamente se habían constituido derechos adquiridos en favor de sus solicitantes o beneficiarios como son la de los permisos y licencias otorgados, la de los contratos de concesión perfeccionados y las que se hubieran estado explotando antes de la vigencia del Decreto 2533 de 1973, con la condición de que las continúen explotando al inicio de la vigencia de la mencionada ley; sin embargo, nada dijo la norma respecto a los permisos, licencias y propuestas que estuvieran en trámite, o sea en cualquiera de los pasos procesales anteriores al otorgamiento (presentación, admisión, publicaciones, oposiciones), pero tampoco en parte alguna dispuso facultades en favor del Ministerio de Minas y Energía para cancelar, desanotar y archivar los negocios, solicitudes o propuestas que en tales circunstancias se encontrarán al entrar en vigencia la ley nueva, como exorbitante, arbitraria y extralimitadamente lo dispuso la norma acusada. No se puede afirmar con todo certeza que este fue el "querer del legislador" ni que ello se deduce del espíritu de la norma reglamentaria, ya que si así lo hubiera pretendido, del mismo modo lo habría dispuesto en su sabiduría, sin dejarlo a la interpretación restrictiva e infundada del reglamento.

"Si estudiamos desprevenidamente en conjunto la Ley 61 de 1979, encontramos que el legislador deja la exploración y explotación de carbón de propiedad de la nación solamente por el sistema de aporte, entendiendo que

algunas áreas ya estaban otorgadas, perfeccionadas y comprometidas por los sistemas que imperaban antes de su vigencia, las excepcionó, respetando intrínsecamente aquella en que existen solicitudes en trámite pues de acuerdo con los principios generales del derecho, deberán proseguir hasta su culminación o sea hasta el otorgamiento de las licencias y permisos, y suscripción de los respectivos contratos de concesión, si se cumple por sus beneficiarios con los requisitos y condiciones que las normas legales y el proceso administrativo le imponen; tal interpretación es irrefutable puesto que mal podría pretender la ley desconocer los derechos de los solicitantes para continuar con su diligenciamiento ya que fueron impetradas con anterioridad a la implantación del nuevo sistema.

"De ahí se deduce claramente la inconstitucionalidad de la norma acusada, pues se excedió al no limitarse a su objeto principal de hacer eficaz, activa y operante la norma superior, sino que so pretexto de ejercer la potestad reglamentaria introduce una nueva norma consistente en la *terminación, cancelación y archivo de los negocios en trámite*, que no contempla ni se interpreta de la ley, restringiendo evidentemente a los beneficiarios el derecho a seguir con el trámite de sus solicitudes en la forma como estaba prevista y descrita en la ley anterior, hasta su definición.

"Al respecto ha dicho la Corte:

"Solicitar es 'pretender o buscar una cosa con diligencia y cuidado' según definición del Diccionario de la Lengua. Quien solicita autorización del Estado para explorar o explotar áreas de carbón, lo que pretende o busca es precisamente el otorgamiento de aquélla y la entrega de ésta, últimos momentos del procedimiento legalmente establecido, o del proceso, como lo llama la demanda, con el sentido de proceso administrativo en la connotación amplia del término. A este propósito cabe hacer la siguiente distinción: si bien es cierto que la sola formulación de una solicitud en esta clase de negocios jurídicos no es suficiente para dar origen a derechos adquiridos según se ha visto ello no significa que en virtud de la nueva situación creada por la Ley 61 de 1979 las actuaciones ya iniciadas según el régimen legal anterior hayan de quedar inconclusas, pues el solicitante que en tal caso se hallare tiene evidente derecho a que se prosiga el trámite de su asunto hasta el momento en que el Estado, en este caso el Ministerio de Minas y Energía, resuelva la petición no en la forma obligatoriamente favorable a la solicitud, como lo pretende la demanda con el argumento de que el tiempo futuro de los verbos utilizados por el legislador en las disposiciones pertinentes tiene siempre carácter imperativo, sino como lo determine la ley vigente en el momento de la resolución. De tal manera quedará a salvo el derecho de los solicitantes cuyas peticiones estuvieren aún pendientes de la decisión oficial a reclamar contra ésta por la vía contencioso administrativa, toda vez que no se ajuste a las exigencias de la ley que deba aplicarse o que en alguna forma resulten vulnerados sus derechos provenientes de causas distintas" (sentencia en demanda de inexequibilidad contra el artículo 1o. de la Ley 61 de 1979, sobre la Industria del Carbón. Demandante Douglas Velásquez Jácome. Radicación 821. Magistrado ponente. Dr. Carlos Medellín, 2 de febrero de 1981).

"Lo sostenido por la Corte en la sentencia aludida tiene su fundamento en la aplicación de los principios generales del derecho procesal y en el efecto de

la ley procesal en el tiempo, imputables al procedimiento administrativo minero para la exploración y explotación de las minas de propiedad de la nación, según el artículo 290 del Decreto 1275 de 1970 que ordena en tales trámites administrativos observar las reglas del procedimiento judicial compatibles con la naturaleza de aquellos a fin de llenar los vacíos que puedan presentarse. Es principio general del derecho que la ley procesal aplicable es la vigente en el momento que el respectivo derecho se ejercita, lo que equivale a decir que la ley nueva solo tiene vigencia para los hechos ocurridos a partir de su promulgación.

"Se tiene en cuenta no el momento en que nace el derecho, sino el momento en que se le pone en acción" (Devis E.) Por ello, si se había ejercitado un derecho procesal de acuerdo con la ley anterior y al entrar a regir la nueva ésta lo suprimió, no es posible suspender o terminar el reconocimiento previa y anteriormente impetrado pues se estaría dando carácter retroactivo al imperio de la ley nueva en contra de la estabilidad del orden jurídico. Cuando hay un cambio de los sistemas procesales, se encuentran situaciones ya consumadas y otras iniciadas, en trámite, que venían regiéndose por la ley anterior que deben continuar necesariamente hasta su culminación, sin ser dado interrumpirlas y terminarlas exabruptamente. Así por ejemplo, si la ley procesal suprimiere el proceso declarativo de pertenencia para la adquisición del dominio por prescripción o lo sustituyera por otro diferente, ello no podrá interpretarse como que quienes estén tramitando ante los juzgados este tipo de procesos se queden sin definirle sus pretensiones archivándose sus negocios. De tal tamaño es la absurda norma demandada.

"A este respecto ha dicho la Corte:

"Es hoy verdad inconcusa que la ley procesal, entendida como la que regula la actividad jurisdiccional en el proceso y la que fija los derechos y las obligaciones que emanan de éste, si bien es en principio de aplicación inmediato no tiene sin embargo carácter retroactivo. La necesidad de darle estabilidad al orden jurídico reclama la irretroactividad de la ley procesal.

"Ocurre, empero, que como el proceso se integra por una serie concatenada o sucesión de actos que es preciso analizar por las partes y por el juez para que llegue a su fin, cuando existe un cambio de legislación procesal la aplicación de las nuevas disposiciones suscita evidente dificultad. Tal ocurrencia ha llevado a la doctrina a estudiar el problema, para darle claridad, partiendo del supuesto necesario de distinguir entre los hechos consumados, los pendientes y los futuros.

"Tratándose de procesos terminados, tramitados bajo el imperio de la legislación anterior, sus efectos, son intangibles; en el caso de procesos no iniciados o futuros, se regulan por la ley nueva aun cuando el litigio se refiera a hechos acaecidos antes de su vigencia; y finalmente, *cuando se trata de procesos pendientes o en curso al advenimiento de la nueva normación positiva, son intangibles los actos procesales ya surtidos y sus efectos*, pero los preceptos nuevos vendrán a regular los actos futuros. Como la nueva ley no se aplica a los derechos procesales realizados antes de que ella entre en vigor los efectos que a ellos atribuye la norma jurídica entonces imperante continúan subsistiendo y

por ende su eficacia no puede desconocerse so pretexto del cambio de legislación" (C.S. de J. Sentencia de 22 de agosto de 1974).

"Establece el artículo 7o. de la Ley 20 de 1969; que viola también la norma acusada:

"Declárase de utilidad pública y de interés social la industria minera en sus ramas de exploración, explotación, beneficio, transporte y procesamiento, y como motivos de la misma naturaleza el desarrollo inmediato y eficiente de cualquiera de estas actividades, y la demora o renuencia de los interesados a reajustar los contratos en trámite a las disposiciones legales y reglamentarias vigentes en el momento de elevarlos a escritura pública.

"El Gobierno podrá decretar, oficiosamente o a solicitud de parte, la expropiación de los derechos que se tengan sobre las minas y cualquiera otra expropiación que sea necesaria para la inmediata iniciación de las explotaciones, o para aumentar la producción en beneficio de la economía nacional.

"En las expropiaciones de derechos originados en solicitudes y propuestas en trámite, la indemnización comprenderá únicamente el monto de las inversiones debidamente comprobadas que se hayan realizado en la exploración y explotación del respectivo yacimiento y los intereses legales desde el momento en que ellos se hubieren causado, previa deducción del valor de los minerales extraídos.

"Las solicitudes y propuestas de concesión están en trámite mientras el respectivo contrato no sea elevado a escritura pública. Antes de iniciar la expropiación, el Gobierno, con la intervención de la Contraloría General de la República y la aprobación del Consejo de Política Económica, podrá acordar con los solicitantes y proponentes el valor de las inversiones realizadas y de los intereses causados, y pagar las sumas correspondientes".

"De esta norma se deducen los siguientes principios generales:

—La Industria Minera goza de una declaración de utilidad pública y de interés social en todas sus ramas o actividades, tales como la exploración y explotación.

—Determina y define concretamente un derecho en favor de los beneficiarios "Originados en solicitudes y propuestas en trámite".

—Faculta al Gobierno para decretar la expropiación de los derechos que se tenga sobre las minas y por ende sobre las áreas mineras y sobre las solicitudes en trámite.

—Pero establece que las solicitudes y propuestas en trámite sólo podrán desconocerse mediante la expropiación, ateniéndose al procedimiento legal establecido para ello y mediante el pago previo de las correspondientes indemnizaciones, por el mismo hecho de los derechos que estas encierran.

—Determina que las solicitudes y propuestas están en trámite mientras no sea elevado a escritura pública el respectivo contrato de concesión.

"Así mismo, el artículo 30 del Decreto 1275/70 somete al régimen del aporte las minas "que sean objeto de propuestas y solicitudes en trámite, que a

juicio del Ministerio de Minas tengan importancia básica para el desarrollo económico nacional y cuyos titulares opten por este régimen", ello quiere decir que para variar el sistema de exploración y explotación de las minas de carbón escogido por los solicitantes, cuando las solicitudes estén en trámite o sea no otorgada, es necesario consultar la voluntad del respectivo titular o beneficiario para que aquel decida cuál elige o escoge, de donde se deduce que si éste prefiere continuar con el régimen de licencia y concesión no podrá serle modificado pues la ley le ha discernido un derecho que la norma en mención ordena respetarle.

"Se viola el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

"Entonces, ha sido la misma ley la que anticipadamente le ha otorgado a las solicitudes y propuestas en trámite un carácter de derecho inalienable que la norma acusada injurídicamente desconoció, contrariando no solo el Art. 120 No. 3 de la C.N. sino el principio general irrefutable del derecho de garantía legal y respeto a los trámites y procesos iniciados bajo el imperio de la ley anterior en razón de que las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores "desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieran empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieran iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación". En concordancia con ello, la norma nueva no está válidamente facultada para ultimar el trámite del proceso gubernativo de las solicitudes y permisos que se venían adelantando bajo el imperio de la ley anterior para consagrar aptitudes jurídicas en favor de sus solicitantes y beneficiarios sobre el área a que se refiere su petición que inquisitivamente los lleva a que se suscriba con ellos, y solo con ellos, el contrato de concesión y el otorgamiento del permiso o de la licencia según el caso, con la condición de que cumplan con las obligaciones instituidas para ello, sin lo cual tales solicitudes le serán, así sí, válidamente canceladas, desistidas y archivadas.

"De tal tenor de imperialidad son las normas procedimentales que estatuyen el trámite y diligenciamiento de las licencias y permisos consagrados en los artículos 38 y siguientes del capítulo III del Decreto 1275 de 1970, y siguientes del Capítulo XI de la misma obra, con las modificaciones de los decretos ya referidos. En tales disposiciones se encuentra el espíritu de obligatoriedad para la administración de cumplir con el procedimiento sin que disponga de ninguna facultad discrecional para variarlo o para abstenerse de continuar con él si así lo merece el beneficiario, de donde *se deduce un derecho a la continuación del trámite* que el reglamento debe prohijar estando impedido de obturar y desconocer sin que se le señale como retroactivo.

"Cabe hacer aquí algunas consideraciones relacionadas con el concepto expuesto por el Consejo de Estado sobre materia análoga contenido en la consulta No. 953 del 20 de febrero de 1975 con ponencia del profesor Luis Carlos Sáchica (Sala de Consulta y Servicio Civil). Se estudia allí el Decreto 2310 del 28 de octubre de 1972 expedido por el Gobierno en uso de las facultades consagradas por el Art. 122 de la C.N., mediante el cual se dispuso que la exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad nacional sería a cargo de Ecopetrol quien podrá llevar a efecto su desarrollo directamente o por medio de contratos de asociación, operación, de servicios, o de cualquier otra naturaleza, distintos de los de concesión, variando así sustancialmente

los sistemas legales que imperaban para tales efectos. En cuanto a los titulares de propuestas en trámite para explorar y explotar hidrocarburos, la norma legal consagró un derecho de preferencia para contratar con Ecopetrol en los términos del nuevo sistema implantado, confiriendo un plazo de tres meses para hacer uso de dicha prioridad, sin lo cual el derecho se perdía definitivamente y con la condición que no hubieren terceros que ofrecieran mejores condiciones. Consideró el Consejo de Estado que la norma no lesiona derecho alguno adquirido o constituido con justo título, por cuanto como lo había admitido la jurisprudencia de la Corte y del mismo Consejo de Estado, "la propuesta o solicitud tiene trámite progresivos, y mientras tales trámites no se hayan llenado en su totalidad los interesados apenas tienen una expectativa".

"En tales condiciones la consulta se dirigía a conocer cómo se debía proceder en la aplicación del decreto referido respecto de los negocios o propuestas de exploración y explotación de petróleos que al entrar en vigencia la nueva disposición se estaban tramitando de acuerdo con la legislación anterior, sobre la cual el consultado plantea un posible vacío legal en cuanto no hubiere regulación especial por parte del derecho extraordinario 2310, vacío "que tendría que ser resuelto por aplicación de normas analógicas o apelando a la costumbre y a los principios generales del derecho, como lo señalan los artículos 4o. y 13 de la ley 153 de 1887", como lo afirma el ponente. A tal efecto encuentra el Consejo de Estado que tal vacío no existe pues el Decreto 2310 contiene una previsión a este propósito según la cual los titulares de propuestas en trámites, con la excepción ya anotada, "gozarán de preferencia para contratar con la empresa Colombiana de Petróleos, en los términos del Artículo anterior", y acogiéndose a lo descrito en el fallo del 9 de noviembre de 1929 de la C.S.J. a más de los fines de utilidad pública que conlleva la exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional, concluye que "mal puede continuarse la tramitación de los asuntos pendientes de perfeccionamiento en 28 de octubre de 1974 sin violar tal disposición. Su continuación contradiría el efecto general inmediato que por razones de utilidad pública debe tener tal norma, al prolongar indebidamente la vigencia de la legislación anterior...".

"Ahora bien, si aparentemente parece que pudiera caber aplicación en el caso sub-judice del criterio doctrinal y jurisprudencial expresado, realmente no es así, por existir fundamentales diferencias de fondo y de sustancia entre los dos asuntos:

"En tal caso del artículo demandado no se trata de una norma legal autónoma e independiente, como lo es el Decreto 2310 de 28 de octubre de 1974 expedido por el Gobierno en uso de las facultades consagradas en el artículo 122 de la C.N., sino de una norma reglamentaria, subsidiaria y dependiente de la principal, que es la ley reglamentada (Ley 61 de 1979), sobre la cual deberá guardar respeto de su letra y de su espíritu, pues como se dijo, el poder reglamentario no es ilimitado, sino sujeto al mismo contenido de la ley sin serle dado el ampliarla o restringirla en sus alcances o disposiciones, respetando el campo reservado exclusivamente al legislador, sin introducir normas nuevas o reglas que hagan más gravosas para los particulares su obligación o que restrinjan sus derechos.

"Se violan los artículos 4o. al 13 de la Ley 53 de 1887:

"Si la ley reglamentada nada dispuso referente a las solicitudes en trámite y de ella no se deduce que puedan quedar terminados en el estado en que se encuentran al entrar en vigencia el nuevo sistema, el reglamento no podrá de motu proprio ir más allá de la letra y del espíritu del reglamentado, ordenando dar por terminado las licencias y permisos en trámite "distintas de las enumeradas en el artículo 4o. de este Decreto", pues ello es contrario a lo preceptuado en el artículo 120 de la C.N. Como no existe una regulación especial en la ley reglamentada, y siguiendo mecanismos propuestos por el mismo H. Consejo de Estado en la consulta 953 (pág. 5) para dilucidar la manera de proceder en tales circunstancias hemos de recurrir, entonces, a la aplicación de normas analógicas, a la costumbre y a los principios generales del derecho, tal como lo señalan los artículos 4o. al 13 de la Ley 153 de 1887, normas violadas con el decreto acusado.

"En cuanto a la aplicación analógica y la costumbre, nuestro derecho minero invariablemente ha acatado y reconocido los derechos de preferencia y continuidad surgidos de las solicitudes y propuestas en trámite formuladas con anterioridad al cambio del sistema para explorar y explotar las minas de propiedad de la nación, de ahí que en tales normas legales es reincidente encontrar la oración: "No obstante lo dispuesto en el artículo (tal), las solicitudes y propuestas formuladas con anterioridad a la vigencia de este decreto, para explorar y explotar minerales continuarán su trámite legal", veamos solamente algunos ejemplos:

"Decreto 2533/73 (sobre reserva especial de algunas zonas carboníferas).

"Artículo 2o. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, las solicitudes y propuestas formuladas con anterioridad al presente decreto, continuarán su trámite hasta su perfeccionamiento, pero los interesados, en ningún caso, podrán impedir o estorbar las labores oficiales de investigación que se realicen en las zonas carboníferas antes descritas.

"Artículo 3o. En adelante no se admitirán ni tramitarán nuevas solicitudes y propuestas para explorar y explotar carbón dentro de las zonas de que trata el artículo primero de este decreto, salvo que sean formuladas por las personas que en la actualidad sean explotadores y circunscriban su petición al área o áreas que estén explotando, siempre con sus solicitudes y propuestas demuestren satisfactoriamente este hecho ante el Ministerio.

"Decreto 769/72 (sobre reserva de áreas mineras para investigación geológico-minera oficiales):

"Artículo 4o. Las propuestas y solicitudes presentadas por particulares para exploración y explotación de zonas que se encuentren incluidas total o parcialmente en las áreas señaladas de acuerdo con el artículo primero de este decreto, podrán ser admitidas y tramitadas hasta su perfeccionamiento.

"Artículo 3o. No obstante lo dispuesto en el artículo primero, las solicitudes y propuestas formuladas con anterioridad a la vigencia de este decreto, para explorar y explotar minerales continuarán su trámite legal, las que se presenten con posterioridad y que versen sobre los minerales que comprende esta reserva, serán rechazadas por el Ministerio de Minas y Energía.

"Decreto 1278/77: (Sobre reserva especial de yacimientos de cobre, molibdeno).

"Artículo 3o. No obstante lo dispuesto en el artículo primero, las solicitudes y propuestas formuladas con anterioridad a la vigencia de este decreto para explorar y explotar minerales, continuarán su trámite legal. Las que se presenten con posterioridad y que versen sobre los minerales que comprende esta reserva, serán rechazadas por el Ministerio de Minas y Energía.

"Decreto 962/77: (Sobre reserva especial de yacimientos de cobre, molibdeno, oro, plata y otros de importancia para el desarrollo de la economía nacional).

"Artículo 2o. Lo dispuesto en el presente decreto se aplicará dejando a salvo las situaciones subjetivas y concretas originadas en la propiedad privada del subsuelo, debidamente reconocida y mientras conserve su validez jurídica o en actos administrativos, tales como licencias, permisos, concesiones, o aportes ya perfeccionados.

"Artículo 3o. No obstante lo dispuesto en el artículo primero las solicitudes y propuestas formuladas con anterioridad a la vigencia de este decreto, para explorar y explotar minerales, continuarán su trámite legal. Las que se presenten con posterioridad y que versen sobre los minerales que comprende esta reserva, serán rechazadas por el Ministerio de Minas y Energía.

"Decreto 2366/77: (Sobre reserva de áreas para investigaciones geológico mineras oficiales en el departamento de Boyacá).

"Artículo 4o. Las propuestas y solicitudes que actualmente estén pendientes de sustanciación y que se superpongan a cualquiera de las zonas que quedan reservadas de conformidad con los Decretos 2095 y 2096 de 1967, 1045 1663, 1665 y 1666 de 1969, y en el presente decreto, podrán continuar su trámite, estudio, admisión y otorgamiento cuando los respectivos interesados, a juicio del Instituto de Investigaciones Geológico Mineras, hayan realizado estudios y trabajos avanzados y adecuados de exploración técnica en el área pedida.

"Decreto 741/79: (Sobre reserva especial de yacimientos para metales básicos).

"Artículo 3o. No obstante lo dispuesto en el artículo primero, las solicitudes y propuestas formuladas con anterioridad a la vigencia de este decreto, para explorar y explotar minerales, continuarán su trámite legal. Las que se presenten con posterioridad y que versen sobre los minerales que comprende esta reserva, serán rechazadas por el Ministerio de Minas y Energía.

"Decreto 856/79: (Sobre reserva especial de yacimiento de cobre, molibdeno y demás metales básicos).

"Artículo 3o. No obstante lo dispuesto en el artículo primero, las solicitudes y propuestas formuladas con anterioridad a la vigencia de este decreto, para explorar y explotar los mencionados minerales, continuarán su trámite legal. Las que se presenten con posterioridad serán rechazadas por el Ministerio de Minas y Energía.

"Decreto 625/76: (Sobre reserva especial para minerales radioactivos).

"Artículo 3o. Lo preceptuado en el presente decreto se aplicará sin detrimento de las situaciones subjetivas y concretas, originadas en la propiedad privada del subsuelo, debidamente reconocida, y mientras conserven su validez jurídica, o en actos administrativos tales como licencias, permisos, concesiones o aportes ya perfeccionados.

"Artículo 4o. No obstante lo dispuesto en el artículo primero del presente decreto, las solicitudes y propuestas formuladas con anterioridad a su vigencia para explorar o explotar los minerales radioactivos mencionados, continuarán su trámite legal, pero los respectivos interesados en ningún caso, podrán impedir o estorbar las labores especiales que de conformidad con el presente decreto el Instituto de Asuntos Nucleares realice en las zonas reservadas".

"Artículo 14. Ley 20 de 1969. Los avisos y denuncias que estén en tramitación al entrar en vigencia la presente ley quedarán sujetos al régimen de la concesión, del aporte o del permiso, a opción del interesado, y en tal carácter se adelantarán con arreglo de los procedimientos que se señale al Gobierno.

"Cabe entonces aquí preguntar: Si las reglas de nuestras instituciones jurídico-mineras sin excepción y reiteradamente han reconocido y respetado, en casos análogos, los derechos de las solicitudes y propuestas en trámite formuladas con anterioridad a la vigencia de la nueva legislación, a pesar de tratarse de minerales mucho más importantes y valiosos para el desarrollo de la economía nacional (carbón, oro, plata, radioactivos) ¿por qué ahora el Art. 6o. del D. 1155 de 1980 contrariando el espíritu de la ley reglada, viene a variar tan asentado criterio? En mi opinión, no existe razón valedera para ello.

"Se puede afirmar sin temor a equivocación, que en derecho minero, es la primera vez que se desconoce los derechos de los beneficiarios de solicitudes y propuestas en trámite cuando ha sobrevenido un cambio fundamental en los sistemas utilizados para la exploración y explotación de las minas; ello puede verse a través de la evolución de las instituciones jurídicas que han regido nuestro derecho minero, siendo así que si consultamos el Código de Minas del Estado Soberano de Antioquia (Ley 127 de 1867) adoptado como Código de Minas para toda la nación por la Ley 38 de 1887, encontramos que para obtener el derecho de exploración y explotación minera era necesario recurrir a un procedimiento detallado en la ley que iba desde el descubrimiento (Cap. IV) aviso y denuncio (Cap. VI), posesión (Art. 44 y ss.), titulación (Cap. VII) instituciones estas que han conservado sus equivalentes en la legislación moderna (Decretos 805/47; 1275/70; 2181/72; 1260/79; 2727/80) así:

"Descubrimiento: exploración preliminar y descubrimiento (Art. 34).

"Aviso y denuncio: solicitud de licencia de exploración (Art. 38).

"Posesión: Otorgamiento y entrega material de la zona (Arts. 70-71).

"Titulación: contrato de concesión (Arts. 93 y ss.) (Decreto 1275 de 1970).

"Tanto el Código de Minas como en legislación vigente han dado al descubridor de la mina un derecho preferente a su adjudicación, titulación y dominio en el primero, como al otorgamiento y suscripción del contrato de conce-

sión, en la segunda, en ambos gozan de los mismos derechos el avisante o descubridor de una mina como el solicitante de una licencia o permiso en trámite.

"En el primer caso, es el derecho de preferencia a que la nación se la adjudique y en el segundo, a que se la otorgue y conceda, siempre mediante el cumplimiento de ciertos requisitos y formalidades expresamente determinados en la ley que son de obligatoria aceptación tanto para la nación como para el denunciante o solicitante. Ese derecho al trámite se hace perfecto cuando el título, en el caso de los avisos, se registraba y con la resolución de otorgamiento de la licencia y suscripción del contrato de concesión.

"El aviso y el denuncio crean ciertamente un derecho que pudiera llamarse inicial, derecho al que por analogía, cabe aplicar las reglas de interpretación contenida en el artículo 28 de la Ley 153 de 1887, según el cual todo derecho adquirido bajo una ley en conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de otra (Res. de marzo 9 de 1912, D.O. 14545 pág. 872).

"El aviso, el denuncio y la posesión no confieren dominio, son diligencias preparatorias y necesarias para la obtención del título, a fin de que éste pueda recaer sobre una extensión determinada de terreno metalífero, sin perjuicio de tercero.

"Es verdad que en consonancia con el Código mencionado, el que dé el aviso de una mina adquiere, por esta sola circunstancia, un derecho a ella, preferente al de toda otra persona; pero tal derecho no es el de propiedad sino el de prelación, para que aquél le sea concedido si cumple con todas las formalidades requeridas por la ley hasta la expedición del título" (G.J., año XXIII, No. 1191, pág. 260).

"De las anteriores transcripciones se encuentra el concepto que regía para el Gobierno y la Jurisprudencia desde comienzos de siglo de respetar el derecho preferente e inicial que tiene quien avise, denuncie o solicite una mina mediante adjudicación, licencias, permiso y concesión, institución jurídica aplicable en nuestros días pues lo que varió fue la forma, más el fin ha seguido siendo el mismo (antes se entregaba la propiedad sobre la mina, se adjudicaba; ahora se da el derecho a su exploración y explotación, y a la apropiación de los minerales explotados).

"Sean H. Magistrados, las anteriores consideraciones, suficientes para demostrar el exceso y la contradicción entre el decreto reglamentario y la ley reglamentada así como la obvia violación de las normas constitucionales aducidas, para que sin más planteamientos se decrete la nulidad del artículo 6o. del Decreto 1155 de 1980, así como la declaratoria de invalidez y aplicación de los actos que con base en ella se hubieren expedido" (fls. 2 a 18).

III. CONSIDERACIONES SOBRE LA CONTROVERSIA

Como se observa fácilmente el demandante finca la nulidad del artículo decretal demandado, en el desconocimiento que hace, so pretexto de reglamentar la Ley 61 de 1979, de las situaciones jurídicas concretas contenidas en las actuaciones, en trámites, al momento de entrar en vigencia la referida ley.

Dispone el artículo 6o. impugnado:

"El Ministerio de Minas y Energía procederá de plano y por resolución motivada a desanotar y archivar todos los negocios, solicitudes y propuestas para explorar y explotar carbón distintas de las enumeradas en el artículo cuarto de este derecho.

"Los interesados podrán pedir el desglose y entrega de los documents técnicos que hubieren presentado en dichos asuntos".

Expresa el artículo 4o. del mismo decreto:

"Artículo 4o. Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo primero de este decreto:

a) Las áreas objeto de permiso para explorar y explotar carbón o de aquellos en los cuales el carbón haya sido objeto de la explotación y que hayan sido otorgados por medio de resolución proferida antes del 25 de enero de 1980.

b) Las áreas objeto de licencias de exploración de carbón cuya resolución de otorgamiento se hubiere proferido antes del 25 de enero de 1980.

c) Las áreas carboníferas que habiendo sido exploradas técnicamente con base en una licencia de exploración deban ser concedidas por contrato, para ser explotadas en razón de que sus titulares ejerciten la facultad que les confieren los artículos 81, 82 y 83 del Decreto 1275 de 1970.

d) Las áreas que habiendo sido explotadas con base en permisos sobre carbón deban ser concedidas por contrato en virtud del derecho preferencial que a sus titulares otorga el artículo 23 del Decreto 2181 de 1972.

e) Las áreas objeto de contratos de concesión para explotar carbón perfeccionados antes del 25 de enero de 1980.

f) Las áreas carboníferas objeto de solicitudes en licencias o permisos o de propuestas de concesión, cuyos interesados acrediten en forma fehaciente haberlas estado explotando desde antes del 11 de diciembre de 1973 y que continuaban explotándolas el 25 de enero de 1980.

"La concepción contemplada en este literal se refiere a solicitudes y propuestas correspondientes a áreas dentro de las cuales se realice por el interesado la explotación del carbón en forma ostensible y efectiva. Para la viabilidad de esta excepción el Ministerio de Minas y Energía, antes de continuar el trámite del negocio, realizará de oficio una visita a dichas áreas y con base en ella, resolverá si se adelanta o rechaza la solicitud o propuesta".

Lo anterior implica que para decidir, en derecho, el problema planteado por el libelista, no puede argumentarse, en forma simplista, sobre los complejos fenómenos jurídicos que la demanda plantea, sino que es necesario dejar claramente establecidas la definición y la naturaleza de los derechos adquiridos o las situaciones jurídicas concretas frente a la norma nueva.

A. DERECHOS ADQUIRIDOS Y RETROACTIVIDAD DE LA LEY

1. Dispone el artículo 30 de la Constitución Política Colombiana, en forma idéntica, en su primera parte, desde la Constitución de 1886 (artículo 31) y

adicionada en su segunda parte por el artículo 10 del Acto Legislativo No. 1 de 1936, lo siguiente:

"Artículo 30. Se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por las personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

"La propiedad es una función social que implica obligaciones.

"Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa.

"Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara (Acto Legislativo núm. 1 de 1936, Art. 10)".

Conforme, pues, a esta norma, salvo las excepciones contempladas en la misma disposición constitucional, la ley no puede violar, *"los derechos adquiridos"* sin ser inexequible.

2. Dice el doctor Eduardo Zuleta Angel (Derechos Adquiridos, Editorial Cromos, página 28):

"25. Para fijar el alcance y determinar el sentido exacto del artículo 2o. del Código Civil francés, conforme al cual 'la ley no dispone sino para el futuro y no tiene efecto retroactivo', los comentadores idearon la distinción entre 'derechos adquiridos' y 'meras expectativas'.

"Pero, por una parte, han sido muchas y muy distintas entre sí las definiciones que se han dado de 'derecho adquirido', y por otra parte, se ha expuesto de muy distintas maneras la relación entre el concepto mismo de la retroactividad y la noción de 'derecho adquirido'.

"En otros términos; aparte de las divergencias en las definiciones, de las cuales me ocuparé más adelante, las teorías de los expositores difieren en cuanto al modo de relacionar el concepto de retroactividad con el 'derecho adquirido'.

"La ley —dijeron unos— es retroactiva cuando vulnera derechos adquiridos. Si se limita a cambiar o destruir meras expectativas, puede o no ser retroactiva, según sea la expectativa de que se trate (Toullier-Du Verger. Vol. I, 6a. Ed. pág. 70).

"En general —dijeron otros— toda ley nueva se aplica aún a las situaciones o relaciones jurídicas establecidas o formadas antes de su promulgación, pero este principio, que es una consecuencia de la soberanía de la ley y de la preeminencia del interés general sobre el interés particular, debe cederle el campo a la regla contraria de la no retroactividad de la ley en los casos en que la

aplicación de aquél implique lesión de derechos adquiridos por los particulares en lo concerniente a su estado o a su patrimonio (Aubry et Rau I, 57).

"La ley antigua —se dijo después— rige, ella sola, los actos jurídicos que bajo su imperio se realizaron definitivamente con todos sus efectos; la ley nueva rige, en cambio, con exclusión de la antigua, los actos que aún no habían comenzado bajo el imperio de ésta. Pero ¿qué se hace si se trata de un acto jurídico cumplido bajo el imperio de la ley antigua y que produce consecuencias bajo el imperio de la ley nueva? El interés social exige que se aplique la ley nueva no solamente a los hechos futuros que se producen sin ninguna relación con un hecho anterior sino también a los hechos futuros que se derivan de hechos pasados, pero ésta aplicación encuentra su límite allí donde se presenta o existe un derecho adquirido. O en otros términos: las leyes nuevas deben aplicarse a las consecuencias (de hechos pasados) posteriores a la promulgación de aquéllas, a menos que esa aplicación lesione derechos adquiridos (Baudry Lacantinerie y Houques - Fourcade, Champeau y Uribe).

"Ya antes se habían formulado las siguientes reglas sobre la relación entre el concepto de retroactividad y el de 'derecho adquirido': a) la ley nueva se aplica no sólo a los derechos futuros que se producen sin ninguna relación con un hecho anterior, sino también a los hechos futuros que son consecuencia de hechos anteriores; b) una ley nueva no puede ser aplicada para vulnerar derechos adquiridos; c) si una ley nueva menoscaba o disminuye derechos adquiridos antes de su promulgación, esa ley sería retroactiva; d) pero si la ley nueva se limita a menoscabar o disminuir simples eventualidades o nuevas expectativas que no tengan el carácter de derechos adquiridos, no se podría decir que aquella es retroactiva.

"26. Por otra parte, cuando ya la distinción entre derechos adquiridos y meras expectativas parecía haberse impuesto definitivamente como criterio de interpretación del artículo 2o. del Código Francés, se dijo que esta fórmula, considerada ya como clásica, era falsa, insuficiente, inexacta, y mal fundada. Se alegó, en apoyo del rechazo que de ella se hizo, la circunstancia de que a través de un siglo no se había podido dar una definición satisfactoria de 'derecho adquirido'. Y se preconizaron entonces otras teorías sobre la cuestión de la irretroactividad de la ley (Vareilles -Sommieres, Planiol, Colin et Capitant).

"Pero no para ahí la cosa, las fórmulas que entonces se propusieron han sido después a su vez objetadas y revaluadas y en reemplazo de ellas han surgido otras teorías (Bonnecase, Paul Roubier).

"27. Con razón decía Merlin, desde comienzos del siglo pasado, que no había en la ciencia del derecho un problema más difícil que el de la no retroactividad de la ley. Y eso que cuando el gran expositor lanzaba tal concepto no era posible siquiera sospechar que con el correr de los años se preconizarían tantas y tan contrarias teorías y se formularían tantas y tan distintas definiciones.

"Por lo hasta aquí expuesto se ve fácilmente que la cuestión es ardua; que ensayar una nueva definición de 'derecho adquirido' es una empresa aventurada y hasta necia; que no es posible improvisar teorías sobre la materia sin caer

en el riesgo de incurrir en graves errores y de proclamar, como novedades, opiniones ya revaluadas y rectificadas; que no es dable dictaminar acerca de un asunto cuya elucidación depende de la definición de 'derecho adquirido' sin un previo profundo estudio; que sería ineficaz apoyar las tesis que se han formulado en una sola de las muchas opiniones que sobre el particular se han expuesto, y finalmente, que si se quiere tener una idea clara, completa, científica y precisa sobre el debatido asunto de los derechos adquiridos es menester estudiar todo el proceso del desarrollo de la doctrina jurídica sobre irretroactividad de la ley, comenzando por la obra del célebre jurisconsulto Blondeau, quien, muy poco después de dictado el Código de Napoleón (y contra lo que esperaba el Primer Cónsul, quien creyó que su obra era lo suficientemente perfecta para que su aplicación no ofreciera dificultades), dio a la estampa su famoso y comentado "Ensayo sobre lo que se llama efecto retroactivo de la ley", en el cual se formuló por primera vez la distinción entre 'derechos adquiridos' y expectativas.

"28. Fue en 1809 cuando Blondeau publicó su famosa teoría sobre el efecto retroactivo, en la cual la crítica moderna ha visto el origen, el esbozo de las doctrinas preconizadas por los modernos tratadistas de derecho público sobre el mismo asunto.

Blondeau engloba en la noción fundamental de 'esperanza' (attente), tanto el concepto de 'derecho adquirido' como el de 'expectativa'. Para él lo mismo se llama 'esperanza' la que tiene, por ejemplo, el propietario de seguir aprovechándose de las ventajas inherentes a su derecho de dominio, que la que tiene el sujeto que ha visto realizarse un acontecimiento del cual, según las disposiciones de la ley vigente, debe resultar en su favor algún derecho, aun cuando para esto sea menester que todavía se realice un determinado segundo acontecimiento.

"Comienza observando que toda ley nueva encuentra al nacer 'esperanzas' (attentes) formadas de acuerdo con la ley antigua; afirma que esas 'esperanzas' merecen ciertas consideraciones y que no pueden ser burladas sin que se produzca algún mal; reconoce, sin embargo, que en algunos casos la misma utilidad social exige que se pase por encima de ellas, pero advierte que hay esperanzas que no podrían vulnerarse sin inconvenientes tan graves que, en el orden natural de las cosas, sería casi imposible que esos inconvenientes no fueran mayores que aquellos que se pretende evitar con la aplicación inmediata y absoluta de la ley nueva, y llega así a reducir el problema, en conjunto, a la distinción entre las esperanzas que no deben ser desconocidas ni violadas y aquellas que sólo tienen una importancia pequeña en comparación con los motivos poderosos que imponen la inmediata reforma legislativa.

"¿Pero cómo distinguir las unas de las otras? ¿Cuándo el mal de destruir esperanzas formadas bajo la ley antigua es menor que el de conservarle a esa ley, reconocida ya como mala, su perjudicial imperio?

Aquí es donde entra en juego, como elemento importantísimo de apreciación, la distinción entre *'derecho efectivo'* y *'simple derecho de adquirir'* o *'simple aptitud'*, sea *'facultad propiamente dicha'* o sea *'expectativa'*.

"De cómo esta segunda distinción viene, en la teoría de Blondeau, a ser elemento integrante del criterio sobre retroactividad, lo dirán las siguientes *'observaciones'* que dan una clara idea de su teoría:

"*Primera observación.* La esperanza de adquirir un derecho efectivo es tanto más débil cuanto más lejano y más incierto sea el acontecimiento del cual dependa la realización de ese derecho. Por consiguiente, el mal de destruir un 'simple derecho de adquirir', o en otros términos, una 'simple aptitud', ya sea 'facultad' propiamente dicha o ya sea 'expectativa' (mal siempre menor que el de arrebatar un 'derecho efectivo', o sea un derecho cuyo ejercicio produce beneficios reales) será tanto menor cuanto más difíciles, más raros y más inciertos sean los acontecimientos necesarios para que la aptitud o derecho de adquirir se transforme en derecho efectivo. Hay que agregar que si un derecho efectivo está subordinado a un término antes del cual no puede ejercerse, se asemeja por esta a las simples aptitudes, puesto que es posible que el titular fallezca antes de que el término venza.

"*Segunda observación.* Pero en general, cuando un derecho de adquirir no sólo sea trasmisible a los herederos sino que esté en el comercio, esta doble circunstancia le da los caracteres de un derecho efectivo, puesto que puede considerársele como el equivalente de un derecho actual a la suma por la cual podría ser vendido. Si solamente es trasmisible a los herederos, merecerá menos consideraciones que si estuviera en el comercio, pero sin embargo, será más digno de respeto que si fuera inseparable de la persona, atendido el sentimiento natural que prolonga nuestra sensibilidad más allá de nuestra existencia. En uno u otro caso, el alejamiento del término debe tenerse en cuenta: si el derecho está en el comercio, tendrá un valor tanto menor cuanto más alejado esté el término, y si el derecho es intransmisible, la esperanza será más débil según que el término esté más lejano y según que el titular tenga menos años de vida probable.

"*Tercera observación.* La esperanza de conservar un 'derecho efectivo continuo', que se había adquirido ya y que se había comenzado a ejercitar, es más importante que la de aprovechar un 'simple derecho efímero'. Ella merece por lo demás, más o menos consideraciones según la naturaleza del derecho continuo de que se trate; en efecto hay derechos cuyo valor depende casi exclusivamente de la certidumbre de su duración; los beneficios que ellos procuran actualmente son proporcionados a la esperanza que antes se tuvo de ejercerlos ahora, y a la esperanza que todavía se tiene de continuar ejerciéndolos; tal es esencialmente el derecho de propiedad, y en general todos los derechos continuos relativos a las cosas sometidas a la propiedad de los particulares. Los beneficios sucesivos que procuran otros derechos continuos, son, por el contrario, más independientes los unos de los otros y la utilidad que esos derechos ofrecen no se aumenta con la esperanza que se tuvo antes de ejercerlos ahora ni con la esperanza que se tiene hoy de ejercerlos en el futuro.

"*Cuarta observación.* Un derecho cualquiera merece más consideraciones cuando resulta de una convención que cuando resulta de cualquier otro acontecimiento investitivo.

"*Quinta observación.* Las restricciones impuestas por una ley nueva a ciertos derechos herirán menos si se trata de satisfacer las necesidades del

Estado que si se trata simplemente de favorecer otros particulares, y en general una esperanza establecida cederá con tanta mayor facilidad cuanto más útil y más conforme con las ideas comúnmente admitidas sea la innovación que destruye tal esperanza.

"*Sexta observación.* El mal de cambiar los efectos de un acontecimiento investitivo ya realizado será tanto más grave cuanto mayor sea el número de acontecimientos investitivos a los cuales haya servido aquél de base y cuanto más importante y más complejo sea el derecho destruido o el estado modificado.

"*Séptima observación.* La esperanza formada en virtud de una ley oscura es ordinariamente débil y se encuentra combatida por esperanzas contrarias.

"*Octava observación.* La esperanza fundada en el tenor literal de la ley, cuando dicho tenor no se conforma con la intención del legislador, debe sacrificarse a la esperanza contraria que se funda de dicha intención.

"*Novena observación.* La esperanza es menos débil cuando se funda en el silencio del legislador que cuando se funda en ley expresa".

"Como se ve, Blondeau hace la distinción entre el *'derecho efectivo'*, por una parte, y la *'facultad'* y la *'expectativa'* por otra, y esta distinción le sirve como elemento importantísimo para distinguir a su vez las esperanzas inviolables de aquéllas que no lo son.

"Es cierto que tanto la noción de *'derecho adquirido'* como la de *'expectativa'* quedan en cierto modo englobadas en la noción de esperanza; es cierto también que la distinción entre las *'esperanzas inviolables'* y las que no lo son, no corresponde siempre a la distinción entre el *'derecho efectivo'* y la *'facultad'* o *'expectativa'*; es cierto, asimismo, que, al propio tiempo que asevera que en muchos casos la simple expectativa no puede ser destruida, admite que en casos excepcionales la ley puede modificar el ejercicio de un derecho efectivo; pero no es menos cierto que en todo caso la distinción entre *'derecho efectivo'* y *'facultades'* o *'expectativas'* se encuentra establecida en el "ensayo" de Blondeau y que esa distinción juega un papel importante en su teoría sobre el efecto retroactivo.

"29. Fue un ilustre contemporáneo de Blondeau —el gran jurisconsulto Merlin— quien dio sobre *'derecho adquirido'* la definición que había de ser más constantemente repetida y comentada.

"Los derechos adquiridos —dijo Merlin— son aquellos que han entrado a nuestro patrimonio, que hacen parte de él y que no pueden sernos arrebatados por aquel de quien los hubimos' (Sont Ceux qui sont entrés dans notre domaine, qui en font partie et que ne peut plus nous otercelui de qui nous les tenons). (Repertorio, effet retroactifs, Sección III, parágrafo 1).

"Esta definición es deficiente, inexacta e incompleta, como lo ha reconocido la mayor parte de los expositores modernos.

"Wahl observa con justicia que debería ser suprimida la proposición final porque ella parece dar a entender que los derechos no pueden ser adquiridos sino en virtud de una convención. Baudry Lacantinerie y Houques Fourcade

anotan con razón que hay casos en que la persona de quien se hubo el derecho puede reducirlo a la nada, y sin embargo, se trata de un derecho adquirido, como en el caso de un crédito subordinado a una condición potestativa de parte del deudor. Huc trata de imprecisa la definición de Merlin: "¿Cuál es el signo revelador del derecho adquirido? He ahí el punto capital que la definición de Merlin no pone de relieve'. Con no menos severidad la comenta Fiore: 'Tal definición es muy vaga y general... ¿Cuándo se debe considerar, en efecto, como parte de nuestro patrimonio un derecho? ¿Cuándo proviene el derecho de la ley? ¿Cuándo puede ser y cuándo no quitado por una ley posterior? Nada de esto resulta de ella; por lo tanto la definición no es inexacta, pero, por ser demasiado general, degenera en vaga e indeterminada'. (Wahl, Repertorio de Carpentier, Lois, No. 548; Hue, De la irrectroactividad e interpretación de las leyes, No. 26, Cap. I, Sección I).

"A lo dicho por tan ilustres jurisconsultos contra la definición de Merlin, puede agregarse que ésta, lejos de constituir un 'medio' de distinguir el derecho adquirido, se limita a indicar de modo impreciso e inexacto los 'resultados' de los derechos adquiridos de cierta clase.

"30. Es de advertirse que Merlin no contrapone a la noción de *'derecho adquirido'* la de *'mera expectativa'*.

La expectativa, que para él es la esperanza que se tiene, fundada en un hecho pasado o en un estado actual de cosas, de gozar de un derecho cuando éste se abra, puede, a juicio de Merlin, estar o no, según el caso, fuera del alcance de la ley nueva. Esta no puede pues en todos los casos desconocer, destruir o vulnerar expectativas. Depende de la naturaleza del hecho o de la naturaleza del estado de cosas que le dio origen.

"Así, a la regla formulada por Merlin de que los derechos adquiridos no pueden en ningún caso ser vulnerados por leyes posteriores, no corresponde, en la teoría del célebre jurisconsulto, la regla contraria de que las meras expectativas sí pueden ser desconocidas o destruidas por una legislación ulterior.

"Pues es de advertir que Merlin incurre en una contradicción cuando después de asegurar, en forma explícita y repetida, que la ley no es retroactiva, que no puede ser retroactiva sino cuando vulnera derechos adquiridos y que no hay retroactividad allí donde los derechos adquiridos se respetan, admite que hay expectativas (de las que, según él mismo, no pueden considerarse como derechos adquiridos) que están fuera del alcance de la ley nueva, como en el caso de una asignación condicional.

"De todo lo anterior resulta que tampoco Merlin tuvo ideas muy claras sobre el asunto; que su aporte a la doctrina, evidentemente apreciable, no merece tal vez los elogios que le prodiga Bonnecase cuando afirma que con la disertación de Merlin se vio de un golpe fundada en toda su amplitud la teoría de los derechos adquiridos y de las meras expectativas.

"31. No fue más feliz al definir el derecho adquirido Chabot de L'Allier, quien por la misma época publicó su obra titulada "Questions transitoires sur le Code de Napoleon".

"Es derecho adquirido —dice Chabot— aquel que había sido irrevocablemente conferido y definitivamente adquirido antes del hecho, del acto o de la ley que se le pretende oponer para impedir el pleno y entero goce de él.

"Con justicia observa Fiore que esta definición es inexacta porque considera la irrevocabilidad como elemento constitutivo del derecho adquirido, siendo así que se puede adquirir también un derecho revocable, y que la revocabilidad no altera el carácter de derecho adquirido.

"Don Eugenio Vergara observa que la definición de Chabot deja por resolver cuándo se reputará un derecho irrevocablemente conferido, para que podamos considerarlo como definitivamente adquirido.

"Por mi parte no vacilo en observar que si a la definición se le suprime la inadmisible locución: 'irrevocablemente conferido', queda reducida a una repetición sin sentido".

En su magnífico tratado citado, sigue el Dr. Zuleta con la exposición cronológica de las distintas teorías expuestas sobre lo que debe entenderse por "derechos adquiridos":

a) Valette (Anotaciones a la obra de Proudhon, Tomo 1, páginas 21 y ss.) trata de explicar la noción de "derecho adquirido" como "las fuertes esperanzas de los ciudadanos" para enfrentarla a la de "débiles esperanzas" que son las "expectativas" lo que en verdad agrega poco, dada su vaguedad, a la solución del problema.

b) Las mismas expresiones se encuentran en Demolombe (Comentarios al Código de Napoleón, 1845), utilizadas para tratar de crear una frontera "teórica" a la retroactividad de la ley conforme al mandato del artículo 2o. del Código Civil francés) concluyendo con la definición de "derecho adquirido" como *"el derecho bien y debidamente hecho nuestro, del cual estamos investidos, que nos hemos apropiado y que un tercero no podría arrebatarnos".*

Si bien esta definición ha sido seriamente criticada, se le ha reconocido como científico y objetivo el planteamiento que se hace del problema, al desarrollarlo en tres hipótesis:

"a) Actos o hechos jurídicos definitivamente cumplidos, con todos sus efectos, bajo el imperio de la ley antigua; b) Actos o hechos que no habían comenzado bajo el imperio de la ley antigua y que por lo tanto se cumplen íntegramente bajo el imperio de la ley nueva; c) Actos o hechos jurídicos ejecutados bajo el imperio de la ley antigua pero que producen consecuencias bajo el imperio de la ley nueva" (Zuleta Angel, pág. 46).

Este planteamiento se incorpora definitivamente a la doctrina universal y sirve lo mismo a Huc que a Baudry Lacantinerie, a Planiol, a Colin y Capitant, a Bonnecase que a Paul Roubier, quien la amplía y la precisa.

c) Coetáneo con el estudio de Demolombe, fue la obra de Toullier, en la cual aparece el comentario de Duvergier sobre la retroactividad de la ley, según el cual, "los derechos adquiridos son aquellos que pueden ser actualmente ejercidos; es decir aquellos a los cuales, sea en caso de agresión, sea en caso de resistencia, el poder público debe protección, tanto para defenderlos contra los

atentados de terceros, como para asegurar contra los terceros todo su desenvovimiento" (Toullier-Duvergier, Le droit civil Francais, 6a. edición, volumen I, páginas 69 y 72).

d) El tratadista chileno Eugenio Vergara, en 1860 (El Código Civil ante la Universidad), define el derecho adquirido, diciendo que éste "no es más que la apropiación individual de un objeto susceptible de ser materia de una relación de derecho; apropiación que a veces resulta de una delación directa de la ley misma, como sucede respecto de la sucesión intestada o de la adquisición de algunos estados personales, y que en otras ocasiones se combina con la ejecución de ciertos hechos requeridos por ella como condición indispensable de la constitución de un derecho, según sucede en el matrimonio, en los contratos y en las prescripciones adquisitivas. Pero en ambos casos, la investidura o transmisión del derecho debe ir acompañada de la existencia del hecho, circunstancias o formalidades a que la ley ha subordinado su adquisición, de manera que ésta venga a ser como el corolario forzoso de sus antecedentes. *Una vez consumada la existencia de los hechos o condiciones a que la ley ha unido el poder de formar o constituir un derecho, éste principia a existir luego con el poder de desarrollarse en lo sucesivo produciendo todos los efectos que habría producido bajo el imperio de la ley que precedió a su formación, a menos que ellos consistan en meras facultades o delegaciones de la ley, o se refieran al modo de obtener su reconocimiento y protección ante la autoridad pública, establecida con ese objeto".*

De la anterior definición, resume Zuleta:

"Descomponiendo los elementos de la definición de Vergara, se tiene lo siguiente: a) Un *hecho* (o circunstancia de hecho) al cual la ley ha subordinado la adquisición del derecho; b) Una *ley*, que ha unido a un hecho (o circunstancias de hecho) el poder de formar o constituir un derecho; c) Un *derecho* derivado de ese *hecho* y de esa *ley;* d) Desarrollo futuro de ese derecho" (ob. cit. págs. 51-52).

e) Más tarde el tratadista Fiore, desarrollando el mismo pensamiento anterior, define el *"derecho adquirido"*, así: "Es el derecho perfecto, aquel que se debe tener por nacido por el ejercicio integralmente realizado o por haberse íntegramente verificado todas las circunstancias del acto idóneo, según la ley en vigor para atribuir dicho derecho, pero que no fue consumado enteramente antes de haber comenzado a estar en vigor la ley nueva". ("De la irretroactividad e interpretación de las Leyes").

f) Para Gabba (Teoría della retroattivita delle leggi, vol. I, pág. 191, 2a. Edición, 1884), "es adquirido todo derecho que entró inmediatamente a formar parte del patrimonio de quien lo ha adquirido", "a consecuencia de un acto idóneo y susceptible de producirlo, en virtud de la ley del tiempo en que el hecho hubiere tenido lugar, aunque la ocasión de hacerlo valer no se presentase antes de la publicación de una ley nueva relativa al mismo, y por los términos de la ley bajo cuyo imperio se llevara a cabo".

g) "En cambio, un ilustre jurisconsulto colombiano, Julián Restrepo Hernández, enfocando el problema desde un punto de vista muy análogo al en que se colocó Fiore, expuso una teoría que se distingue cabalmente por lo sintética y por lo clara y comprensiva.

"Alterando un poco el orden cronológico que me he propuesto seguir, voy a reproducir y comentar en seguida la fórmula de Restrepo Hernández, no sólo porque ella en cierto modo resume y compendia admirablemente las teorías de Vergara, Fiore y Gabba, sino también porque, al propio tiempo que releva, como éstas, *la relación de causalidad entre la combinación de las circunstancias de hecho ley y el nacimiento del derecho adquirido*, atiende también, por otra parte, de manera esencial, *a la relación más o menos directa que existe entre el hecho y las consecuencias que de él se desprenden*, y guarda, por este concepto, estrecha analogía con la doctrina francesa, tal como aparece ésta en el período de su evolución en que la he dejado atrás y en que la voy a volver a encontrar.

"En toda disposición legal —dice Restrepo Hernández— encontramos dos cosas, dos elementos, infaliblemente: (A) el elemento material; y (B) el elemento formal.

"El primero, el material, no depende de la ley; ella lo encuentra, lo toma y lo gobierna. Ese elemento material es el hecho previsto en la ley, la hipótesis, base de sus disposiciones, el *caso* de la ley, como dicen los prácticos.

"El otro elemento, el formal, el jurídico, es la conclusión jurídica que la ley saca del hecho, es la verdadera disposición legal que consagra derechos e impone obligaciones; es el efecto legal y jurídico del hecho.

"Sentado esto, podemos sacar en consecuencia que, verificado el hecho previsto en la ley, nacen por lo mismo, las consecuencias jurídicas que la ley le asigna al hecho. La lógica así lo indica y así lo impone la buena fe del legislador.

"Esas consecuencias son los derechos adquiridos.

"Los derechos adquiridos son pues las consecuencias jurídicas nacidas en virtud de una ley vigente al cumplimiento del hecho previsto en la misma ley" (ob. cit., págs. 60 y 61).

"La fórmula de Restrepo Hernández, como puede verse, guarda evidentes analogías con las exposiciones de Vergara, Fiore y Gabba. Como éstos, atiende al expositor colombiano, para definir el derecho adquirido, al nacimiento de éste, en lugar de atender simplemente a los resultados que produce, como Merlin, Chabot, etc., y hace depender ese nacimiento de la concurrencia de un hecho y de una ley que prevé ese hecho. Además la definición de Restrepo Hernández, abarca el "desarrollo ulterior o desenvolvimiento posterior" del derecho, puesto que dentro de la noción de *consecuencias jurídicas* asignadas al hecho, no sólo queda comprendido lo que Fiore llama el derecho principal sino también lo que el mismo expositor llama "accesorios legales o efectos del derecho principal".

"Pero la fórmula de Restrepo Hernández es evidentemente más clara, más científica y más completa que las de Vergara, Fiore y Gabba. Y si por una parte guarda con éstas las analogías que acabo de explicar, por otra parte las tiene también con las de Demolombe y Beudant.

"Y no es que éstos enfoquen el problema de un modo parecido al de aquéllos, sino que en la fórmula del profesor colombiano se reúnen y combinan

los factores y elementos con los cuales los unos y los otros formaron sus respectivas teorías, como se verá adelante" (ob. cit., págs. 60 a 62).

h) Para Beudant ("Cours de droit civil francais". Introd., núm. 126), el problema fundamental se plantea así:

"¿Para regular las consecuencias de un hecho o un acto habrá que aplicar la ley que está en vigor el día en que se producen esas consecuencias o habrá que aplicar la ley bajo el imperio de la cual se efectuó el hecho del cual las consecuencias se derivan?".

"Cuestión importante entre todas. Ellas se resuelve por una distinción sacada de *la relación más o menos directa que existe entre el hecho y las consecuencias que de él se desprenden".*

"Es evidente que la ley nueva no puede perjudicar los derechos adquiridos en virtud de la antigua. *Por consiguiente, las consecuencias de un hecho ejecutado bajo una ley quedan sometidas a esta ley aun cuando ellas no se realicen sino bajo el imperio de la ley nueva, cuando ellas se relacionan a su causa como un resultado necesario y directo, porque ellas constituyen un derecho adquirido desde la aparición de la causa a la cual se relacionan".*

i) En 1892, aparece el primer tomo de la obra de M. Huc (Comentarios teórico y práctico del Código Civil), aparece la definición de "derecho adquirido", en los siguientes términos:

"Constituye un derecho adquirido toda ventaja o beneficio cuya conservación o integridad están garantizadas, en favor del titular del derecho, por una acción o por una excepción" (pág. 60).

j) En 1893, en un artículo titulado "Una teoría nueva sobre la retroactividad de las leyes", publicado en la "Revista crítica de legislación y jurisprudencia" Vareilles-Sommieres, decano de la Facultad de Lille, ataca inclementemente las teorías hasta entonces expuestas, rechaza la distinción entre *"derechos adquiridos"* y *"meras expectativas"* y en síntesis, esboza su teoría, así:

"La ley es retroactiva: a) Cuando borra o destruye en el pasado los efectos ya producidos de un acto o de un hecho anterior, o en otros términos, cuando nos arrebata un derecho en el pasado; b) Cuando suprime o modifica *in futurum* uno de nuestros *derechos actuales en razón de un hecho pasado.*

"No será en cambio retroactiva la ley si modifica para el porvenir uno de nuestros derechos, no en razón de un hecho pasado, sino en razón de ese derecho tomado en sí mismo o en razón de los inconvenientes que ofrecerá en lo sucesivo o por concepto del estado o la edad de quienes gozan de él" (pág. 68).

k) Planiol (Derecho Civil Francés, Tomo 1, No. 243) plantea el problema así:

"La ley es retroactiva cuando vuelve sobre el pasado, sea para apreciar las condiciones de legalidad de un acto, sea para modificar o suprimir los efectos de un derecho ya realizado. Fuera de esos casos no hay retroactividad y la ley puede modificar los efectos futuros de hechos o actos anteriores sin ser retroactiva".

1. Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade (Tratado teórico y práctico de Derecho Civil, 3a. Ed. 1907, Tomo I, Título Preliminar, Cap. II, Sección Primera), después de criticar elocuentemente las teorías de Vareilles-Sommieres y de Planiol, vuelven sobre las nociones de "derechos adquiridos" y "meras expectativas" y exponen su criterio así:

"Para nosotros, por derechos adquiridos hay que entender las facultades legales regularmente ejercidas, y por expectativas o intereses las que no lo habían sido todavía en el momento del cambio de legislación.

"Bajo el nombre de derechos, la ley nos reconoce aptitudes, nos otorga facultades, dejándonos generalmente en libertad para usar o no usar de ellas. Mientras nosotros no hemos utilizado esas aptitudes, tenemos si se quiere, un derecho, en el sentido de que somos aptos para adquirirlo, según los modos determinados. Pero ese derecho no es para nosotros *adquirido*, sino cuando hemos recurrido a esos modos y cuando nuestra aptitud se ha manifestado de hecho por el acto necesario para su utilización. El ejercicio de la facultad legal, que en alguna manera se ha materializado en ese acto y se traduce exteriormente por él, es constitutivo del derecho adquirido. Y ese derecho nos pertenece en adelante hasta el punto de que una ley nueva no puede arrebatárnoslo sin poder ser tachada de retroactividad. Lo que se comprende bien, porque la ley se destruiría a sí misma destruyendo la obra que ha autorizado en el pasado, con gran perjuicio de su autoridad y de los intereses de aquellos para quienes rige, puesto que nada sería estable en la sociedad. Por superior que sea a la ley antigua, la ley nueva debe pues imponerse, en principio, el respeto de los derechos adquiridos y no debe aplicarse sino a las situaciones que no se han hecho nacer todavía. Que la ley nueva suprima, restrinja o modifique las facultades acordadas antes y de las cuales no se ha hecho todavía uso, está muy bien, porque así ella no lesiona a nadie y se mejora a sí misma: cierra, estrecha o rectifica una vía que había permanecido abierta, pero por la cual, en hipótesis, los interesados o al menos algunos de ellos no se habían todavía empeñado".

Siguen, pues, las ideas fundamentales expuestas un siglo antes por Merlin y posteriormente por Fiore y por Ricci y agrega Zuleta Angel:

"Sólo que los tratadistas bordeleses, por una parte, redujeron todo el problema de la irretroactividad a esa contraposición entre las facultades legales ejercidas y las no ejercidas, y, por otra parte, metodizaron y sistematizaron esa contraposición con innegable elegancia.

"La fórmula de Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade fue en Colombia acogida y prohijada con entusiasmo por jurisconsultos tan eminentes como Antonio José Cadavid y Champeau y Uribe. Pero ya le pasó su hora de celebridad. A las graves objeciones que contra ella formuló Vareilles Sommieres, ha venido a agregarse recientemente las muy comedidas pero no menos graves del mismo ilustre continuador de la obra de Baudry-Lacantinerie (Julien Bonnecase).

"Puede decirse que con ésta termina la teoría de la distinción entre derechos adquiridos y meras expectativas como criterio de resolución de los problemas sobre irretroactividad. De ahí en adelante se irá acentuando momento por momento la reacción contra este criterio, y llegará a convertirse casi

en lugar común el iniciar las disertaciones sobre efecto retroactivo de la ley con la afirmación de que es falsa, insuficiente y antijurídica aquella distinción formulada en Francia durante un siglo por la doctrina, y acogida en Colombia nada menos que por la Constitución Nacional" (ob. cit. págs. 72-73).

m) Champeau y Uribe (Tratado de Derecho Civil Colombiano, Título I, núm. 64) dicen:

"En primer lugar, al decir que el derecho adquirido es la facultad legal ejercida, se puede entender que desde que una facultad se ejerce conviértese en derecho adquirido, el cual no puede ser modificado, sin que haya ley retroactiva. No es ésta ciertamente la idea; el derecho adquirido no es la facultad legal misma sino el resultado que se obtiene por el ejercicio de ella. En segundo lugar el *ejercicio de las facultades legales* parece indicar que la persona que adquiere el derecho debe forzosamente para esto poner en juego su actividad, y hay casos en que las facultades legales producen efectos sin que intervenga activamente el interesado, como sucede con las herencias que se adquieren desde el momento de la muerte del de *cujus*, sin necesidad de manifestación o acto alguno del heredero.

"Con estas modificaciones la teoría expuesta parece bastante clara y sencilla, pero no por esto deja de ser de aplicación difícil y delicada.

"La ley reconoce a los hombres ciertas facultades como la de adquirir propiedad, la de votar, la de heredar, etc. Mientras estas facultades no han sido ejercidas, o más bien, mientras no han producido efectos, las condiciones en que es dable ejercitarlas pueden modificarse por nuevas leyes de aplicación inmediata. De la misma manera se comprende que estas facultades se supriman sin que la aplicación inmediata de la ley nueva arrebate ningún derecho adquirido a las personas que tenían la facultad suprimida o que la tenían en mejores condiciones antes de expedirse la ley nueva.

"Pero desde que las aptitudes o facultades legales se han ejercido y han producido efectos, éstos constituyen derechos adquiridos que no pueden ser vulnerados por ley posterior sin que tenga carácter retroactivo".

n) Ricci, antes que Baudry-Lacantinerie y que Houques-Fourcade, había utilizado las expresiones esperanzas y facultades legales para definir los "derechos adquiridos":

"La esperanza una vez realizada, al igual que *la facultad, una vez ejercitada o traducida en acto*, dan lugar a derechos contra los cuales no se puede atentar mediante la aplicación de la ley posterior".

"...De las consideraciones expuestas se deduce que para los efectos de la no retroactividad de las leyes, se tiene el derecho como adquirido y propio cuando se ha realizado un hecho que atribuye derechos según las leyes vigentes en el momento en que el hecho mismo se ha realizado. Realmente, si del hecho legalmente cumplido surge a vuestro favor el derecho, éste puede estimarse comprendido en vuestro patrimonio, y así no podréis ser privado de él por el solo efecto de una ley posterior que disponga, respecto del hecho cumplido, cosa diversa de lo dispuesto ya por la ley antecedente" (Zuleta, ob. cit., págs. 76 y 78).

ñ) Colin et Capitant (T. I, Int., Capítulo II, Sección II) en cierta forma precisa y amplía la teoría de Planiol, así:

"Si se trata de *consecuencias ya pasadas* de actos o de situaciones anteriores, la ley nueva es inaplicable. Esta rige en cambio las *consecuencias futuras* de hechos o de situaciones aún anteriores, a menos que se trate de contratos (los cuales, una vez formados, se rigen exclusivamente por la ley bajo el imperio de la cual se formaron) o a menos que tanto la ley antigua como la ley nueva pertenezcan a la clase de las leyes supletivas y no a la de las imperativas, pues en este caso es la ley antigua la que sigue rigiendo los efectos futuros de los actos anteriores".

B. SITUACIONES JURIDICAS CONCRETAS Y RETROACTIVIDAD DE LA LEY

En la tercera década de éste siglo se abandona la noción de derecho adquirido como fenómeno jurídico necesario para definir la retroactividad de la ley y se adopta el criterio de las "situaciones jurídicas concretas", para los mismos efectos.

a) Cabe al célebre tratadista Julien Bonnecase, Profesor de la Facultad de Burdeos (Suplemento al Tratado de Baudry-Lacantinerie, Tomo II, números 11 y ss) la exposición de esta nueva teoría, en los términos que sintetiza y compendia Zuleta Angel.

"Principia planteando el problema en esta forma: 'La regla de la no retroactividad de las leyes consignada en el artículo 2o. del Código Civil Francés significa rigurosamente que una ley nueva ¿no puede, sin incurrir en retroactividad, vulnerar o atacar una situación jurídica concreta nacida bajo el imperio de la ley antigua, y considerada tanto en sus efectos pasados y en su existencia como en sus efectos futuros, tal como los determina la ley derogada?'.

"Para dar la solución del problema así planteado explica Bonnecase qué se entiende por situación jurídica; cómo se divide ésta en situación jurídica abstracta y en situación jurídica concreta; discurre sobre lo que debe entenderse por *'pasado'*; estudia el artículo 2o. del Código francés a la luz de los trabajos preparatorios de dicho Código; explica el origen del mencionado texto como una reacción contra las leyes retroactivas de la revolución; analiza y critica en seguida la doctrina de los comentadores y la jurisprudencia de los tribunales sobre ese punto y, por último, formula y sustenta como solución del problema la siguiente tesis: 'El criterio sobre irretroactividad de la ley reside en el mantenimiento por la ley nueva de las situaciones jurídicas concretas' (No. 212).

"Bonnecase entiende por situación jurídica 'la manera de ser de cada uno con respecto a una regla de derecho o a una institución jurídica determinada" (No. 17).

"La situación jurídica puede ser abstracta o concreta. La primera es la manera de ser eventural o teórica de cada uno con respecto a una ley determinada, y la segunda, una manera de ser derivada para una persona determinada de un acto jurídico o de un hecho jurídico que ha puesto en juego, en su favor

o en contra suya, las reglas de una institución jurídica y le ha conferido efectivamente los beneficios y las obligaciones inherentes al funcionamiento de tal institución (No. 18 y 19).

"Así, en tanto que la situación jurídica abstracta es una simple manera de ser teórica, una vocación a beneficiarse eventualmente de una ley, la situación jurídica concreta es una realidad positiva. Es el funcionamiento mismo de la ley en provecho de una persona determinada. La situación jurídica concreta tiene por base un acto jurídico o un hecho jurídico que ha puesto en movimiento la ley a que se refiere aquélla.

"Supongamos —dice Bonnecase— que una ley fije la mayor edad en los 18 años, en lugar de los 21. Todos los menores de 18 años se beneficiarán inmediatamente de la situación jurídica nueva, pero se trata entonces de una situación jurídica abstracta, desprovista por el momento de beneficios efectivos y que consiste tan sólo en la vocación de ser mayor cuando los 18 se cumplan. Es solamente al llegar este momento cuando la situación jurídica abstracta del menor se transforma en situación jurídica concreta.

"Expuesta así la noción de situación jurídica, hace hincapié Bonnecase, para fijar el criterio sobre irretroactividad de la ley, en la diferencia entre el *pasado en sentido material* y el *pasado en sentido jurídico'*. Quien dice pasado, en el sentido material del término, dice todos los acontecimientos anteriores a un acontecimiento determinado tomado como base y constitutivo de la noción de presente; quien dice futuro en sentido material, dice todos los acontecimientos susceptibles de producirse a contar desde el acontecimientos presente tomado como punto de partida. Pero la cuestión no es tan simple cuando se trata de definir el pasado y el futuro desde el punto de vista jurídico. La realidad jurídica no corresponde rigurosamente a la realidad material en cuanto al orden sucesivo de los acontecimientos. Cuando una situación jurídica concreta ha nacido, lleva en sí virtualmente una porción del porvenir que ella somete racionalmente a la ley del pasado, en el sentido de que todas las consecuencias susceptibles de surgir de esta situación jurídica concreta pueden considerarse perfectamente como producidas por anticipado, porque están incorporadas en ella' (No. 23).

"Esta distinción entre el pasado en sentido material y el pasado en sentido jurídico es fundamental en la teoría de Bonnecase.

"Precisamente, en concepto de éste, el grave error de Colin et Capitant y de Planiol consistió en aceptar la noción de pasado en sentido material, dejando de lado la noción de pasado en sentido jurídico (Nos. 33, 34 y 35).

"Para Bonnecase el artículo 2o. del Código Civil francés sería enteramente inútil, si para interpretarlo se enfoca la noción de pasado en sentido material, como lo hicieron Planiol y Colin et Capitant.

"Bonnecase considera que quien habla de retroactividad de la ley habla de una ley que invade el *pasado*, pero toma la noción de *pasado*, no en su sentido material, sino en su sentido jurídico (No. 208) y de acuerdo con esto sostiene que la ley nueva será retroactiva si transforma o modifica los efectos futuros de una situación jurídica concreta preexistente, puesto que al atacar los efectos, ella ataca la situación jurídica concreta en sí misma (No. 33).

"De más está decir que el criterio sobre irretroactividad de las leyes preconizado por Bonnecase y sustentado y defendido por éste con verdadero lujo de razonamientos, conduce en la práctica a consecuencias bien distintas de las que se derivan de las otras teorías, tan certeramente criticadas por Bonnecase.

"Así, por ejemplo, a tiempo que Colin et Capitant consideran que la ley de 13 de julio de 1907 (que le dio a la mujer casada el derecho de disponer, sin autorización de su marido, de los productos de su trabajo personal) es aplicable, sin ser retroactiva, a las mujeres casadas antes de entrar en vigencia tal ley, Bonnecase conceptúa que ésta es evidentemente retroactiva si se aplica a los matrimonios existentes antes de ser aquélla promulgada.

"Así también, mientras Beudant y Fiore consideran que la ley que instituye el divorcio es aplicable a los matrimonios celebrados antes, Bonnecase sostiene lo contrario, y separándose de lo afirmado por Colin et Capitant, conceptúa que la ley de 16 de noviembre de 1912, que permite a los hijos naturales indagar paternidad, no es aplicable a los *hijos* nacidos antes de entrar en vigencia esta ley (No. 235).

"En síntesis, para Bonnecase una ley nueva puede regir las situaciones jurídicas abstractas, pero no puede desconocer ni modificar ni vulnerar en forma alguna las situaciones jurídicas concretas preexistentes. Y para saber si una persona determinada se encontraba, con respecto a la ley antigua, en una situación jurídica abstracta o en una situación jurídica concreta, bastará examinar si, en favor o en contra de esa persona se ha realizado el acto jurídico o el hecho jurídico mediante los cuales la ley era susceptible de aplicarse efectivamente a un individuo determinado (Nos. 218, 231 y 237).

"Por su claridad, por sus sólidas bases científicas, por constituir un criterio fijo, invariable y justo para resolver las cuestiones sobre irretroactividad, por evitar las confusiones a que dan lugar las otras teorías, la obra de Bonnecase representa sin duda uno de los más apreciables y sustanciales aportes a la doctrina sobre irretroactividad, y sería imposible, al explicar el desarrollo de ésta, negarle el puesto de honor que le corresponde" (Zuleta, ob. cit. págs. 81 a 85).

b) En enero de 1929, publica en París, su obra "Les conflits des lois dans le temps" el Profesor de la facultad de Lyon, en dos tomos, el célebre tratadista Paul Roubier y de su avance de los primeros capítulos hecho en la Revista Trimestral de Derecho Civil (julio-septiembre de 1928) única parte conocida por el Profesor Zuleta Angel en 1929, dice el tratadista colombiano.

"En esta teoría es fundamental el estudio del ciclo de desenvolvimiento de las situaciones jurídicas.

"Estas por lo general, no se realizan en un solo momento; tienen un desenvolvimiento en el tiempo que es menester contemplar para poder determinar acertadamente el campo de aplicación de la ley nueva.

"El ciclo de desenvolvimiento de una situación jurídica comprende tres etapas: a) La etapa de constitución; b) La etapa de los efectos, y c) La etapa de extinción.

"La primera y la última presentan la *faz dinámica* y la segunda la *faz estática* de la situación jurídica.

"Por lo que mira la faz dinámica es preciso distinguir varias clases de situaciones jurídicas: a) Situaciones jurídicas que se constituyen o se extinguen en un solo momento *(único momento)*, y b) Situaciones jurídicas cuya constitución o extinción supone, por el contrario, cierto período de tiempo.

"Estas últimas se dividen a su vez en dos grupos: 1o. Aquellas cuya constitución o extinción requieren un cierto estado de hecho continuo en su duración, y 2o. Aquellas cuya constitución o extinción requieren la presencia de elementos sucesivos que intervienen en momentos diferentes.

"La situación jurídica de heredero ab intestado es, por ejemplo, de las que se constituyen en un solo momento: el de la muerte del de *cujus*.

"La prescripción adquisitiva, en cambio, es una situación jurídica que requiere un cierto estado de hecho continuo en su duración.

"La situación jurídica de heredero testamentario es, en fin, de aquellas cuya constitución requiere la presencia de elementos sucesivos que intervienen en momentos diferentes, puesto que supone, por una parte, un testamento válidamente otorgado, y por otra parte, la muerte del testador.

"Ahora bien: La ley nueva puede intervenir en un momento cualquiera del desenvolvimiento de la situación jurídica. Puede que entre en vigencia cuando aún no ha comenzado ese desenvolvimiento; o cuando la situación jurídica está en curso de constitución; o cuando, estando ya constituida, ha llegado a su faz estática: producción de efectos; o cuando la situación está en curso de extinción; o en fin, cuando ya se ha extinguido.

"Si la ley nueva pretende aplicarse a las partes del desenvolvimiento de la situación jurídica *anteriores* al cambio de legislación, tendría aquella un *efecto retroactivo*. Si sólo se pretende aplicar a las partes *ulteriores*, tendrá simplemente un efecto *inmediato*. El efecto retroactivo es la aplicación de la ley en el pasado, y está prohibido. Muy distinto de éste es el *efecto inmediato;* que es la aplicación de la ley en el presente y que es absolutamente lícito y permitido.

"De acuerdo con esos principios fundamentales y después de haber insistido en la necesidad de hacer la debida distinción entre el efecto inmediato y el efecto retroactivo de la ley, formula Roubier las reglas concretas aplicables a los conflictos de las leyes en el tiempo. Estas reglas se dividen en cuatro grupos, según que se trate: a) De leyes relativas o la constitución o extinción de una situación jurídica; b) De leyes relativas a los efectos de una situación jurídica; c) De leyes que crean o que suprimen situaciones jurídicas, y d) De situaciones especiales.

"Respecto de las leyes relativas a la constitución o extinción de una situación jurídica, indica las siguientes reglas: I. Las leyes que gobiernan la constitución de una situación jurídica no pueden desconocer ni vulnerar las situaciones jurídicas ya constituidas, pues de lo contrario serían retroactivas. II. Las leyes que gobiernan la extinción de una situación jurídica no pueden infirmar o desconocer la extinción ya efectuada de una situación jurídica. III. Si se trata de una situación jurídica en curso de constitución o de extinción, las leyes

relativas a la constitución o a la extinción de una situación jurídica no pueden, sin retroactividad, desconocer o vulnerar los elementos ya existentes que hacen parte de (o impiden) esa constitución o esa extinción en cuanto ellos tengan un valor jurídico propio y deben respetar ese valor jurídico, ya se trate de las condiciones de validez de esos elementos o de los efectos jurídicos que hayan producido, siendo entendido que 'fuera de esa salvedad' la ley nueva es en lo demás aplicable a las situaciones jurídicas en curso. IV. Los hechos que no han determinado la constitución o la extinción de una situación jurídica según la ley vigente el día en que ellos se ejecutaron, no pueden, en virtud de una ley nueva, ser considerados como si hubieran generado esa constitución o esa extinción, pero si se trata de hechos durables que existen todavía al tiempo en que la ley nueva entra en vigor, ésta puede tomarlos en ese momento, como hechos de presente, para determinar la constitución o la extinción de tal o cual situación jurídica.

"Respecto de las leyes relativas a los efectos de una situación jurídica la regla es la siguiente: Todos los efectos jurídicos producidos por la situación jurídica de que se trate antes de entrar en vigencia la ley nueva forman parte del dominio de la ley antigua, y la ley nueva no podría, sin ser retroactiva, modificar, desconocer, destruir o cambiar en alguna forma tales efectos. Si suponemos pues una situación jurídica que produce sus efectos durante un cierto período de tiempo, la ley nueva determinará los efectos jurídicos que se producirán después de entrar ésta en vigor, sin que haya otra cosa que un efecto inmediato; pero aquélla no podría vulnerar los efectos jurídicos anteriores, ni modificarlos, acrecentarlos o disminuirlos, pues de lo contrario sería retroactiva.

"Y en cuanto a las leyes que *crean* o que *suprimen* situaciones jurídicas, formula Roubier estas dos reglas: a) Las leyes que crean situaciones jurídicas se asimilan enteramente a las leyes relativas a la constitución o extinción de las situaciones jurídicas; b) Las leyes que suprimen una situación jurídica pueden tener en vista una de dos cosas: el medio de llegar a esa situación o los efectos y el contenido jurídico de ella. En el primer caso se asimilan a las leyes que gobiernan la constitución de una situación jurídica; en el segundo caso se asimilan a las leyes que gobiernan los efectos de una situación jurídica. Por ejemplo: Una ley deroga el título del Código Civil que trata de la adopción. Esta ley se asimila a las leyes que gobiernan la constitución de una situación jurídica, por cuanto es una ley de dinámica y no de estática jurídica, como quiera que no es un efecto o un resultado lo que la ley quiere proscribir, sino un medio de llegar a ese efecto o resultado. En cambio, una ley que suprima la incapacidad del pródigo, se asimila a las leyes que gobiernan los efectos de una situación jurídica, por cuanto se trata de una ley de estática jurídica, como quiera que lo que la ley tuvo en cuenta no fue el medio de llegar a una situación jurídica, sino el efecto y el contenido mismo de esta situación.

"Hay dos tipos especiales de situación jurídicas que aunque obedecen a los mismos principios sentados, requieren ciertas explicaciones.

"Esas situaciones jurídicas son: a) las permanentes (el carácter de mueble o inmueble de un bien), o sean las que no tienen una duración definida entre ciertos límites, las cuales pueden considerarse en estado permanente de constitución, y por lo tanto modificadas, creadas o suprimidas por una ley nueva; b)

Las concurrentes, o sea las que resultan de fuentes diversas y se encuentran en conflicto, con respecto de las cuales se aplica la regla de cada una de ellas debe soportar la competencia de la ley que le corresponde en el momento de su constitución de su extinción o de sus efectos, según los casos; c) Las dependientes, o sea aquellas ligadas por una relación de causalidad, con respecto a las cuales se aplica la norma de que en tanto que una situación jurídica no sea sino el efecto inmediato y directo de una situación principal, la ley nueva debe ser considerada como relativa a los efectos de ésta, y por últimos, d) las retroactivas o sea aquellas cuya constitución en determinada fecha implica efectos en el pasado (las que resultan de una condición suspensiva o resolutoria; del reconocimiento de hijo natural; de la indagación de la paternidad), a las cuales se les explica la siguiente regla: Una ley relativa a una situación jurídica retroactiva, no es retroactiva, aun cuando los efectos de esta situación deban remontarse más allá de la vigencia de la ley, si ésta no debe aplicarse sino mediante el acaecimiento de hechos posteriores a esa vigencia y siempre y cuando no se trate ni de hechos cuyo acaecimiento sea inevitable ni de hechos cuyo cumplimiento dependa exclusivamente del beneficiario de esa retroactividad.

"Como se ve, Roubier, para determinar el criterio sobre irretroactividad de la ley, toma como base, lo mismo que Bonnecase, la noción de situación jurídica. Pero aquél, por una parte, estudia el ciclo de desenvolvimiento de la situación jurídica, distingue en ésta la faz estática de la faz dinámica y hace una clasificación de las leyes acorde con las diversas etapas de la situación jurídica, todo lo cual indudablemente constituye un aporte fundamental a la doctrina, y, por otra parte, vuelve a la distinción, preconizada por Planiol y por Colin et Capitant, pero rechazada por Bonnecase, entre los efectos pasados y los efectos futuros de la situación jurídica, y considera que solamente aquéllos quedan fuera del alcance de la ley nueva, llegando de esta suerte a consecuencias bien distintas de las de Bonnecase" (Zuleta, págs. 86 a 91).

En 1960 se publica la Segunda Edición de la obra anterior, en un solo Tomo, con el nombre de "Derecho Transitorio" y con la importante innovación de suprimir el estudio de los "derechos adquiridos" frente al Decreto Público, por considerar que merecen un tratamiento distinto al que deben recibir en el Derecho Privado.

c) Por último, en 1928, igualmente, aparece la obra "La retroactividad de las leyes en materia de estado y capacidad de las personas", de Pierre Teste, que Zuleta Angel, compendia así:

"La ley nueva debe aplicarse inmediatamente, pero no debe ser retroactiva. La aplicación inmediata implica cierta influencia, que hemos calificado de normal y regular, sobre los hechos jurídicos anteriores. La retroactividad, por el contrario, consiste en una influencia exorbitante sobre esos mismos hechos. Los autores clásicos no siempre reconocieron esa doble verdad; muchas veces llamaron efecto retroactivo lo que solamente era una aplicación inmediata de la ley, lo que explica el gran número de excepciones que tuvieron que formular respecto de la regla del artículo 2.

"Recordado este principio, debemos decir que la ley nueva debe respetar la validez inicial, la eficacia fundamental de un derecho adquirido antes, pero que los efectos de ese derecho caen bajo la influencia normal y regular de esa

misma ley. La eficacia de un derecho, es decir, su validez, es un derecho adquirido, pero no los efectos, es decir las facultades jurídicas que la ley le asigna. Lo que ha provocado la confusión en la cual incurren los autores clásicos es el hecho de que ellos designan con el mismo vocablo dos cosas diferentes: la eficacia o la validez de un derecho y sus efectos. Hablan indiferentemente, en una y otra hipótesis, de *los efectos* de un hecho jurídico preexistente y no aciertan a determinar cuáles son los efectos que tienen el carácter de derechos adquiridos y cuáles carecen de él.

" .....

"Es pues, en gran parte, por una cuestión de terminología por lo que nos separamos de los autores clásicos. Cuando éstos, para fijar la aplicación de una ley nueva, se preguntan con perplejidad si están en presencia de *efectos* que tienen o no el carácter de derechos adquiridos, nosotros, por nuestra parte, decimos: se trata de una ley que tiene por objeto *el modo de adquisición* de un derecho y por lo tanto su eficacia, o se trata de una ley que, por el contrario, transforma los efectos o las consecuencias jurídicas de los derechos adquiridos. En el primer caso la ley no puede tener ninguna influencia normal sobre los hechos anteriores; en el segundo caso ella ejerce una influencia normal aún sobre los hechos pasados.

"Proponemos pues el doble principio siguiente: el modo de adquisición de un derecho se rige únicamente —tanto en lo que concierne a sus condiciones de forma como en lo que respecta a sus condiciones de fondo— por la ley en vigor en el momento de la adquisición del derecho; la ley que viniera a modificar ese modo de adquisición no podría regir los derechos ya adquiridos sin ser retroactiva, sin asignarse una influencia exorbitante sobre los hechos jurídicos anteriores.

"La ley relativa a los efectos de un derecho gobierna los derechos adquiridos *en el sentido que ella rige los efectos futuros de ese derecho*, y al hacerlo no tiene un efecto retroactivo; su influencia sobre los hechos antiguos es normal y regular.

" .....

"Cuando hablamos de la adquisición de un derecho, la palabra derecho puede prestarse a equívocos: se trata de una calidad, de un estatuto, de una situación constituida a la cual le están asignadas facultades sancionadas por la ley. La calidad, una vez adquirida, subsiste, mientras que las facultades que de ella dependen, varían con los cambios legislativos.

"Así, la calidad, de esposo subsistirá, a pesar de las nulidades creadas por una ley posterior, en tanto que la potestad marital, efecto de esa calidad, podrá ser disminuida o acrecentada por las leyes futuras.

"Asimismo, la calidad de hijo legítimo subsistirá por el hecho del nacimiento durante el matrimonio, pero los derechos asignados a esa calidad, y principalmente los derechos de sucesión, podrán ser modificados o suprimidos por el legislador.

" .....

"La adquisición de un derecho, o, más bien, de una cualidad, de un estado de derecho, *la constitución de una situación jurídica cualquiera*, es a veces instantánea, como por ejemplo, la adquisición del estado de *mayor*. Puede, por el contrario, requerir, a veces, cierto tiempo: la adquisición del estado de esposo divorciado necesita un largo procedimiento. Mientras no sea definitiva la constitución del derecho, la ley nueva, que tenga por objeto modificar las condiciones de forma o de fondo o suprimir el derecho de una manera radical, se aplicará inmediatamente. La ley nueva que autorice la creación de un derecho, la constitución de una situación jurídica cualquiera, antes prohibida, podrá ser invocada por todo el mundo sin violar el principio de la irretroactividad, puesto que ella sucede a la nada.

"El legislador, cuando modifica la manera de adquirir un derecho, las condiciones de forma o de fondo, respeta pues en principio los derechos ya adquiridos y éstos siguen desarrollando todos sus efectos.

" .....

"En tanto que la ley que reforma el modo de constitución de una situación determinada respeta las situaciones ya constituidas, la que modifica los efectos de un estado de derecho, las consecuencias asignadas a una cualidad, se aplica a todos los estados de derecho ya organizados, a todas las cualidades adquiridas anteriormente. Así, se ha decidido, que la ley que establece o restringe el usufructo legal regirá las relaciones de filiación ya establecidas, pero afectando solamente los efectos futuros. Así es, por lo menos, cuando la ley nueva es imperativa, cuando se trata de una materia que el legislador tiene celosamente en su mano" (Zuleta, ob. cit., págs. 92 a 96).

d) Entre la publicación de la primera edición de la obra de Paul Roubier (1929) y la publicación de la segunda edición (1960), se conocieron en Europa algunas nuevas obras sobre el conflicto de las leyes en el tiempo, a las cuales se refiere esta última edición.

1. La de M.E. Szaszy, curso dictado en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, publicado en la "Recueil des Cours de Cette Académie" (París, Sirey, 1935, citada por Roubier, ob. cit., 2a. ed., pág. 141), bajo el título "Los conflictos de leyes en el Tiempo". En ella, según Roubier, se formulan, acerca de esta teoría, cierto número de puntos de vista generales, siendo la tesis más importante la de la analogía del derecho transitorio con el derecho internacional privado, de la cual saca hasta las últimas consecuencias.

En lo concerniente el problema central de derecho transitorio, Szaszy acepta que existen tres posiciones para la acción de una ley en el tiempo: la retroactividad de la ley misma, su efecto inmediato y la supervivencia de la ley antigua y sitúa más exactamente, la controversia más importante entre las dos últimas posibilidades. Aunque acepta que la opción es difícil, se inclina por el sistema de la supervivencia, pero con numerosas excepciones de aplicación inmediata. Recalca, muy acertadamente, que el sistema del efecto inmediato parte del postulado de la unidad de legislación, mientras que el de la supervivencia parte del postulado de la unidad de tratamiento de una situación jurídica. A medida que la libertad de acción de los particulares aumenta, es natural que ellos deban tener más confianza en la estabilidad de sus derechos,

y así se llega a la regla según la cual las leyes nuevas no pueden tener efecto sobre los contratos en ejecución.

2. M. G. Pace, consagra un volumen al examen de los problemas generales del derecho transitorio, principalmente con respecto al derecho privado ("Il diritti transitorio, con particolare riguardo al diritto privato", prólogo de M. Rotondi, Milano 1944). Su intento, en concepto de Roubier, constituye un esfuerzo de construcción lógica considerable aunque pueda reprochársele sin embargo, que haya dado demasiada importancia a la definición y a la explicación de la retroactividad.

Pace cree, frente al alarmante lenguaje de ciertos jurisconsultos que consideran inconcebible la retroactividad, que es posible dar una "explicación racional" de la retroactividad, lo que resulta inútil para Roubier que considera que es un hecho innegable que existan leyes retroactivas y muy sencillo comprender su mecanismo: el legislador al expedir una ley ordena al juez que decida todos los procesos pendientes y futuros en el sentido de la nueva ley. Esto es fácilmente concebible pero, no es menos cierto que es altamente irrazonable porque el legislador admite también, que los mismos hechos pueden estar sometidos a dos legislaciones diferentes. Al querer buscar una "explicación racional" de este fenómeno, M.G. Pace da la impresión —dice Roubier—, de que él considera que la ley retroactiva puede tener algo de racional; esta explicación, sería por lo demás, falsa pues el principio de la no retroactividad es esencial para él.

Más interesante resulta su explicación del principio de la "no retroactividad de la ley". En su opinión, si la ley no es en principio retroactiva ella debe respetar el pasado y aceptar que ella no es competente en el dominio de la ley anterior. Pero ¿cómo delimitar exactamente lo que pertenece al pasado? Aquí la teoría del autor se emparenta con la de "facta praeterita", lo que significa que él se coloca sobre el terreno de los "hechos cumplidos" y no de los "derechos adquiridos".

Para precisar mejor esta acción sobre los hechos pasados, M.G. Pace apela a consideraciones de filosofía del derecho sobre la norma jurídica, la cual se compone de dos elementos: de una parte *"la hipótesis"* que comprende un cierto número de condiciones (conditiones juris) y de otra parte, la decisión que determina el valor jurídico de la norma y sus consecuencias. Hay, pues, dos clases de retroactividad: de una parte la retroactividad por la hipótesis (ex fattispecie) y de otra la retroactividad por la decisión (ex-statuizione); esta última se comprende fácilmente, ella consiste en dar a un hecho presente efectos en el pasado, la primera se releva en una verificación de *conditiones juris* de la norma que conduce a tomar en consideración una *conditio juris* que pertenece al pasado, como en el caso de una nueva que crea un impuesto extraordinario sobre los beneficios de guerra realizada en una guerra precedente: la ley exige un impuesto en el porvenir pero en razón de un hecho pasado. Esta distinción recuerda la que ha sido presentada por M. de Vareille-Sommieres, pero su fórmula parece menos clara —dice Roubier— y da una aplicación menos segura que la distinción de Savigny entre las leyes relativas a la creación de un derecho y las leyes relativas a los efectos y al contenido de ese derecho.

M. Pace no ignora que hay otras dos posibilidades para la aplicación de la ley nueva en el tiempo: el efecto inmediato de la ley nueva, en virtud del cual esta ley se aplica a los efectos en curso, y la supervivencia de la ley anterior que se llama *ultraactividad* por oposición a la retroactividad la cual mantiene, al contrario, el imperio de esta ley sobre los hechos en curso. El cree posible, sin embargo, descubrir un principio general que daría la clave de todo el derecho transitorio y este principio es formulado por él de la siguiente manera: *"Tempus regit factum"*.

No creemos —dice Roubier— sin embargo, que esta fórmula pueda aclarar la distinción del efecto retroactivo de la ley y del efecto inmediato, además de que ella es impotente al permitir que se produzca una distinción entre las situaciones legales y las situaciones contractuales para la aplicación de las leyes nuevas a las situaciones en curso.

M. Pace, en lo concerniente a la distinción del efecto retroactivo del efecto inmediato, puede legítimamente decir: "Si las leyes nuevas no pueden aplicarse sin retroactividad a una adquisición de propiedad, porque la *conditio juris* de su aplicación es una adquisición pasada, al contrario, una ley nueva que define el contenido del derecho de propiedad es aplicada inmediatamente, sin ninguna retroactividad, a todas las propiedades existentes porque la *conditio juris* de su aplicación es simplemente el hecho de la existencia del derecho de propiedad".

En lo que concierne, a la opción contraria entre el efecto inmediato de la ley nueva y la supervivencia de la ley antigua, el principio *tempus regit factum* no puede autorizar una distinción entre las situaciones legales y las situaciones contractuales: porque para los efectos de estas últimas, la *conditio juris* de la aplicación de la ley nueva es simplemente el hecho de la existencia de un contrato en curso. Y sin embargo, M. Pace admite el valor práctico de esta distinción del contrato y del estatuto legal. Es preciso reconocer entonces que si la consideración de los hechos es decisiva cuando se trata de la creación de una situación jurídica (*ex facto oritur jus*), al contrario, cuando se trata de leyes que gobiernan los efectos de una situación jurídica, ella conduce a nada porque ya no se trata de gobernar los hechos sino los derechos y sus consecuencias. No hay, pues, un principio único capaz de gobernar las leyes en el tiempo: la distinción entre el efecto retroactivo y el efecto inmediato es fundada sin duda en una cuestión de fecha, pero la distinción del efecto inmediato de la ley nueva o de la supervivencia de la ley anterior es una cuestión de calificación, según se trate de contrato o de estatuto legal.

3. M. Guillermo A. Borda, desarrolla sus ideas sobre los conflictos de la ley en el tiempo, en un folleto "Retroactividad de la ley y derechos adquiridos" (Buenos Aires, 1951).

El título mismo —dice Roubier— de su obra muestra que el se coloca bajo el régimen de la doctrina clásica, según la cual la ley nueva es retroactiva cuando ella afecta los derechos adquiridos bajos el imperio de la ley antigua. El tiene buen juicio de demostrar que este sistema, aún seguido por la legislación y la jurisprudencia en la República Argentina, es un sistema falaz y declara que la protección a acordar a los derechos de los particulares contra las leyes nuevas viene del derecho constitucional y no tiene relación directa con la teoría

de los conflictos de las leyes en el tiempo. No es menos cierto que sus reacciones, que recuerdan aquellas de Lasalle, son reacción de orden político aún más que jurídico, y es la más desafortunada consecuencia de los derechos adquiridos sobre el terreno político: la propensión a defender enteramente los derechos adquiridos contra toda ley de reforma no puede más que estimular el espíritu revolucionario.

El autor, que consiente sin embargo en conservar la regla de la no retroactividad, pero, como una simple regla de interpretación para el juez —este es quien legitima la posibilidad de una retroactividad tácita— no considera útil justificar el principio del efecto inmediato de la ley, porque —dice él— la ley actual es la única ley en vigor, ya que la ley antigua pertenece más a la historia del derecho, y que si se puede llegar a su aplicación aún, será solamente porque la ley, la ley en vigor el día en que el Juez dicta su sentencia, lo impone así.

Esta posición podría autorizar, también el efecto retroactivo, pues en el fondo ella es la negación pura y simple de todo conflicto de leyes en el tiempo.

C. CARACTERISTICAS ESPECIALES DEL DERECHO FRANCES SOBRE ESTE ASPECTO

1. *El principio de la no retroactividad de la ley tiene por destinatario al juez y no al legislador.*

Lo que establece el artículo 2o. del Código Civil Francés es una regla de interpretación y aplicación de la ley que el juez debe obedecer: al aplicar la ley no le debe dar efectos retroactivos.

Pero, desde luego, como tal regla es legal, la misma ley la puede modificar, diciendo *expresa* o *tácitamente* que regula hechos, actos o situaciones jurídicas anteriores a su vigencia.

Para que el referido principio de la no retroactividad tuviera por destinatario al legislador, era necesario que así se estableciera en la Constitución Política de la República Francesa.

Y así lo entendieron varios revolucionarios. La primera Constitución europea que contenía una norma de esta naturaleza fue la Constitución Francesa del 24 de julio de 1793. La declaración de los derechos del hombre que encabeza esta Constitución, contenía, en efecto, en el artículo 14, esta norma: "...la ley que castigara los delitos cometidos antes de que ella existiera sería una tiranía; el efecto retroactivo dado a la ley sería un crimen". Este texto no concernía sino a las leyes penales; Merlin, es cierto, ha sostenido más tarde que la idea primera de la Comisión encargada de elaborar la Constitución era la de que esta disposición debía aplicarse, también, a las leyes civiles. El desarrolla esta opinión en la sesión del 5. Floreal, año III, en el momento en que se discutía la abrogación del efecto retroactivo del célebre decreto del 17 nivoso, año II. La Asamblea, instruida por la experiencia, vota más tarde un texto que prohíbe el efecto retroactivo tanto en materia civil como en material penal: el artículo 14 de la Declaración de los derechos inserta en la cabeza de la Constitución del 5. Fructidor, año III, está, en efecto, concebido así: "Ninguna ley, ni comercial, ni civil, puede tener efecto retroactivo".

Ninguna otra Constitución Francesa posterior reprodujo la anterior norma. Se intentó en 1848, cuando el capítulo 2o. de la Constitución de ese año, que enumera los derechos de los ciudadanos garantizados por la Constitución, fue discutido por la Asamblea Nacional y M. Dabeaux propuso una enmienda tendiente a incluir la regla de la no retroactividad de las leyes. No obstante el fuerte apoyo de M. Damante, quien recalcaba que el artículo 2o. del Código Civil tenía sólo fuerza de ley ordinaria y que al inscribir ese principio en la Constitución, se daba una regla para el legislador y no solamente para el juez. La enmienda fue derrotada con base en la observación de Odilon Barrot de que ciertas leyes están llamadas a tener efecto retroactivo como las leyes que rebajan las penas. Nunca más se intentó una inclusión en la Constitución Francesa de una norma de este estilo si se exceptúa una proposición (de Eduard Herriot) en la sesión de agosto 26 de 1946 y en relación con la Constitución de ese año y que no fue aprobada.

2. *Las distintas soluciones dadas por la doctrina francesa a los distintos conflictos, carecen de respaldo legal particular.*

Como ha quedado visto, el Código Civil Francés solo tiene la norma contenida en su artículo 2o. Con base en su sintético y elemental contexto los doctrinantes franceses han construido todas las tesis atrás reseñadas y han deducido las diferentes soluciones para los nuevos conflictos específicos de las leyes en el tiempo.

La Comisión de reforma del Código Civil francés, constituida por el Ministerio de Justicia, ha querido llenar este vacío, adoptando un cierto número de textos relativos a los conflictos de leyes en su reunión del 31 de marzo de 1949. Tales textos conforman el Capítulo V del título preliminar del proyecto de Código (artículos 23 a 30).

En la relación presentada por M. Paul Roubier ("Trabajo de la Comisión de Reforma del Código Civil", París, Sire, 1948-1949, págs. 263-275) aparecen expuestos los principios que han servido de base a la redacción del Anteproyecto. No se trata de establecer simples disposiciones de transición entre el Código antiguo y el Código nuevo sino más bien, de señalar principios generales sobre los conflictos de las leyes en el tiempo, susceptibles de regular todos los conflictos de este orden, nacidos de la sucesión de leyes.

Esos 8 artículos propuestos —aún no vigentes— comprenden las mismas soluciones a que llega Roubier en la exposición de su teoría.

Así, por ejemplo, el artículo 23, el primero del Capítulo proyectado, dice: "Las leyes nuevas no pueden modificar las condiciones del establecimiento de las situaciones jurídicas ya creadas ni las condiciones de extinción de las situaciones jurídicas ya extinguidas; ellas no pueden modificar los efectos producidos por una situación jurídica en el tiempo en que la ley precedente estaba en vigor".

Son, pues, soluciones teóricas, sin respaldo constitucional y dirigida al juez, no al legislador, que, cuando quiera, expide una ley con efectos retroactivos.

D. CARACTERISTICAS ESPECIALES DEL DERECHO COLOMBIANO

1. Atrás quedó establecido que la Constitución Política Colombiana, en su artículo 30 garantiza "el derecho de propiedad y los demás derechos adquiridos con justo título...", por lo que a diferencia de lo que sucede en Francia, esta regla constitucional obliga al juez y al legislador colombiano el que, salvo el caso excepcional contemplado en la misma norma constitucional, no puede expedir leyes retroactivas, leyes que violen los *"derechos adquiridos"*.

2. Obvio, entonces que:

a) La ley que, fuera de la excepción constitucional, disponga para el pasado o, en otros términos, viole derechos adquiridos, es inexequible y el juez no puede aplicarla, a tenor del artículo 215 de la Constitución Política.

b) El juez no puede —en ningún caso y con ningún principio interpretativo— sin violar el artículo 30 de la Codificación Constitucional, aplicar una ley en el sentido de hacerle producir efectos violatorios de derechos adquiridos.

3. En el Derecho Colombiano, por la existencia de normas expresas constitucionales y legales que hablan de los *"derechos adquiridos"*, ha de seguirse trabajando con base en ellos y no en las "situaciones jurídicas concretas" de la moderna teoría sobre Derecho Transitorio.

Es decir, una ley es inconstitucional —y en el mismo caso un decreto, cualquiera que sea su naturaleza— cuando viola "derechos adquiridos", no cuando vulnere o desconozca "situaciones jurídicas concretas".

4. Desde luego la Sala entiende que un somero análisis del desarrollo histórico de las diversas teorías, según quedó expuesto atrás, lleva a las siguientes conclusiones:

a) Los sostenedores de la moderna teoría sobre las *"situaciones jurídicas"*, no desconocen la existencia jurídica de los *"derechos adquiridos"*, lo que relevan es la dificultad para establecer nítidamente el momento de su nacimiento o adquisición con miras o regular el tránsito de legislación.

b) Ante tal dificultad, tanto Bonnecase como Roubier, recurren a la nueva figura de las *"situaciones jurídicas concretas"*, como aquellas que surgen en el momento mismo en que la hipótesis fáctica de la ley se ha hecho realidad concreta frente a un sujeto de derecho, en su beneficio o en su contra. Sin embargo, al proteger tales situaciones frentes a la ley nueva, lo que protegen son *"las consecuencias"* de ellas, y estas no son otra cosa que los *"derechos adquiridos"*.

Esto demuestra que las dos teorías se complementan, no se destruyen; y que, pueden conciliarse diciendo que la nueva ley no puede violar los derechos adquiridos de situaciones jurídicas concretadas antes de entrar en vigencia la nueva ley.

5) La norma constitucional colombiana ya comentada, tiene entre otros desarrollos legales, los siguientes:

a) El artículo 322 de la Ley 153 de 1887, tomada de una similar expedida en la República de Chile, dice:

"Los derechos adquiridos con arreglo a la abolida legislación de los extinguidos Estados subsistirán según las reglas establecidas en la primera parte de esta ley".

b) Y el 17 del mismo estatuto legal, predica: "las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene".

c) La citada ley trae otros artículos que, en forma expresa, solucionan casos concretos de conflictos de leyes y sientan principios generales que presentan la solución de los no previstos:

1. El artículo 1o.:

"Siempre que se advierta incongruencia en las leyes, u ocurra oposición entre ley anterior y ley posterior, o trate de establecerse el tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo, las autoridades de la República, y especialmente las judiciales, observarán las reglas contenidas en los artículos siguientes".

2. El artículo 2o. consagra el principio general del "Efecto inmediato de la ley":

"La ley posterior prevalece sobre la anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior".

3. El artículo 18, pleno desarrollo del artículo 30 de la Constitución, cuando dice la norma constitucional: "...Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

"La propiedad es una función social que implica obligaciones.

"Por motivos de utilidad pública o de interéss social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa", previene: "Las leyes que por motivos de moralidad, salubridad o utilidad pública restrinjan derechos amparados por la ley anterior, tienen efecto general inmediato".

"Si la ley determinare expropiaciones, su cumplimiento requiere previa indemnización, que se hará con arreglo a las leyes preexistentes.

"Si la ley estableciere nuevas condiciones para el ejercicio de una industria, se concederá a los interesados el término que la ley señale, y si no lo señala, el de seis meses".

4. Los artículos 19, 20, 21, 22, 23, 24 y 25, de la Ley 153 de 1887.

"Artículo 19. Las leyes que establecen para la administración de un estado civil condiciones distintas de las que exigía una ley anterior, tienen fuerza obligatoria desde la fecha en que empiecen a regir.

"Artículo 20. El estado civil de las personas adquirido conforme a la ley vigente en la fecha de su constitución, subsistirá aunque aquella ley fuere

abolida; pero los derechos y obligaciones anexos al mismo estado, las consiguientes relaciones recíprocas de autoridad o dependencia entre los cónyuges, entre padres e hijos, entre guardadores y pupilos, y los derechos de usufructo y administración de bienes ajenos, se regirán, por la ley nueva, sin perjuicio de que los actos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de la ley anterior tengan cumplido efecto.

"Artículo 21. El matrimonio podrá por la ley posterior, declararse celebrado desde época pretérita, y válido en sus efectos civiles, a partir de un hecho sancionado por la costumbre religiosa y general del país; en cuanto este beneficio retroactivo no vulnere derecho adquiridos bajo el imperio de la anterior legislación.

"Artículo 22. Las pruebas del estado civil legitimado desde época pretérita por la ley posterior, se subordinarán al mismo principio que se reconoce como determinante de la legitimidad de aquel estado.

"Artículo 23. La capacidad de la mujer para administrar sus bienes se regirá inmediatamente por la ley posterior. Pero si esta restringe dicha capacidad, no se hará efectiva la restricción sino cumplido el término de un año, salvo que la ley misma disponga otra cosa.

"Artículo 24. Los hijos declarados legítimos bajo el imperio de una ley, no perderán su carácter por virtud de la ley posterior.

"Artículo 25. Los derechos de los hijos ilegítimos o naturales se sujetan a la ley posterior en cuanto su aplicación no perjudique a la sucesión legítima".

Sobre estas disposiciones, resulta necesario traer el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, sobre los "derechos adquiridos" y el estado civil de las personas, su prueba y sus consecuencias:

"Dentro del estudio de este proyecto se planteó la conveniencia de definir si las pruebas que consagra el artículo 4o. de la Ley 45 de 1936, tienen o no aplicación para demostrar hechos sucedidos con anterioridad a su vigencia, con la consecuencia de obtener la declaración de paternidad. Hubo así necesidad de llevar al estudio de la Sala de Casación Civil, en pleno, el presente negocio.

"La mayoría de la Sala acogió la solución afirmativa, que reconoce la plena validez de tales pruebas, sea que los hechos pertinentes hayan tenido ocasión antes o después de la vigencia de la Ley 45 de 1936. Sirven de fundamento a la decisión de la Sala las siguientes consideraciones:

"Cuándo existe un derecho adquirido.

"Se alega que la aplicación del artículo 4o. de la ley a hechos anteriores, vulnera derechos adquiridos del padre. No comparte la Sala esta opinión.

"Para que exista un derecho adquirido se necesita que haya ingresado al patrimonio de una persona, estableciendo la situación jurídica concreta cuyos efectos tengan un significado económico o simplemente moral. Así el dominio sobre una cosa o la filiación que se adquieren en virtud de una norma legal

vigente. La ley posterior no puede entonces desconocer ni vulnerar ese derecho sin producir efectos retroactivos que el precepto constitucional rechaza.

"Mas nadie tiene derecho adquirido a no suministrar alimentos a quienes en virtud de la ley actual no disfruten de la calidad de alimentarios, ni a desconocer la paternidad que por el hecho de la concepción se ha establecido, ni a desheredar a quienes antes de la muerte del *de cujus* no tenían la calidad legal de herederos forzosos pero la adquirieron por mandato de la ley vigente al momento de fallecer éste. En ninguno de estos casos existe situación jurídica concreta que pueda ser oponible a la nueva ley que le otorgue la calidad de alimentario a persona que antes carecía de ella, o que permita obtener judicialmente la declaración de una filiación que en el pasado no podía investigarse o que le dé el carácter de heredero forzoso a quien hasta entonces no gozará de este privilegio. Los efectos de tales leyes son generales e inmediatos.

"En estos ejemplos la nueva ley se halla al nacer ante situaciones de hecho puras y simples, o cuando mucho, frente a la mera expectativa de que no se modifique la situación existente antes de ella; pero no se encuentra en presencia de derechos adquiridos.

"El argumento de que en el momento de la concepción el futuro padre natural debe conocer las obligaciones que las consecuencias del acto le impongan y las normas llamadas a regular, frente a él, los derechos de la criatura por nacer, no tiene fundamento jurídico ni legal alguno. Es tanto como afirmar que el padre legítimo tiene derecho adquirido a que sus hijos vivan siempre sujetos a las normas legales vigentes en el momento de su concepción, relativas a alimentos, herencia, patria potestad, etc. O como decir que los cónyuges tienen derechos adquiridos sobre la situación jurídica patrimonial vigente en el momento de contraer nupcias. Es decir, conlleva a sostener el absurdo de que las normas legales que regulan los derechos y obligaciones inherentes a todo estado civil, vigentes al momento de su constitución, otorgan derechos inmodificables o constituyen derechos adquiridos que ninguna ley posterior puede vulnerar ni desconocer. Pero sucede exactamente todo lo contrario: el estado civil adquirido conforme a la ley vigente a la fecha de su constitución, subsiste aunque esa ley sea derogada. Otra cosa es que los derechos y obligaciones anexos al mismo estado, las consiguientes relaciones recíprocas de autoridad y dependencia entre los cónyuges, entre padres e hijos, entre guardadores y pupilos, y los derechos de usufructo y administración de bienes ajenos se rijan por la ley nueva, como lo consagran en Colombia en forma expresa y terminante los artículos 23 del Código Civil y 20 de la Ley 153 de 1887. Principio que por lo demás, se encuentra consagrado en la legislación y en la jurisprudencia universales.

"Aplicación de la ley nueva sobre estado civil de las personas y concretamente sobre filiación.

"Y no puede alegarse que se tenga derecho adquirido a que un estado civil no se declare o establezca. Los textos citados dicen —lo que es muy distinto—, que si el estado civil se constituyó bajo el imperio de una ley, no desaparece a pesar de que ésta ley deje de regir. Porque entonces ese estado civil constituye una situación jurídica concreta cuyos efectos se ha producido plenamente y forman parte del patrimonio jurídico y moral de la persona. Mas cuando el

estado civil existe pero hace falta únicamente la prueba que lo releve o la sentencia que lo declare, la ley nueva que establece un medio de demostrarlo antes no permitido, no crea ese estado civil originado en el hecho o acto jurídicos que lo determinan; simplemente proporciona la manera de ponerlo en evidencia. Y mucho menos puede decirse que en tal caso la ley nueva vulnere derechos adquiridos a que ese estado civil permanezca fuera del derecho.

"Igualmente, los derechos y obligaciones anexos al estado civil pueden ser mejorados o disminuidos o modificados por la ley nueva, sin que sea dable alegar su inalterabilidad. Si bien es cierto que el estado civil constituye una situación jurídica adquirida, en cambio tales derechos y obligaciones únicamente representan derecho adquiridos cuando se han traducido en actos válidamente consumados bajo el imperio de la ley vigente. Frente al futuro tienen el carácter de simples expectativas.

"Ya se ha concluido que las doctrinas sobre retroactividad de la ley y derechos adquiridos o situaciones jurídicas concretas y abstractas, no sirven para establecer que la Ley 45 no se aplique a los hijos nacidos antes de ella. De lo único que se trata es del problema de la aplicación a hechos anteriores de medios nuevos de prueba consagrados en la ley. El problema de la aplicación de la nueva ley de pruebas es concreto y está estudiado en forma clara por los expositores modernos de derecho procesal y de ciencia probatoria que más adelante se citan. Todos ellos concluyen diciendo que los medios nuevos de prueba tienen aplicación para demostrar hechos sucedidos con anterioridad, sin que nadie pueda alegar en contra derechos adquiridos.

"Pero es fundamental el estudio que sobre esta materia y concretamente en el terreno de la filiación y del establecimiento de acciones nuevas o de la prohibición de ejercer acciones antes admitidas, trae el Profesor Pascuale Fiore, de la Universidad de Nápoles, cuya obra se publicó en el año de 1927, o sea apenas un año antes de la obra de Roubier, con el título "De la irretroactividad e interpretación de las leyes".

"En el capítulo sobre "Paternidad y filiación natural" (páginas 146 y ss.) empieza el profesor Fiore por advertir que "la relación entre el padre natural y la prole" produce efectos jurídicos solamente cuando la procreación es declarada por reconocimiento espontáneo o mediante sentencia judicial. Por tanto, como antes de ser declarada no se han producido los efectos jurídicos de la filiación, no se tiene ninguna situación jurídica establecida ni concreta, sino simplemente abstracta. Así, pues, al decir de Roubier y Teste la nueva ley regiría tal situación en forma absoluta y soberana.

"Conforme a Fiore, la ley vigente en el momento de que fuere establecido el estado (por tanto en el momento de hacerse el reconocimiento o de proferirse la sentencia que declara la paternidad) es la aplicable para determinar las condiciones legales en que puede tenerse por constituido dicho estado y los actos idóneos para constituirlo. Es decir, que rige la ley nueva en cuando establece los medios para reconocer o investigar la paternidad y los casos en que tal declaración judicial puede hacerse. Mayor claridad para el caso en estudio no puede encontrarse. En efecto, dice Fiore:

"También deben decidirse por la ley vigente en la época en que fuere establecido dicho estado, *todas las cuestiones que se susciten acerca de las condiciones legales bajo las cuales puede o no tenerse por constituido el estado de hijo natural*, y acerca de los actos *idóneos* para constituir el reconocimiento espontáneo y sobre la condición de la proble que pueda o no ser reconocida" (página 147).

"Y a continuación dice que si el reconocimiento no estuviere hecho al tiempo de iniciarse la vigencia de la nueva ley, entonces se sujeta a los modos y forma en ésta establecidos. Luego el mismo criterio rige, conforme al párrafo transcrito, para el caso de que la investigación judicial no se hubiere hecho antes de la vigencia de la nueva ley; se somete a sus disposiciones.

"Más adelante dice Fiore que el hijo no tiene derecho adquirido a que se investigue su paternidad frente a la ley nueva que lo prohíbe; luego con mayor razón no puede el padre alegar derecho adquirido a que no se investigue su paternidad frente a la nueva ley que sí lo permite. Esto es elemental (págs. 153-124). Porque en el primer caso todavía podría alegarse que la ley permisiva otorgaba el derecho a establecer la filiación, que únicamente faltaba iniciar el juicio, y que ese derecho se tenía desde el momento de nacer. En cambio la situación del padre frente a la ley prohibitiva es de simple eventualidad; él está cubierto de acción judicial mientras la ley no la consagre, mas nadie tiene el derecho a ocultar la verdad, o como dice el Profesor Ricci: 'nadie adquiere derecho para hacer triunfar la mentira sobre la verdad o la buena fe'. Y se trata simplemente de poder o no aducir la prueba judicialmente, porque la filiación existe desde antes de que la sentencia la declare. De no ser así el fallo tendría carácter constitutivo del estado civil, cosa que ninguno de los expositores de derecho civil y procesal admite.

"Insiste mucho el profesor Fiore acerca de que el hijo es quien tiene el derecho de justificar su filiación conforme a los medios de prueba existentes cuando surgieron las relaciones de paternidad, y que si una ley nueva suprime esos medios de prueba, no puede perjudicarlo. Pero en ninguna parte dice que el padre pueda tener derecho a que no se pruebe su paternidad sino por los medios anteriores. En el caso nuestro no se trata siquiera de este problema, porque la verdad es que antes de la Ley 45 no existía ningún medio de prueba para establecer judicialmente la paternidad; únicamente se admitía el reconocimiento voluntario, que es cuestión totalmente distinta (págs. 147 y 151, nota).

"No se trata, pues, de que se hubiera cambiado el sistema probatorio en juicios de investigación. Lo que ocurre es que antes era inadmisible la acción y ahora es permitida; con anterioridad a la Ley 45 no había sistema probatorio judicial, relativo a la filiación natural. Y, como advierte Fiore, en esta materia "La razón es siempre la misma, la de que para decidir de la admisibilidad o inadmisibilidad de la acción, hay que estar a lo que disponga la ley que esté en vigor en el momento en que quiera ejercitarse" (pág. 159). Nosotros estamos frente a un problema de éstos, y no el de una variación de medios de prueba judicial, pues la citación a declarar bajo el juramento de que trataba la antigua ley, es algo especialísimo que no significa investigación.

"Pero si se considera que estamos ante una variación de medios de prueba de la filiación, ella consistiría en que antes sólo se probaba por reconocimiento

y ahora, además, por sentencia judicial. Y se vuelve entonces a concluir que se trata de la admisibilidad de la acción antes no permitida.

"Y aún si por vía de hipótesis se parte de la base de que se pretende aplicar medios nuevos de prueba a filiaciones anteriores, se llega a la misma conclusión: los medios nuevos siempre sirven para probar los hechos anteriores y establecer la fijación de hijos nacidos antes de la ley; sin olvidar que si se suprimen medios antes permitidos, éstos continúan válidos para esos hijos. Así lo dice clara y expresamente Fiore (págs. 157 y 151 a 152).

"La jurisprudencia italiana también se pronunció en el sentido de que las nuevas leyes sobre prueba de la filiación natural, "no surten efecto en perjuicio de los hijos nacidos o concebidos antes de la promulgación del Código Civil, a los cuales les serán permitidas sin restricción alguna las investigaciones sobre paternidad o la maternidad". (Tribunal de Milán, cita de Fiore, pág. 151). Y la misma doctrina sotuvo el Tribunal de Casación de Turín (Fiore, pág. 152).

"Como se ve el problema no existe sino cuando la nueva ley perjudica a los hijos, porque se puede tener el derecho adquirido a un medio de prueba, pero jamás a que no se pruebe sino por ciertos medios.

"Y es que: "El ejercicio de la acción no viene a constituir un derecho perfecto más que cuando fuere ejercitada ya", como advierte el mismo Fiore (pág. 155 infra). De consiguiente, antes apenas se tiene una expectativa (tanto para el hijo como para el padre), o, como diría Roubier, una situación jurídica no establecida, que la nueva ley regirá totalmente. Y la acción es en sí, al decir de Fiore, una institución jurídica que se rige por la ley vigente en el momento de iniciarla; de modo que cuando se trata de que antes existía prohibición, la ley permisiva tiene plena aplicación. Esa aplicación sería totalmente nugatoria, si no rigieran los medios de prueba allí establecidos y que, claro está, antes no existían.

"Desde otro punto de vista, el ejercicio de la acción judicial y la utilización de los medios idóneos para establecer la filiación, son derechos que emanan del estado civil de hijo no legítimo, o si se quiere decir, de hijo ilegítimo. Y los autores están de acuerdo en que los derechos del estado civil, o, como dice Roubier, los efectos de las situaciones jurídicas, cuando tienen ocurrencia en el futuro, durante la vigencia de la ley nueva, se rigen siempre por ésta.

"Fiore dice al respecto: "Hemos dicho ya que el estado de las personas puede ser un derecho adquirido, pero que no sucede lo mismo respecto de los derechos que son consecuencia del estado personal. Por eso, en cuanto a éstos, y excepción hecha de los derechos perfectos adquiridos inmediatamente con el estado mismo, debe establecerse como regla la autoridad absoluta de la ley nueva y admitirse como principio general, que, a falta de una disposición en contrario, los efectos civiles del estado de familia que provengan de las relaciones entre los miembros de la misma, y los derechos y deberes que de dicho estado se derivan han de quedar sujetos siempre a las modificaciones que en cualquier sentido se hagan por las leyes posteriores, aun cuando hubiese sido adquirido bajo el imperio de leyes anteriores el estado personal a que se refieren" (pág. 172).

"Mayor claridad para el caso actual no puede darse. Pero todavía agrega Fiore: "La razón de la regla citada se encuentra en el principio expuesto antes de ahora de que realmente no constituye un derecho adquirido lo relativo a la capacidad para obrar y a la facultad para ejercitar los derechos en los límites de la capacidad misma concedida por la ley, *por lo que ninguno puede pretender que continúe el estado de cosas anterior, respecto del mismo, como si fuese un derecho adquirido*". (172 infra, 173 supra).

"De modo que el padre no puede pretender que tiene derecho adquirido a que la situación anterior continúe igual, en cuanto a que no se permita al hijo ejercitar el derecho a probarle judicialmente su filiación, por los medios establecidos en la nueva ley.

"Si ante la ley nueva, como advierte Fiore, que modifica los derechos propios de la patria potestad, el padre no puede alegar derechos adquiridos, con mayor razón no puede hacerlo para impedir que el hijo pruebe su filiación por los medios nuevos establecidos en la ley. No se puede hablar seriamente de que exista ese derecho a que el hijo no pruebe su filiación. Todos los derechos que competen al padre como tal, se rigen siempre por la ley nueva (pág. 184).

"Muy importante es el siguiente párrafo de Fiore: "La organización de la familia se rige por la ley vigente, y por eso todas las que conceden, quitan o modifican los poderes pertinentes al padre sobre sus hijos, y los derechos eventuales que de ellos se derivan, *así como las que modifican la capacidad de los hijos*, sometidos a la potestad paterna o a la tutelar, deben ser inmediatamente aplicadas, a partir de su publicación, a todas las personas, aún a aquellas cuyos derechos y relaciones jurídicas se regieran antes por disposiciones legales que estableciesen lo contrario". Y continúa: "Como tenemos dicho ya con repetición, *no puede constituir para los unos ni para los otros un derecho adquirido la continuación del estado anterior de cosas en cuanto a la organización o régimen de las familias*, y en su virtud, sin ser por ello retroactiva, la ley nueva sujeta a su autoridad en adelante tales relaciones jurídicas" (pág. 190).

"Esto lo dice Fiore aún para los verdaderos derechos del padre sobre los hijos, luego con infinita mayor razón se aplica para algo tan deleznable como la pretensión de que no se pruebe su paternidad por los medios que la ley nueva consagra.

"Según Pierre Teste, las leyes nuevas rigen los efectos futuros de las situaciones jurídicas ya establecidas; por tanto, la investigación, su prueba, los derechos herenciales, alimentarios, etc., iniciados o alegados después de la vigencia de la ley nueva, se rigen por ésta *aun cuando* se trata de situaciones del estado civil existentes y constituidas con anterioridad a ella. Con mayor razón si no se trata de situaciones ya constituidas. Los efectos posteriores a la nueva ley, de un matrimonio o de una filiación, se rigen por ella; v. gr. administración de bienes, acción de divorcio, acción de investigación, etc.

"Para Teste el hijo legítimo ni siquiera tiene derecho adquirido a que se mantengan los derechos de sucesión vigentes al tiempo de nacer o cualquiera otro de los asignados por la ley que rija entonces.

"Y en forma contundente para el caso agrega Teste: "Mientras no sea definitiva la constitución del derecho, la ley nueva, que tenga por objeto

modificar las condiciones de forma o de fondo o suprimir el derecho de una manera radical, se aplicará inmediatamente. *La ley nueva que autorice la creación de un derecho, la constitución de una situación jurídica cualquiera, antes prohibida, podrá ser invocada por todo el mundo sin violar el principio de la irretroactividad, puesto que ella sucede a la nada"* (Cita de Zuleta Angel, "Derechos Adquiridos", pág. 95).

"El último párrafo de Teste es de una pertinencia absoluta al caso en estudio. El hijo ilegítimo no podía constituir su estado civil o su situación jurídica de hijo natural, porque la ley anterior le prohibía la investigación judicial de la paternidad. La nueva Ley 45 vino a autorizar la creación de la prueba consistente en la sentencia judicial, a permitir la constitución de la situación jurídica de hijo natural mediante ese nuevo sistema y a abolir la prohibición imperante. Luego, conforme a Teste, la nueva ley puede ser invocada por todos los hijos naturales, sin que nadie alegue irretroactividad, porque ella sucede a nada en materia de filiación paterna declarada judicialmente.

"También la autoridad de *Beudant* sirve para aceptar la aplicación del artículo 4o. de la Ley a los hijos nacidos antes de ella. En efecto, este autor dice:

"Por tanto las consecuencias de un hecho ejecutado bajo una ley caerán bajo el imperio de la nueva, aunque se relacionen a un hecho anterior, porque ellas no aparezcan sino como un resultado posible e indirecto, como quiera que no constituye entonces sino una expectativa y no un derecho adquirido" (cita de Eduardo Zuleta Angel, "Derechos Adquiridos", pág. 64).

"Es decir, conforme a Beudant, cuando los efectos o consecuencias de un hecho ejecutado antes no aparezcan sino como un resultado posible e indirecto, se rigen por la ley nueva. Y precisamente, los efectos de los actos que contempla el artículo 4o. de la Ley 45, ejecutados antes, eran simples resultados posibles que entonces no conllevaban prueba de la paternidad, pero que tampoco constituían ningún derecho adquirido. Las consecuencias herenciales, alimentarias, etc., de tales hechos, eran simplemente posibles ya que a ellas se aplica la ley vigente a tiempo de la muerte o de pedir los alimentos. No eran consecuencias definitivas. Por eso nada impide que la nueva ley regule cuáles deben ser esas consecuencias desde el punto de vista probatorio y cuáles los derechos que a los hijos se les reconoce una vez declarada su filiación. Como advierte Beudant, mientras no se oponga un verdadero derecho adquirido a la nueva ley, ésta regula soberanamente la materia. Y por ninguna parte aparece el derecho adquirido del padre para que su paternidad no se demuestre con medios de prueba no admitidos por la ley anterior. Luego, siguiendo el pensamiento de Beudant, la nueva ley rige soberanamente para todo lo relacionado con la prueba en cuanto a medios nuevos se refiere.

"Y en forma nítida aparece que tal es el concepto de Beudant, para el caso concreto de los hijos naturales y de los medios de prueba en la investigación judicial, al estudiar los efectos de la ley francesa de 1912. Porque el criterio del expositor se debe buscar en el contexto de su exposición y no en frases aisladas. Y Beudant afirma que la ley de 1912 se aplica totalmente a los hijos nacidos antes de ella, e incluso para los efectos herenciales completos. Por eso acepta

Beudant que se aplique la nueva ley a los hijos nacidos antes de su vigencia, sin la menor vacilación.

"Y lo mismo puede decirse de la casi totalidad de los autores franceses modernos, y de la jurisprudencia francesa, como luego se verá.

"La situación del hijo ilegítimo antes de la Ley 45 de 1936.

"Ni cabe alegar que como antes de la vigencia de la Ley 45 de 1936 el estado civil de estos hijos era el de hijos ilegítimos, esta ley no puede abolir o dejar insubsistente el estado adquirido con anterioridad a su expedición. El argumento parte de una base totalmente falsa, cual es la suposición de que había adquirido el estado civil de hijo ilegítimo. Se trata, precisamente, de todo lo contrario. El hijo ilegítimo era aquel cuyo estado civil no se hallaba establecido por el aspecto de su filiación paterna y no tenía, por tanto, derecho adquirido en relación a ella. La tesis del recurrente equivale a sostener que tenía el derecho adquirido a no adquirir ninguna filiación paterna. Y lo absurdo de tal conclusión excluye todo comentario.

"Por eso la jurisprudencia nacional no ha puesto en duda jamás el derecho que asiste a quienes nacieron antes de la Ley 45 de 1936 a instaurar la acción para investigar la paternidad natural. Solamente durante algunos años se discutió si había necesidad de enderezarla contra el mismo padre y durante la vida de éste, o si podía promover después de su muerte.

"Se alega que el fallo de la Corte de 9 de noviembre de 1943 rechaza la aplicación de las normas de dicha ley a los hijos nacidos antes de su vigencia. Pero no es ése, en absoluto, su alcance, como se deduce de un análisis somero de él. (G. J. número 2001-5, Tomo LVI, págs. 272-3).

"El caso estudiado por la Corte en aquella sentencia contemplaba inequívoca y especialmente, un reconocimiento voluntario realizado con anterioridad a la ley, sin las solemnidades prescritas por el derecho vigente cuando el reconocimiento se produjo y que, sin embargo, el demandante alegaba como fundamento del estado civil que pretendía para conferirle a una persona la calidad de hijo natural como si hubiera sido voluntariamente reconocida por acto de su padre en las hipótesis previstas por los artículos 368 del C.C. y 56 de la Ley 153 de 1887.

"La Corte no solamente limitó el estudio a la cuestión fundamental que se le sometía, sino que interpretó correctamente el contenido y alcance del acta que servía al demandante de respaldo a su intención. Y comparando esa acta con lo contemplado por el artículo 2o. de la Ley 45 de 1936, en cuanto se refiere al reconocimiento de hijos naturales por manifestación expresa y directa hecha ante el Juez, aunque el reconocimiento no hubiera sido el único y principal objeto del acto que lo contenía, encontró que la referida acta, fundamento de las pretensiones del actor, no contenía en manera alguna esa manifestación expresa y directa de que trata la ley.

"Si la Corte hubiera procedido bajo la influencia del criterio absoluto de que a la Ley 45 de 1936 no se le podía admitir ningún efecto retroactivo, ciertamente no habría entrado a fijar su atención en la circunstancia de si el acto de 25 de julio de 1932, contenía o no contenía un reconocimiento de hijo

natural por parte de su padre, o de la persona a quien se tenía por tal, quien había sido citado para practicar la diligencia en el juzgado de menores de Bucaramanga.

"Corrobora esta apreciación, acerca del alcance de la doctrina de la Corte, expresada en aquel fallo, la redacción misma de su pensamiento cuando declara:

"...ese acto ineficaz para constituir en ese entonces un estado civil no puede hoy revalidarse o reconocerse eficaz para tal efecto, sino en tanto que el legislador de manera expresa, en ley posterior, le haya reconocido la virtud de constituir un estado civil y servir al mismo tiempo de prueba de él, cosa que la Ley 45 de 1936 no ha hecho".

"Todo el raciocinio de la Corte se endereza a demostrar que cuando el estado civil de hijo natural se pretende constituido mediante la expresión de voluntad inequívoca, declarada solemnemente por el padre, se está en presencia de un medio que excluye, lo mismo que la confesión judicial de una deuda, la necesidad de declararla mediante sentencia. Es decir, que se trata de aplicar el principio *confesus in jure indicato habetur*. Cuando el estado civil lo mismo que una deuda, se discute, puede ocurrir que la confesión del demandado haga inútil la tramitación del juicio para que en la sentencia con que aquél culmina se proclame el hecho que engendra la obligación, o aquél que sirve de base para constituir el estado. Claro está que lo dicho es en vía de especulación teórica porque, según principio universal de derecho, el estado civil de las personas no puede establecerse mediante la prueba de la confesión, como tampoco se puede transigir acerca de él.

"Precisando ahora más el análisis importa distinguir, con base en la doctrina de la Corte que se viene comentando, entre el estado civil de hijo natural constituido por acto jurídico, y el mismo estado civil constituido por acto judicial.

"Antes de 1936, o sea de que entrara en vigencia la Ley 45 de aquel año, el estado civil de hijo natural no podía constituirse sino por medio de acto jurídico solemne en que el presunto padre reconocía en instrumento escrito, y siempre que éste reuniera la característica esencial de haber sido concebido por una persona soltera o viuda. Dentro de los requisitos y organización del estado civil de hijo natural, la ley anterior a 1936 no admitía ni la posibilidad de que el hijo hubiera sido concebido por padre casado, fuera de matrimonio, y menos aún permitía una controversia judicial para que el fallo declarara ese estado civil.

"Cuando la Ley de 1936 entró a regir, las condiciones para adquirir el estado civil de hijo natural variaron, así como también se aplicó el medio probatorio de su constitución, y se admitió finalmente que hubiera controversias e investigación judicial de la paternidad.

"Diferenciando por ahora el estado civil de hijo natural que se constituye y prueba mediante declaración judicial de la paternidad, en la sentencia del 9 de noviembre de 1943 la Corte no afirmó ni mucho menos sentó la doctrina de que no se podía por aplicación inmediata de la Ley 45 de 1936, provocar una declaración judicial de la paternidad mediante la prueba de hechos anteriores a la misma ley. En esta parte el fallo comentado dijo literalmente:

"Puede decirse que esa acta de fundamento para una declaración judicial de paternidad con apoyo en el numeral 3o. del artículo 4o. de la citada Ley 45, pero en el caso de autos, por una interpretación dada por el Tribunal a la demanda, que subsiste en casación, la acción no es sobre declaración judicial de la paternidad natural".

"En presencia de este concepto sería imposible afirmar que la Corte hubiera rechazado la posibilidad del juicio sobre filiación natural, basado en un acta producida mucho antes de que la Ley 45 de 1936 se dictara.

"Es verdad que la Corte no admitió en esa sentencia la hipótesis de la viabilidad de la acción, pero no porque considerara irretroactiva la Ley 45 de 1936, sino porque en aquella época ya estaba admitida la doctrina según la cual la acción para declarar la paternidad natural era imposible después de la muerte del padre. Basta leer la parte final del párrafo empezado a transcribir, para comprobar:

"...pero si lo fuere, tampoco podría prosperar, porque ya asentada, como verdad jurídica y axiomática, por esta superioridad en muchos fallos, que la acción para el reconocimiento del estado civil de un hijo natural no puede instaurarse sino en vida del padre, circunstancia que no acaece en el caso de Victoria...".

"

"*La doctrina y la jurisprudencia francesas.*

"En la última edición del Tratado Elemental de Derecho Civil de Planiol, comentado y adicionado por Georges Rippert (París, 1950), Tomo 1o., al tratar el conflicto de las leyes en el tiempo se dice sobre la materia en estudio:

"La filiación es un hecho fisiológico del cual la ley regula la prueba y determina las consecuencias jurídicas según las calificaciones diversas que ella le aplica" (pág. 121).

"Es decir, al estatuir la ley que el reconocimiento o las actas o las sentencias judiciales sirven para establecer la filiación, apenas está regulando su prueba. Tales medios no constituyen la filiación ni su causa; simplemente la demuestran.

"Rippert agrega: "Lo que constituye la dificultad es que, de una parte, *la situación legal resulta del hecho de la filiación*, pero, de otra parte, este hecho no existe jurídicamente en tanto no esté probado. La cuestión está en saber cuál es el verdadero elemento constitutivo de la situación legal: si se admite que es el hecho (supuesto probado) de la filiación, es necesario decidir que la sola ley competente es la ley contemporánea del nacimiento; si se admite, por el contrario, que es la prueba en sí misma, es necesario reconocer la competencia de la ley contemporánea a la administración de la prueba, siendo entendido que el hecho, así establecido, producirá necesariamente sus efectos a contar del día en que ha tenido lugar" (ídem).

"Ripert, pues, afirma para la filiación lo que es evidente para cualquier acto o hecho jurídico: si no existe su prueba, no tiene existencia jurídica. Tanto vale no probar el hecho, a que no exista, enseñan todos los autores de derecho

procesal. Pero una vez que la prueba le da vida jurídica, producirá sus efectos a contar del día en que ha tenido lugar (la concepción en el caso presente). Antes de la prueba se tiene una situación jurídica abstracta, no constituida.

"Estudia luego Rippert el caso de la filiación natural y dice que en 1804 se prohibió la investigación de la paternidad natural, suprimiendo las pruebas que las leyes anteriores admitían. Y dice: "Los tribunales decidieron que las disposiciones nuevas eran aplicables a los hijos nacidos anteriormente (casación 28 junio 1815; 9 marzo 1824; 18 marzo 1846). Tal solución no puede explicarse sino por la idea de que, cuando entró en vigencia el Código, la situación legal de los hijos naturales no estaba aún constituida. Inversamente la Ley del 16 de noviembre de 1912 permitió la investigación de la paternidad natural. Lógicamente la misma situación ha prevalecido: la ley nueva ha sido declarada aplicable a los hijos nacidos antes, pero en su beneficio esta vez, y no en su perjuicio (Civ. 20 febrero 1917) (tres sentencias); 24 julio 1917 (dos sentencias). Se admite por lo mismo que la situación legal del hijo natural tiene su origen *jurídico* no en el hecho mismo de la filiación sino en su prueba. Lo que complica aparentemente el problema es que en la especie, constitución por juicio de la situación legal, no podía dejar de repercutir sobre el pasado, y el hijo natural tiene derecho desde el momento de su nacimiento, a las ventajas que le confiere su calidad. Pero no debe verse en esto sino la consecuencia necesaria del efecto retroactivo que comporta, en cualquier hipótesis, el establecimiento de la filiación. La ley no podría ser retroactiva sino cuando modificara para el pasado los *efectos* de la filiación natural" (Idem.).

"Como se ve, admitiendo la tesis de que la prueba (reconocimiento o declaración judicial constituye la filiación, sería necesario aplicar la nueva ley en virtud del principio de que las normas sobre nuevos medios de prueba tienen aplicación a los hechos anteriores, tal como en Francia lo resolvió la jurisprudencia y como lo explica el profesor Rippert. Pero ese carácter constitutivo de la prueba se refiere simplemente al "valor jurídico de la filiación", es decir, al principio universal de que el hecho o acto, a pesar de que exista realmente, no tiene vida jurídica sin la prueba que lo acredite. Mas la circunstancia de que una vez aportada la prueba y declarada la filiación surta efectos desde el nacimiento, está indicando que la situación legal existía desde el hecho de la filiación, pero faltaba la prueba para reconocerse sus efectos jurídicos.

"En todo caso siempre la ley nueva tendría aplicación a los hijos nacidos antes.

"El Profesor Luis Josserand (Curso de Derecho Civil Francés, Tomo 1o.) dice sobre esta materia:

"La ley de 1912 ha tenido una aplicación inmediata como de interés para el orden social en primer término; nadie puede pretender tener derechos adquiridos en un estado determinado, y especialmente, el artículo 340, en su antigua redacción, no podía otorgarle al padre natural el derecho de sustraerse a la constatación oficial del vínculo que lo une a su hijo. En consecuencia, la ley de 1912 se aplica aún a los hijos nacidos o concebidos anteriormente a su promulgación (número 1219). Cita luego Josserand numerosas sentencias sobre este punto, y agrega: "No sería exacto, en nuestro concepto, decir que la ley es

retroactiva en esta ocurrencia; ella se contenta con obrar inmediatamente, conforme a las exigencias del orden público" (ídem).

"El profesor Roubier expresa al respecto:

"Por ejemplo una ley nueva prohíbe admitir la prueba de la filiación adulterina o incestuosa; esta ley será de aplicación inmediata, sin retroactividad, o sea, que desde el momento de que entra a regir, no se podrá en manera alguna, producir dicha prueba, aún respecto de filiaciones resultantes de adulterio o de incestos anteriores.

"A la inversa, una ley nueva (L. 16 de noviembre de 1912) autoriza probar en juicio la paternidad natural, hasta entonces prohibida (C. Civil 340). Esta ley ha podido aplicarse inmediatamente, aún respecto de hijos naturales nacidos antes. En efecto: ni por la ley antigua, ni por la nueva llegó a preverse que la prueba de filiación natural debiera producirse en un momento dado, y nunca tampoco la ley francesa llegó a consagrar una presunción legal como la establecida en el artículo 312 del Código Civil, tocante a la filiación legítima; cuando nace el niño, la ley sólo tiene en cuenta, como ya lo vimos, la prueba del nacimiento, pero no la de la filiación. Resulta pues, que el establecimiento de esta última prueba, pertenece al futuro, que la nueva ley pueda regir sin retroactividad.

"A decir verdad, la ley del 16 de noviembre de 1912 no se presenta del todo por este aspecto, pues tampoco ha dejado enteramente libre la investigación judicial de la paternidad natural. Hasta cuando aquella ley entró a regir, la prueba en juicio sólo podía fundarse en el rapto, cuando la época de éste coincidía con la de la concepción. La nueva ley agrega una serie de hechos considerados como pertinentes (violación, toda seducción dolosa, cartas y confesiones por escrito, concubinato público, participación en la crianza y educación del niño), cuya enumeración es, sin embargo limitada.

"¿Será menester escribir, por esto, que la ley en cuanto señala la admisibilidad de nuevos medios de prueba, no podría, sin ser retroactiva, permitir que se alegaran, a título de prueba, hechos de esta clase, cuya fecha fuera anterior a la nueva ley?

"Ello sería inadmisible. Los hechos de que se trata, son simples medios de prueba, que el legislador permite alegar en lo sucesivo ante el juez para determinar su convicción y llegar a la verdad. La ley no hace sino autorizar la prueba en juicio, y debe aplicarse a los nuevos debates judiciales; su único objeto consiste, dadas las dificultades bien conocidas en esta materia, en suministrarle al juez el medio de orientarse exactamente. Pero la ley no ha establecido que la prueba haya de referirse a la época de duración anterior y sería absurdo asimilar los hechos previstos para la ley de 1912 a pruebas preconstituidas.

"Con todo, podría hacerse una última objeción: ¿el fallo de reconocimiento acaso no es simplemente declarativo de una situación jurídica? ¿No habría, por tanto, retroactividad si se admitiera que la ley de 1912 pudiera aplicarse a los hijos ya nacidos, pues la situación jurídica de éstos ya existía, y al juez sólo compete reconocerla? Y es verdad que este carácter declarativo no puede

desconocerse, como también que implica un efecto que ya hemos estudiado: la retroactividad del reconocimiento de un hijo natural.

"Pero, de otro lado, ¿no es también cierto que sin tal reconocimiento, sólo habría un estado de hecho sin valor jurídico, puesto que la filiación natural no produce efecto sino cuando es legalmente reconocida?

"Conforme a este modo de ver, el reconocimiento sería la base para constituir la situación jurídica.

"La dificultad surge de una falsa apariencia que es fácil disipar. En la teoría de la filiación el elemento probatorio; también, la sentencia de reconocimiento es declarativa, puesto que ella no produce la filiación natural, sino que se limita a reconocerla; sólo que, como el elemento probatorio desempeña el papel principal, parece como si también el reconocimiento tuviera la misma preponderancia que tendría el elemento constitutivo de la situación jurídica. O dicho de otra manera, el reconocimiento es declarativo en cuanto al fondo del derecho, como quiera que aquél no crea la filiación; pero, *quoad probationem*, el reconocimiento sí es constitutivo, y ello es tanto más importante cuanto que la prueba juega papel preponderante.

"Se demuestra la exactitud de este punto de vista, por lo siguiente:

"1o. El reconocimiento voluntario debe asimilarse al reconocimiento judicial; aquél también, a pesar de un acto y no una sentencia, es declarativo y tiene efecto retroactivo; ahora, no obstante eso, la ley que modificara las condiciones de validez del reconocimiento voluntario, se aplicaría a los reconocimientos posteriores, aunque se refieran a hijos naturales ya nacidos.

"2o. Existen otras sentencias, como las que declaran ausente o muerta a una persona, que participa de la misma naturaleza: son seguramente declarativas, como su nombre lo indica, desde el punto de vista fundamental, porque ellas no producen ni la muerte ni la ausencia; sin embargo, constituyen la situación jurídica contemplada *quoad probationem*, y de ello se sigue que una ley nueva puede variar las condiciones en que pueden ser dictadas, aún respecto de personas ya desaparecidas o ausentes; la ley sería aplicable, sin que fuera retroactiva, a los juicios posteriores que vinieran a entablarse.

"En definitiva, ya se ve a dónde conduce la prueba en juicio: esto es, en todo caso, cuando el establecimiento de la prueba no haya sido (o no debiera haber sido) obtenida con anterioridad, a constituir la situación jurídica *quoad probationem*, en el día del juicio, ante el juez: por este aspecto el papel del juez es activo, porque la cuestión de la prueba no se encontraba regulada anteriormente. De la misma manera su actividad se encontrará regulada por toda ley nueva que rija en el día del proceso, y eso aunque los hechos por probar, o los elementos de prueba admisibles, se coloquen bajo el imperio de la ley anterior. Por esta razón, cuando la ley admite la posibilidad de probar un hecho dado, como la paternidad natural, o de probarlo de tal o cual manera, deberá aplicarse inmediatamente en los nuevos procesos y no habría sino mera retroactividad aparente. Por idénticos motivos, si una ley, suponiendo lo contrario de lo que dispone la ley de 1912, restringiera la numeración de los casos en los cuales se admite la prueba de la paternidad natural, igualmente sería de

aplicación inmediata, al excluir los hechos anteriores que hubieran podido servir de prueba de acuerdo con la ley que regía al tiempo de su ocurrencia.

"Unicamente en el supuesto de que el reconocimiento judicial ya se hubiera conseguido, la nueva ley de que se trata quedaría sin efecto, porque la prueba ya estaba producida, con lo cual se habría fijado al propio tiempo y de modo definitivo la competencia de la ley que regía al tiempo de practicarse la prueba.

"*Nota.* Por la misma razón, cuantas veces la actividad del juez no sea puramente declarativa ni se limite al reconocimiento del derecho anterior, las leyes nuevas se aplican en todos los procesos nuevos sin retroactividad.

"Así las sentencias condenatorias para la constitución de una hipoteca judicial y esta misma constitución representan elementos nuevos que resultan del fallo: la ley que creare por primera vez en un país la hipoteca judicial, se aplicaría inmediatamente a todos los fallos que hubieren de ser dictados después de que entró a regir, no obstante que dichos fallos se refieran a situaciones anteriores a la ley.

"Se requiere, pues, separar las diferentes partes que forman un fallo y examinar la medida en que la actividad del juez es puramente declarativa y también en qué sentido puede ser ella constitutiva, para determinar así el campo de aplicación de las nuevas leyes". ("Les conflits de Lois dan le temps". Edición de París de 1929. Tomo I, pág. 458 in fine a 463).

"El Profesor R. Savatier dice sobre la misma cuestión: "La recherchede la Paternité", 9. *Retroactividad de la ley de 16 de noviembre de 1912.*

"Se discutió con ardor, principalmente en los años que siguieron de cerca a la promulgación de la ley de 1912, la cuestión de saber si ella pudiera favorecer a los hijos nacidos antes de su promulgación. La jurisprudencia acertadamente lo admitió y ha merecido general aprobación.

"En efecto, las leyes sobre pruebas no pueden, sin duda, obrar retroactivamente a costa de las partes que hubieran adquirido, bajo un régimen anterior, la prueba legal de sus derechos; pero esas mismas leyes deben, por el contrario, aplicarse de modo inmediato, si en lugar de restringir los medios anteriormente admitidos, abren la puerta a otros medios de prueba. Y es porque entonces dichas leyes no tienden sino a descubrir la verdad por vías más amplias, sin cambiar por eso en nada los derechos otorgados a las partes por los hechos existentes. Pues a nadie sería lícito quejarse legalmente por la desaparición del error, aunque éste le aprovechara, puesto que el error jamás es un derecho, no obstante que el legislador prohíbe desenmascarar lo provisionalmente, o en calidad de por ahora.

"Esta razón que nos parece definitiva, permite descartar aquí las discusiones, a veces muy sutiles, que se levantaron con ocasión de esto, sobre las distinciones entre *derechos adquiridos y simples expectativas*, o entre *situaciones legales condicionales y situaciones legales definitivas*, o entre *derechos de interés social y derechos de interés individual*, etc.

"La posibilidad para los hijos nacidos antes de 1912, de demostrar el error que los tenía como extraños al autor de sus días, les permite reclamar la

herencia de éste, aun cuando ya se hubiera adjudicado a otros. Y nada les impide valerse, para probar su filiación, de hechos y documentos anteriores a la Ley de 1912. Pero la práctica de estos principios está limitada en el hecho por causa de los plazos rigurosos dentro de los cuales se cierra la investigación de paternidad. La acción se extingue definitivamente un año después de que el hijo cumpla la mayor edad; así que, sólo pueden invocar esta norma los hijos nacidos menos de 22 años antes de la promulgación de la Ley de 1912".

(Obra citada, Edición de París de 1927, págs. 14 a 16).

"Como puede verse, el concepto de Demolombe no tuvo acogida en Francia, ni por los expositores más renombrados, ni por la jurisprudencia. Y es en este sentido admitido por los más prominentes autores de derecho civil (Beaudant y Colin y Capitant opinan lo mismo) que nuestro legislador acogió la fórmula del artículo 4o. de la Ley 45, de manera similar a la de la ley francesa de 1912 con el expreso deseo de utilizar ese acervo doctrinario y jurisprudencial.

" .....

Sobre el estado civil de las personas y el conflicto de leyes, la ley de su constitución, la ley que rige sus efectos y consecuencias y la que rige la prueba de la constitución de dicho estado, no hay jurisprudencia más importante que la transcrita, que, en términos generales, comenta la doctrina francesa sobre tales fenómenos jurídicos, con las normas de las Leyes 57 y 153 de 1887, para llegar a conclusiones tan importantes como la de los efectos declarativos de la sentencia sobre filiación, en lo sustancial, pero constitutivos en relación con su prueba, todo lo cual justifica, no obstante su extensión, la transcripción hecha, pues se repite, para una comprensión amplia y completa de las teorías sobre los derechos adquiridos y las situaciones jurídicas concretas en relación con el derecho positivo colombiano, no hay decisión jurisdiccional más importante que la transcrita.

Pero, por la misma razón, resulta necesaria la transcripción del interesante y docto salvamento de voto del Magistrado Dr. Gualberto Rodríguez Peña, que permite precisar los términos en que se adelantó el debate en el seno de la Sala de Casación Civil, el proceso de la discusión, y la interesante tesis, adversa a la mayoritariamente acogida, y que hace una ingeniosa diferencia entre los hechos constitutivos del estado civil de hijo natural, desde el punto de vista natural, con los elementos constitutivos de tal estado desde el punto de vista jurídico, para concluir que naturalmente ese estado se constituye por la concepción y jurídicamente por su prueba, dándole, en tal forma, valor constitutivo a la sentencia que reconoce el estado civil de hijo natural, con lo que, la solución del derecho transitorio resulta contraria a la acogida en la sentencia.

"Las leyes que establecen para la *adquisición* de un estado civil condiciones distintas de las que exigía una ley anterior, tienen fuerza obligatoria, *desde la fecha en que empiecen a regir*" (Artículo 19, Ley 153 de 1887).

"La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejercitados o celebrados, aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instru-

mentos públicos, dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal: esta cláusula no tendrá efecto alguno..." (Art. 1760 del C.C.).

"La simple transcripción de este epígrafe en que, para el caso, se concreta la voluntad de la ley sobre su aplicación en el tiempo, y que la mayoría de la Sala desconoce en la sentencia, habría bastado explicar la razón de mi desacuerdo con el fallo. Sin embargo, para cumplir a cabalidad los deberes de la función y satisfacer al propio tiempo el interés que en la opinión general ha despertado este nuevo tema de controversia sobre la ley de investigación de la paternidad natural, me propongo resumir a continuación las ideas con que en las discusiones del proyecto impugné el absurdo, de que actos jurídicamente indiferentes en el momento en que se producen, puedan ser convertidos por una ley posterior en fuente de obligaciones contra su autor (artículo 2583 del C.C.).

"Ante todo me parece necesario rectificar los conceptos con que, en "Acápite Final", inicia la sentencia la consideración de este problema, al afirmar que "dentro del estudio de este proyecto se planteó la conveniencia de definir si las pruebas que consagra el artículo 4o. de la Ley 45 de 1936, tienen o no aplicación, para demostrar hechos sucedidos con anterioridad a su vigencia". Porque, ni la cuestión debatida fue exactamente lo que aquí se afirma, sino la de establecer si una ley posterior puede darle poder constitutivo de estado civil a hechos que no lo tuvieron en el momento de su ocurrencia; ni ese tema fue planteado en el proyecto que tuve el honor de someter a la discusión de la Sala y que la mayoría de sus miembros tuvo por bien desestimar, sino en el escrito de respuesta a la demanda que presentó el señor abogado opositor; ni al considerarlo el proyecto, lo fue con el criterio puramente accidental o de conveniencia que aquí se sostiene, sino en el concepto de la necesidad que comporta el más trascendental de los problemas que en el orden doctrinario compendia la sentencia, y de cuya solución dependía lógicamente, que se estudiara o no la prueba con que se pretendió demostrar aquellos hechos. Esta equivocada apreciación de las cosas explica, por qué el fallo concluye por donde más hubiera debido empezar.

"Pues bien. Antes de entrar en vigencia la Ley 45 de 1936 que consagró el derecho de investigación de la paternidad natural el consiguiente estado de filiación no era susceptible de adquirirse sino a través del libre y voluntario reconocimiento del padre, hecho mediante su firma en el acta de registro de nacimiento (artículo 368 del C.C.), o por instrumento público entre vivos o por acto testamentario (artículos 54 a 56, Ley 153 de 1887); quien no lo obtenía por uno de estos medios, apenas gozaba del derecho "a que el supuesto padre sea citado personalmente ante el Juez a declarar bajo el juramento si cree serlo", y esto "con el solo objeto de exigir alimentos". (Artículos 68 y 66 ibídem).

"Con el derecho de investigación que estableció la reforma, sobrevinieron naturalmente nuevos elementos de constitución de aquel estado, frente a los cuales se plantea la necesidad de establecer cuál sea en el orden del tiempo esa ley reguladora, no sólo en razón de la naturaleza misma de las situaciones jurídicas a que se refieren, sino también desde el punto de vista de las formas diversas previstas por cada una de las dos legislaciones.

"El derecho natural, escribe Escriche, había establecido una especie de igualdad entre todos los hombres; pero el derecho de gentes y el civil han introducido los diferentes estados que distinguen a las personas con respecto a la libertad, el derecho de ciudadanía y al derecho de familia. Entiéndese, pues, por estado de las personas la principal condición o calidad bajo la cual vive el hombre en la sociedad y en su familia, gozando de ciertos derechos que deja de tener cuando muda de estado. Esta condición viene o de la misma naturaleza, o de la voluntad de los hombres y por eso el estado de los hombres se divide en natural y civil. El estado civil se subdivide en público y privado: el público comprende la libertad y el derecho de ciudadano; y el privado está reducido al derecho de familia que puede mudarse *salvo statu público*". (Diccionario Razonado de Legislación: "Estado de la persona").

"Acorde con esta misma idea, escribe el profesor chileno, D. Eugenio Vergara, lo siguiente: "La filiación natural, como estado civil de la persona, no es un efecto exclusivo del hecho mismo de la generación; "la causa eficiente o inmediata de las relaciones *legales* de paternidad y filiación, según palabras de Demolombe, no es el hecho único, el hecho absoluto y abstracto del nacimiento; a los ojos de la ley, esa causa consiste en el reconocimiento *practicado*, o en el fallo judicial *expedido* en conformidad a las condiciones prescritas en ella. Luego mientras no se haya realizado la causa, el efecto está sin producirse, sin que pueda ser adquirido legalmente" (El Código Civil ante la Universidad, página 50).

"No puede, pues, confundirse la filiación natural, hecho de la naturaleza, con la filiación natural, estado civil jurídico de la persona. El primero, como efecto inmediato de una ley natural, está directamente gobernado por ella independientemente del trato que el legislador de cada país pueda darle frente a la familia y a la sociedad; el segundo, en cambio, como creación directa de la ley positiva, no sólo debe hallarse sometido a las normas del derecho natural en que esa ley, como ordenación de la razón, debe inspirarse, sino también y más exactamente tiene que estar subordinado a los requisitos y formas de constitución en ella establecidos, y por fuera de las cuales el solo hecho de la naturaleza es impotente para determinar la existencia de ningún estado civil.

"Deslindado así el verdadero origen del estado de las personas, ¿cuál entonces la ley reguladora de su constitución en orden del tiempo?

"Las leyes o constituciones, como lo expresa el gran Teodosio, se aplican a todos los actos jurídicos ulteriores no a los pasados, aunque sus efectos no estén aún cumplidos a menos que la retroactividad sea establecida expresamente": *Leges est constitutiones futuris certum est dare forman negotiis non ad facta proeterita nisi nominatim et de proeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit.*

"De acuerdo con este principio, que exactamente gobierna la aplicación de las leyes en el tiempo, las disposiciones de la ley nueva que reemplazan a otra anterior sobre determinada materia, debe regir, con exclusión absoluta de la ley antigua, los actos y los hechos que bajo su imperio se produzcan, del propio modo que los actos y los hechos nacidos bajo el imperio de la ley subrogada deben regirse por ella, independientemente de las disposiciones de

la nueva ley. Pero como los actos producidos bajo el gobierno de la ley antigua no desaparecen con ella, y son susceptibles de producir consecuencias posteriores al tiempo de su vigencia, el legislador puede entonces, mediante declaración expresa, sujetar válidamente dichos efectos a las disposiciones de la ley nueva. Porque si toda nueva ley se dicta en el convencimiento de su superioridad sobre la norma que subroga, es apenas lógico que por altísimas razones de interés social, esa nueva ley deba tener el mayor campo de aplicación con miras al mejor perfeccionamiento de las relaciones jurídico-sociales que regula.

Sin embargo, la aplicación indiscriminada de este criterio restrictivo del principio, no sólo conducía al quebrantamiento de expectativas o esperanzas nacidas al amparo de la ley antigua, sino que aún más, llegaba hasta el desconocimiento de situaciones jurídicas ya consumadas en el pasado; para que este efecto antisocial no se produjera, la doctrina le encontró un límite en la teoría de los derechos adquiridos, dentro del cual, el concepto de la irretroactividad resulta vinculado no tanto a la noción del tiempo, cuanto a la estabilidad y firmeza de los derechos regulados por la norma. De acuerdo con él dice don Luis Claro Solar, la ley no produce efecto retroactivo por el solo hecho de aplicarse a situaciones o relaciones anteriores, porque son únicamente consecuencias nuevas que gobierna por la circunstancia de realizarse bajo su imperio. Al contrario, será retroactivo cuando ataque derechos adquiridos, si lo que se había adquirido es quitado por ella y perdido para aquel que lo tenía. En este sentido no es literalmente exacto decir que la ley dispone sólo para lo futuro, es decir, no es exacto que la ley sólo pueda regir los hechos futuros que se producen sin ninguna relación con un hecho anterior ella puede regir los hechos futuros que derivan o son la consecuencia de hechos pasados sin producir efecto retroactivo".

"En Francia como en otras muchas legislaciones, el principio de la irretroactividad obra tan sólo respecto del Juez encargado de aplicar la ley; entre nosotros él alcanza también al propio legislador que la dicta, de conformidad con el artículo 31 de la Carta que "garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores". Por ello, la irretroactividad de la ley, que para otros legisladores no es sino "un simple consejo, un precepto que moralmente están obligados a observar y que, sin embargo, pueden desconocer", constituye en nuestra legislación un mandato imperativo cuyos límites no puede válidamente franquear.

"Se comprende así, que cuando una ley nueva modifica las condiciones constitutivas de un estado civil, ella puede ser aplicada, sin efectos retroactivos, a situaciones anteriores afectadas por hechos ocurridos con posterioridad a su vigencia; vale decir para el caso de la Ley 45 de 1936 que consagró la investigación de la paternidad natural, que sus disposiciones puedan beneficiar a quienes nacidos antes de la fecha en que empezó a regir, logran acreditar medios nuevos constitutivos de filiación natural ocurridos con posterioridad a esa fecha; pues que entonces no otra cosa se ve, que simples consecuencias nuevas qu ehan de gobernarse por la ley bajo cuyo imperio se produjeron. Pero, dicho sea con todo respeto por la autoridad de la doctrina más generalizada

entre los expositores franceses, razón suprema del parecer acogido por la mayoría de la Sala, no veo cómo pueda justificarse ese mismo concepto de irretroactividad, cuando al aplicar la nueva ley a hechos que en el momento de producirse carecían de toda eficacia para constituir estado, se rebasa el límite de las obligaciones que la ley antigua le asignaba al progenitor, y por fuera de las cuales, la familia legítimamente organizada había adquirido el derecho de tranquilidad y de sosiego, tanto o más respetable que el proveniente de las relaciones puramente patrimoniales.

"En este concepto, que mi modestísimo criterio no logró desvirtuar a través del pensamiento de los expositores franceses, y con el cual la sentencia prefiere equivocarse, según lo declarado en el curso de la discusión, la conducta de la Corte al enjuiciar la controversia con base en el criterio de aplicabilidad de la nueva ley a hechos anteriores a su vigencia, resulta francamente violatoria de la Constitución. Es que, como lo dijera el Libertador cuando en el apogeo de su gloria era requerido para que se coronara a la manera de Napoleón, "ni Colombia es Francia, ni yo soy Napoleón".

"Pero haciendo de lado este aspecto del problema, para situarlo dentro del criterio de la simple retrospectividad o de aplicación inmediata en que más exactamente se inspira la sentencia, no son menos desfavorables a ésta, las conclusiones a que forzosamente debe llegarse. En efecto:

"La aplicación de la ley civil en el pasado, ya sea para asignarle efecto retroactivo dentro de las organizaciones constitucionales en que ello es posible, o bien para reconocerle simples efectos retrospectivos o de aplicación inmediata, en las que limitan a esta facultad los poderes del legislador sobre la materia, no tiene ni puede tener vigencia alguna, según concepto general y unánime, sino a base de una declaración expresa de la misma ley que así lo disponga; porque vuelve a repetirse, se trataría en tales casos de un atributo excepcional que ha estado en las facultades del legislador asignárselo o no, y que por lo tanto no cabe indagarse sino a través de su voluntad expresamente manifestada. Como lo hizo el artículo 21 de la Ley 153 de 1887, cuando para darle eficacia de estado civil a los matrimonios católicos que la ley anterior desconoció, dispuso lo siguiente: "El matrimonio podrá, por ley posterior, declararse celebrado desde época pretérita, y válido en sus efectos civiles, a partir de un hecho sancionado por la costumbre religiosa y general del país, en cuanto este beneficio retroactivo no vulnere derechos adquiridos bajo el imperio de la anterior legislación".

"Por lo tanto, si la nueva ley guarda silencio en cuanto a sus efectos en el tiempo, ella no pueda aplicarse sino "a los actos jurídicos ulteriores, no a los pasados, aunque sus efectos no estén aún cumplidos", como exactamente lo previno el artículo 2683 del C.C., cuando al regular el tránsito de las antiguas leyes sustantivas a las disposiciones que él subrogaba, dijo lo siguiente: "El presente Código comenzará a regir desde su publicación y quedarán desde entonces derogadas todas las leyes y disposiciones sustantivas anteriores en materia civil de la competencia de la Unión, sean o no contrarias a las que contienen este Código. En consecuencia, las controversias y los pleitos acerca de los actos ejecutados, de derechos adquiridos, de obligaciones contraídas o de contratos celebrados desde dicha publicación relativos a las expresadas materias, se decidirán con arreglo a las disposiciones de este Código; pero las

controversias y los pleitos sobre *actos*, derechos, obligaciones y contratos *anteriores a la publicación del presente Código se decidirán con arreglo a las leyes sustantivas que estaban vigentes cuando se ejecutó el acto, se adquirió el derecho, se contrajo la obligación o celebró el contrato*".

"Y esa declaración expresa del legislador en el sentido de darle virtud constitutiva del estado civil de hijo natural a hechos anteriores a la vigencia de la Ley 45 de 1936, no aparece allí manifestada, como así lo reconoció la Corte en sentencia de 9 de noviembre de 1943 que en el presente se recuerda, aun cuando no precisamente para impugnar sus conceptos, sino para hacerle decir por vía de simple interpretación frente al caso que entonces se juzgaba, todo lo contrario de lo que en forma clara y manifiesta resulta de su contenido, como se puede comprobar con la simple transcripción de éste:

"El principio general que informa nuestra legislación es el de que las leyes han de tener efecto y aplicación para lo porvenir y no para el pasado, lo que vale decir que ellas en general no tienen efecto retroactivo, es decir, que no se aplican a los actos o contratos celebrados bajo el imperio de una legislación anterior, pero ello no implica, necesariamente, que el legislador no pueda dictar disposiciones que miren al pasado y revalidar actos a que la ley que regía cuando ellos se ejecutaron no les daba valor legal alguno. El legislador puede hacer esto, pero como este procedimiento es de excepción y ésta es la estricta interpretación, ha de deducirse que cuando el legislador quiere que una ley produzca efectos para los pasados ha de decirlo de una manera inequívoca y expresa. La Ley 45 de 1936, en los artículos que el recurrente considera violados por el Tribunal ni en algunos otros, ha reconocido que ella tenga efecto retroactivo para darle valor legal para constituir estados civiles o actos ejecutados, a los cuales la ley vigente al tiempo de su ejecución no les atribuía valor legal alguno.

"El principio de la no retroactividad de las leyes se funda en dos motivos principales:

"El interés social exige que la autoridad de la ley y la confianza que ella debe inspirar a los ciudadanos no sean quebrantadas por el temor de un cambio de legislación que anule o modifique los derechos anteriormente adquiridos. De otro lado, los grandes inconvenientes desde el punto moral y económico de que una ley nueva, por las restricciones o menoscabo que pueda traer para el estado o patrimonio de los particulares, trastorne o modifique sus posiciones actuales, y les cree obligaciones a que fueron ajenos o extraños.

"...Si el reconocimiento de un hijo natural es un hecho voluntario y espontáneo del padre que lo reconoce, es de presumirse que cuando un individuo ejecuta un acto al cual la ley no le da valor ninguno para establecer un estado civil, no tuvo la intención de constituirlo, es decir, de reconocer un hijo natural, porque procedió fuera de la ley al no adoptar los medios que ella reconoce para constituir el estado civil de hijo natural, tanto más cuando la ley le brinda caminos expeditos y fáciles para llenar ese fin.

"Considera la Corte que en materia de tanta monta, como es el problema que hoy se dilucida, sería demasiado peligroso que se les diera valor a actos efectuados en el pasado, que carecían de eficacia jurídica, para constituir por sí el estado de hijo natural por reconocimiento solemne y expreso del padre, so

pretexto de interpretar por vía de doctrina la ley, y siguiendo la opinión de comentaristas, dándoles carácter retroactivo a las disposiciones del nuevo estatuto...

"En otros términos, la ley no puede aplicarse con efecto retroactivo, sino cuando el mismo legislador expresamente lo ha dicho. Ni las doctrinas de expositores de derecho, ni las analogías, justifican, en un fallador, la interpretación lata y retroactiva de una nueva ley". (Sentencia de 9 de noviembre de 1943, G. J., número 2001, pág. 272).

"En contra de esta conclusión se invocan los artículos 8o. y 28 de la Ley, en cuyo contenido encuentra la sentencia, razón definitiva para su concepto sobre la aplicabilidad del artículo 4o. a hechos pasados.

"...Olvida sin embargo la mayoría de la Sala, que el pensamiento del legislador sobre la materia, no fue por cierto el de darle a la primera de estas disposiciones lo que llama la sentencia "efectos inmediatos", y que en realidad son retroactivos, sino el de permitir que una simple investigación sumaria en los términos que autorizaba la ley antigua "para el solo objeto de exigir alimentos", pueda tener bajo el régimen de la ley nueva y por consiguiente para el futuro, atributos constitutivos del estado civil, a la manera que los produce la investigación adelantada por la vía ordinaria. Así lo expresa el mismo autor del proyecto, cuando al comentar este artículo dice lo siguiente:

"Hoy han cambiado las cosas. El hijo no reconocido voluntariamente puede, antes de aventurarse en el pleito, hacer uso del medio señalado en el artículo 68 de la Ley 153 de una especie de posiciones abiertas con el fin de medir la altura moral de su autor. Si éste confiesa que se cree padre, habrá desaparecido la necesidad de un proceso con todas sus molestias; pero la prueba no será únicamente para asegurar la precisa subsistencia del hijo, sino para hacer surgir todas las relaciones jurídicas anexas hoy a la filiación natural, con la sola salvedad que trae el artículo 28 de la reforma. Si lo niega, pero el hijo cuenta con elementos probatorios suficientes, según el artículo 4o. entonces puede abrir la controversia judicial, a fin de obtener la declaración del Juez sobre paternidad, también con los mismos efectos de un reconocimiento voluntario, salvo lo preceptuado en el inciso final del artículo 14.

"Ahora si el demandado no comparece pudiendo, esto es, sin que se lo impida enfermedad calificada de grave, fuerza mayor, etc. (artículo 619 del C.J., y se ha repetido una vez la citación, el Juez tendrá por reconocida la paternidad para todos los efectos civiles, inclusive el de la representación legal, pues en tal evento no hay juicio contradictorio". (Derechos de los Hijos Naturales, págs. 295 y 296).

"Y en cuanto al contenido del artículo 28, un simple examen del conjunto de las disposiciones que forman la ley basta para reconocer, hasta dónde es equivocado el criterio interpretativo que sigue la sentencia. En efecto:

"Por medio de los artículos que inmediatamente preceden al 28 de que se viene hablando, el legislador modificó los órdenes sucesorales que el Código Civil tenía establecidos, consagrando la concurrencia de los hijos legítimos con los naturales, y creando prerrogativas preferentes para éstos, en relación con otros herederos. Pero como la vocación hereditaria, mientras la herencia no se

defiere constituye apenas una simple expectativa y no un derecho adquirido, es claro que al establecer la nueva ley aquellas modificaciones, ellas debían lógicamente afectar la expectativa de los hijos legítimos, en concurrencia con quienes nacidos antes de la nueva ley, pudieran adquirir el estado de hijos naturales *a través de hechos ocurridos con posterioridad a su vigencia*, como exactamente acontece con los demás órdenes de sucesión. Para que tal expectativa no se quebrantara en obsequio a quienes habrían adquirido ya el estado de hijos naturales por obra del reconocimiento, o de quienes pudieran adquirirlo luego con fundamento en hechos posteriores previstos por la ley como indicativos de la paternidad, vino ese precepto, que nada tiene que hacer con la retroactividad de la ley.

" .....

5. El Art. 28, que siguiendo los lineamientos anteriores, concilia las tesis de la "supervivencia de la ley antigua" y del "efecto inmediato de la ley nueva", expresa:

"Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a su ejercicio y cargas, y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva Ley".

6. El tema ardientemente discutido dentro de la teoría clásica sobre si pueden considerarse como "derechos adquiridos" los nacidos bajo condición suspensiva o los revocables, es resuelto en forma afirmativa, por el Art. 30, así:

"Los derechos deferidos bajo una condición que, atendidas las disposiciones de una ley posterior, debe reputarse fallida si no se realiza dentro de cierto plazo, subsistirán bajo el imperio de la ley nueva y por el tiempo que señalare la precedente, a menos que este tiempo, en la parte de su extensión que corriere después de la expedición de la ley nueva, exceda el plazo íntegro que esta señala, pues en tal caso, si dentro del plazo así contado no se cumpliere la condición, se mirará como fallida.

7. Otro tema que ocupó intensamente a los doctrinantes franceses, como es el de los usufructos sucesivos, es resuelto, en forma acorde con tales teorías, por el Art. 31, que dice:

"Siempre que una nueva ley prohíba la constitución de varios usufructos sucesivos, y expirado el primero antes de que ella empiece a regir, hubiere empezado a disfrutar la cosa alguno de los usufructuarios subsiguientes, continuará este disfrutándola bajo el imperio de la nueva ley por todo el tiempo a que le autorizare su título; pero caducará el derecho de usufructuarios posteriores, si los hubiere. La misma regla se aplicará a los derechos de uso o habitación sucesivos y a los fideicomisos".

8. Conforme a la teoría clásica, sobre efecto inmediato de la ley, aparecen las previsiones contenidas en los Artículos 29, 32, 34 y 35, este último, concebido de los principios "tempus regit actu" y la aplicación inmediata al hecho generador del derecho, muerte del testador.

9. En relación con los contratos, enfrentados al tránsito de leyes, de que se ocupa tanto la teoría clásica como la de las situaciones jurídicas concretas, los artículos 38 y 39 disponen:

Artículo 38. "En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

Exceptúanse de esta disposición:

1) Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y

2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido".

Artículo 39. "Los actos o contratos válidamente celebrados bajo el imperio de una ley podrán probarse bajo el imperio de otra, por los medios que aquella establecía para su justificación; pero la forma en que debe rendirse la prueba estará subordinada a la ley vigente al tiempo en que se rindiere".

Es el caso típico de "supervivencia de la ley derogada", sin perjuicio del imperio de la ley nueva frente a las leyes procesales y a las punitivas, de aplicación inmediata.

Sobre este fenómeno contractual, es importante la jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, que expresa:

"El recurrente formula dos cargos, los cuales serán estudiados en orden inverso, que es el lógico, como lo reconoce él mismo.

Violación del artículo 30 de la Constitución Nacional. Se acusa la sentencia por violación del artículo 30 de la Constitución Nacional en armonía con lo dispuesto en el 215 de la misma y en los artículos 5o. de la Ley 57 de 1887 y 7o. de la Ley 153 también de ese año, por interpretación errónea, en cuanto consideró el fallador que no había incompatibilidad entre aquel precepto y el artículo 8o. de la Ley 95 de 1946; por aplicación indebida, "puesto que si hubiera sido correctamente aplicado se hubiera encontrado la incompatibilidad que no halló el Tribunal y también directamente porque no se le dio todo el alcance que le dio el constituyente.

"Las disposiciones que se citan de la Ley 95 de 1946 y de la Constitución, son del tenor siguiente:

"Art. 8. Los empleados de los Bancos, al cumplir veinte (20) años de servicio continuo, cualquiera que fuere su edad, tendrán derecho a una pensión de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio del sueldo devengado en el último año de servicio. Tendrán derecho esos empleados a servicio médico y hospitalario en caso de enfermedad, costeado por los respectivos establecimientos bancarios.

"Art. 10. Esta Ley comenzará a regir desde su sanción". (Ley 95 de 1946).

"Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad o de interés social, resultaren en conflicto los derechos particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés

público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa. Con todo, el legislador por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara". (Artículo 30 de la Constitución Nacional).

"Dice el recurrente:

"El Tribunal estima que no hay incompatibilidad entre las dos disposiciones antes transcritas, porque las prestaciones sociales, entre ellas las pensiones de jubilación, son derechos consagrados a favor de los trabajadores y obligación a cargo de los patronos y se pregunta: ¿Cuál es el derecho desconocido o vulnerado por la Ley 95 de 1946 y que se radica en cabeza del Banco demandado como persona jurídica?

"La contestación del interrogante planteado por el Tribunal es extremadamente sencilla: La Ley 95 estableció a favor de todos los empleados bancarios que con anterioridad a la vigencia de la ley habían cumplido veinte años de servicio una pensión de jubilación, podría decirse una renta vitalicia, sin ninguna retribución para el Banco es decir que la ley obliga a los Bancos a sacar de sus cajas unas cantidades de dinero que poseían legítimamente sin que ellos reciban la contraprestación correspondiente sino simplemente en virtud de una concesión graciosa que les concede la ley con dinero de los patronos. Por lo cual la contestación a la pregunta del Tribunal es la siguiente: El derecho desconocido y vulnerado es el de propiedad sobre el dinero que el Banco tiene que entregar a su ex-empleado en forma de renta vitalicia, sin que el pago tenga una fuente distinta de la ley cuya aplicación rechazo, derecho de propiedad radicado en cabeza del Banco demandado".

"Se extiende luego en consideraciones acerca de la naturaleza de los derechos adquiridos, y deduce las siguientes conclusiones:

"Explicada ya la noción de derecho adquirido y sus elementos esenciales, apliquémosla al caso concreto de las entidades bancarias, que a lo largo de su existencia y bajo leyes que no consideraron necesario gravarlas con cargas sociales, distintas de las entonces existentes, adquirieron derechos por medio de hechos idóneos que convirtieron en acto irrevocable la facultad que la ley les confería de disponer de sus ganancias sin sujeción a hechos futuros que pudieran llegar a vulnerar el patrimonio que día a día iban acumulando o del cual se desprendieron al distribuir dividendos entre los accionistas, todo bajo la permanente vigilancia de la Superintendencia Bancaria creada por el legislador para vigilar el cumplimiento de las leyes que se relacionan con los Bancos.

"En consecuencia si el patrimonio de los Bancos se ha formado de derechos adquiridos con justo título bajo la vigencia de leyes anteriores y sujeto al control permanente de la Superintendencia Bancaria cualquier ley que tratare de atribuir efectos no previstos a hechos verificados durante el tiempo en que el Banco formó su patrimonio, tendría efecto retroactivo por vulnerar derechos adquiridos con justo título y sería contrario a la Constitución.

"Establecido ya que el patrimonio de los Bancos constituye un conjunto de derechos adquiridos y que tales derechos no pueden ser vulnerados por leyes posteriores pasemos a analizar el artículo 8o. de la Ley 95 de 1946 y sus repercusiones sobre el patrimonio de los Bancos en orden a fijar con la ayuda de las doctrinas sentadas si la aplicación del Art. citado origina efectos retroactivos.

"Impone la disposición contenida en el Art. 8o. de la Ley 95 de 1946, que los empleados de los Bancos al cumplir 20 años de servicios continuos y sin tener en cuenta la edad ni otras condiciones especiales, tendrán derecho a una pensión de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio del sueldo devengado en el último año de servicio e impone otras prestaciones que no se relacionan con el caso de autos.

"Con la condición esencial que la ley establece para que el empleado bancario pueda reclamar su derecho a la pensión de jubilación, radica única y exclusivamente en que aquél complete 20 años de servicios continuos en el Banco, en el mismo momento en que se cumpla esta condición nace el derecho a la pensión de jubilación y no importa que como en el caso del Sr. Crossley los 20 años se cumplieran antes de haber sido siquiera expedida la ley. Lo cual en otras palabras significa que la ley retrotrae su eficacia para desconocer ventajas ya nacidas a favor de los Bancos sobre los bienes adquiridos bajo la vigencia de otras leyes, tomando al propio tiempo como presupuesto necesario hechos íntegramente pasados antes de entrar en vigencia la ley (los servicios prestados por los empleados bancarios) y atribuyéndoles consecuencias de que carecerían en la época en que se ejecutaron (pensión de jubilación al retiro del empleado); en síntesis; la ley vulnera derechos adquiridos, es retroactiva y por lo tanto contraria a la Constitución Nacional, razón poderosísima para que las autoridades se abstengan de aplicarla.

" .....

"Se considera el cargo:

"Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que las disposiciones de la Constitución, en general, no son susceptibles de la violación que da origen y procedencia al recurso de casación por el concepto de violación de la ley sustantiva porque aunque indudablemente tienen ese carácter por su jerarquía dentro de la ordenación jurídica, carecen de aplicabilidad inmediata y directa en las decisiones judiciales en forma que puedan hacerlas objeto de quebranto en las sentencias, en el sentido estricto que a este fenómeno reconoce el recurso de casación. Pero, dice la misma Corte, en tratándose de las disposiciones que integran el título III de la Constitución Nacional sobre derechos civiles y garantías sociales sí es posible que sirvan de base a la casación porque una disposición expresa ha bajado, por decirlo así, tales reglas de la superestructura constitucional a la zona de la simple legalidad, por lo cual las normas contenidas en dicho título pueden ser materia de violación y dar lugar a la casación (Gaceta Judicial No. 1889 Sentencia del 29 de mayo de 1942, citada por Orozco Ochoa en la "Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia").

"El artículo 30 de la Carta que cita el recurrente entre las disposiciones violadas hace parte del título III de la Constitución Nacional y como consagra

principios aplicables en el Derecho del Trabajo, es el caso de examinar el cargo.

"El problema que plantea el recurrente ya ha sido estudiado y decidido por la Corte Suprema de Justicia. El Tribunal Supremo acoge en lo sustancial sus puntos de vista por lo cual se limitará a hacer referencia a ellos.

"En efecto:

"La Ley 1a. de 1932 en su artículo 1o. creó la pensión de jubilación en favor de los empleados y obreros ferroviarios, oficiales y particulares, en los términos que se reproducen a continuación":

"Todo empleado u obrero de edad no inferior de cincuenta y cinco años que haya servido por espacio de veinte años, continua o discontinuamente, a una empresa, ferroviaria oficial o particular, tiene derecho a que ésta le pague, en el caso de su retiro, una pensión mensual vitalicia de jubilación según la escala siguiente: (Esta escala fue reformada por la Ley 49 de 1943).

"Los que ganen $30 o menos, recibirán el sueldo íntegro.

"Los que ganen más de $30, recibirán $30, más $0.75 por cada peso más de sueldo hasta $50.oo.

"Los que ganen más de $50 recibirán $45, más $0.50 por cada peso más de sueldo hasta $80.

"Los que ganen más de $80, recibirán $60 más $0.25 por cada peso más de sueldo hasta $240.

"Los que ganen más de $240, recibirán $100, que es el máximo de las pensiones a que obliga esta Ley.

"Las disposiciones de este artículo se hacen extensivas a los empleados y obreros de las condiciones antedichas que hubieren sido despedidos o se hubieren retirado de las empresas ferroviarias nacionales durante el año anterior a la fecha de la vigencia de la presente Ley".

"Y el Decreto 1471 del mismo año, que reglamentó dicha Ley, dijo en el artículo 4o.:

"Los empleados y obreros tendrán derecho a que el tiempo de servicio prestado con anterioridad a la vigencia de la Ley 1a. de 1932 se acumule al tiempo que sirva durante tal vigencia. Pero los empleados y obreros de empresas ferroviarias de propiedad de los Departamentos, de los Municipios, o de los particulares, que se hayan retirado del servicio o que hayan sido suspendidos con anterioridad a la vigencia de la mencionada Ley, no tendrán derecho a la pensión aun cuando hubieren cumplido veinte años de servicio y tengan la edad requerida. Los empleados y obreros de las empresas ferroviarias de la nación solamente carecerán del derecho a la pensión, si su retiro o su despido se hubiere efectuado con anterioridad al día 16 de julio de 1931".

"Estas disposiciones fueron acusadas como inconstitucionales por los doctores Pedro María Carreño y Eduardo Rodríguez Piñeres, quienes adujeron argumentos muy semejantes a los que en el presente caso formula el represen-

tante judicial de la entidad demandada. En síntesis manifestaron los impugnadores de entonces lo siguiente:

"Que el artículo 1o. transcrito, o sea el de la Ley 1o. de 1932, en cuanto se refiere a servicios prestados con anterioridad a la vigencia de dicha Ley, lesiona derechos adquiridos de las empresas particulares de transportes, por cuanto la remuneración correspondiente a esos servicios quedó regulada por los contratos celebrados conforme a la legislación entonces vigente, entre los empleados y obreros y las empresas, las cuales al pactar tales estipendios tuvieron en cuenta los cálculos de sus respectivos negocios y sobre dichos cálculos liquidaron y repartieron las utilidades obtenidas en los años o semestres correspondientes; por lo cual, agregan, al establecer la Ley la obligación para las empresas de reconocer y pagar pensiones por razón de tales servicios, se afecta una situación jurídica creada y amparada por la legislación anterior".

"La Corte, en sentencia del 7 de noviembre de 1933, declaró que los artículos acusados no son inconstitucionales, y al respecto se expresó así:

"Según esto, la recta inteligencia de la Ley que se analiza implica que el tiempo de trabajo anterior a su vigencia debe tomarse en cuenta para determinar si un empleado u obrero ferroviario tiene o no derecho a la pensión, y en igual sentido debe interpretarse el Decreto 1471 de 1932, por cuanto éste no hizo otra cosa que desarrollar el principio de la Ley y por cuanto el artículo 4o. de dicho decreto declara acumulables para los efectos de la pensión los servicios prestados con anterioridad a la vigencia de la Ley 1a. de 1932.

"Sentado este punto preliminar, ¿podrá decirse, como lo afirman los demandantes, que tanto la Ley como el Decreto mencionados, en cuanto digan relación a empresas ferroviarias particulares, violan derechos adquiridos de éstas en razón de que la remuneración de los servicios anteriores a la vigencia de la Ley quedó regulada por los contratos que conforme a la legislación entonces vigente celebraron los empleados y obreros, y las empresas, no siendo posible exigirles a estas últimas mayores erogaciones por razón de tales servicios?

"Para absolver esta pregunta es menester examinar previamente si las pensiones de que se trata constituyen en realidad un aumento a los sueldos y salarios devengados y pagados con anterioridad a la vigencia de la Ley, o si es otro el concepto en que aquéllos deben tomarse. Sueldo no es otra cosa que el estipendio que se paga a un empleado por su trabajo o servicio. Este estipendio recibe el nombre especial de salario cuando se trata de obreros, domésticos, o de empleados de inferior categoría. Tanto el sueldo como el salario constituyen el precio del arrendamiento de servicios pactado entre el patrón y el empleado u obrero.

"Las pensiones no tienen el carácter de sueldos ni de salarios, pues al paso que los dos últimos miran al interés privado, las pensiones son instituciones establecidas por motivos de "previsión social" y que tienen por finalidad atender a la subsistencia de algunas personas que por razón de su edad y estado de pobreza no pueden subvenir a sus más apremiantes necesidades, después de haber consumido sus energías y edad útil en servicio de la empresa o entidad. La sociedad está interesada en que dichas personas no carezcan de

lo necesario para su sostenimiento, y por este motivo procura que disfruten de una asignación que las coloque en circunstancias de no perecer de inanición.

"No pudiendo, pues, por ningún concepto, reputarse las pensiones como un aumento de los sueldos o salarios devengados por los favorecidos con ellas, mal puede estimarse que con el establecimiento de dichas pensiones se vulneran los derechos adquiridos por las empresas ferroviarias en razón de los contratos celebrados por éstas con anterioridad a la vigencia de la Ley con los empleados y obreros, sobre fijación de los sueldos o salarios devengados por los últimos. El verdadero concepto de las pensiones de que trata es el de un gravamen establecido, por motivos de interés social, a cargo de las mencionadas empresas, y a favor de los empleados u obreros que reúnan las condiciones señaladas en la ley. Consideradas así las cosas ninguna oposición media entre los contratos de que se ha hecho mención y las pensiones, y por lo mismo, es insostenible que con el establecimiento de las últimas se desconozcan los derechos emanados de aquellas convenciones, siendo de advertir que este desconocimiento constituye el único concepto en que han sido acusadas las disposiciones que se han venido analizando.

"Posteriormente, en sentencia de fecha 12 de noviembre de 1937, al decidir la demanda de inexequibilidad intentada contra el inciso c) del artículo 14 de la Ley 10 de 1934 y el parágrafo del artículo 24 del Decreto 652 de 1935, que establecieron en favor de los empleados particulares el auxilio de cesantía a razón de un sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado, la *Corte, apoyándose en un comentario hecho por el doctor Manuel J. Angarita, a la Ley 153 de 1887, estimó que hay leyes que se refieren al pasado sin vulnerar ningún derecho adquirido y que esas leyes no tienen carácter retroactivo sino que se las debe considerar únicamente como retrospectivas. Expuso, además, en la mencionada sentencia estas consideraciones*:

"En la legislación colombiana hay numerosos antecedentes en que se ha tenido en cuenta el tiempo de servicios anterior a la expedición de las leyes para regular la cuantía de las pensiones y las recompensas. Pudiera argumentarse que se trata de cargas del Estado y que éste tiene libertad para resolver lo relativo al pago de las gracias que concede a sus servidores. Pero también el legislador ha reglamentado en la misma forma las pensiones y recompensas que deben pagar empresas o instituciones privadas o distintas de las nacionales, como ocurre con la Ley 1a. de 1932, sobre pensiones que se pagan con fondos de cajas que no pertenecen al Tesoro Nacional.

"El medio establecido por el legislador colombiano para determinar la cuantía de la indemnización en los casos de despido, no puede considerarse como caprichoso o arbitrario, sino que responde a un alto ideal de humanidad y de justicia social, que mira al reconocimiento de los esfuerzos del empleado que ha dedicado sus capacidades al servicio de una empresa, con honradez y decisión. No es justo que el empleado, después de un servicio prolongado y eficiente, que muchas veces agota sus energías y lo imposibilita para otras actividades, se le despida sin derecho a una recompensa equitativa que lo libre siquiera en parte de los rigores de una cesantía injustificada.

"La Corte ha dicho que la noción de derecho adquirido estriba en las relaciones de derecho que producen los hechos legalmente consumados, como

que aquéllos hacen parte de nuestro patrimonio. Agrega que los derechos adquiridos quedan comprendidos en la idea de propiedad considerada en toda su amplitud y en todas sus manifestaciones (Sentencia 2 de marzo de 1918 de la Corte Suprema de Justicia).

"Fiore dice que el derecho adquirido en atención a la ley nueva, es el derecho perfecto, aquel que se debe tener por nacido por el ejercicio integralmente realizado o por haberse íntegramente verificado todas las circunstancias del acto idóneo, según la ley en vigor para atribuir dicho derecho. Dice el mismo autor que "lo pasado, que queda fuera de la ley, es el derecho individualmente ya adquirido, en virtud de una disposición de la antigua ley antes vigente".

"Siguiendo este orden de ideas en el estudio del problema que se debate, se llega a la conclusión de que no hay para los patronos el derecho adquirido de que se habla para no pagar al empleado la indemnización, en caso de despido que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato, porque jamás ha existido una ley que los exima de esa obligación, ni podría haberla porque con ella se habría consagrado una injusticia notoria. En cambio sí existen textos de ley civil que en ciertos casos daban al empleado despedido el derecho de reclamar en la forma ordinaria indemnización por los perjuicios ocasionados. La Ley 10 no hizo otra cosa que fijar las normas para el ejercicio del derecho a la indemnización, siguiendo los dictados de la justicia social.

"Las disposiciones acusadas no quebrantan ninguna situación jurídica concreta establecida en favor de los patronos que los eximiera de la obligación de indemnizar a los empleados cesantes. No son, por consiguiente, tales disposiciones violatorias de derechos adquiridos.

"La Constitución, en su artículo 40 establece que el trabajo goza de la especial protección del Estado.

"Las leyes que reglamentan lo relativo al contrato de trabajo, son de interés social. Así lo consideró la Corte en sentencia de fecha 25 de mayo de 1936, en la cual dijo lo siguiente:

"El contrato de trabajo del que vive la mayoría de los hombres forma la base de la organización actual, económica e industrial y presentado como un hecho social, tanto por su magnitud, como por su trascendencia, da lugar a un derecho indiscutible hoy o sea la intervención del Estado no sólo en la reglamentación sino hasta en la ejecución de ese contrato, lo cual pone de manifiesto que no puede considerarse como un mero contrato de derecho privado. Y esa intervención no tiene lugar, por un concepto meramente particular, de protección al obrero, porque también protege al industrial y al patrono, sino por un concepto de interés social, porque la sociedad está interesada no sólo en lo que atañe a la producción, sino en lo que se refiere a los conceptos de salubridad, moralidad higiene y de justicia social que ampare a todos".

"Para la Corte, problemas como éste no pueden contemplarse a través de los rígidos mandatos del Código Civil y del de Comercio, sino de acuerdo con los principios que informan la justicia social.

"Es, pues, reiterada la jurisprudencia de la Corte en el sentido de que en materia de prestaciones o cargas sociales la ley puede disponer sin ser retroactiva, que se tenga en cuenta el tiempo de servicio anterior a su vigencia cuando la disolución del contrato entre el trabajador y el patrono ocurre después de iniciada ésta.

"La doctrina y la jurisprudencia extranjera distinguen entre la retroactividad de primero y segundo grado, atribuyéndole a aquella una significación semejante a la llamada entre nosotros retrospectividad. Partiendo de esa distinción y refiriéndose a preceptos de la Constitución y del Código Civil de Panamá que protegen los derechos adquiridos en términos análogos a los que rigen en Colombia, el ilustre profesor español Demófilo De Buen hizo las siguientes observaciones en torno a la Ley 8a. de 1931 que en la vecina República concedió a los trabajadores un derecho de pensión o, en su defecto, transcurrido cierto número de años, una compensación económica.

"Conviene dejar primeramente sentado que si la retroactividad consiste en aplicar una ley a hechos o actos de trascendencia jurídica realizados antes de su entrada en vigor, *la doctrina y la jurisprudencia de diversos países, entre ellos España, ha distinguido entre una retroactividad de primer grado (más débil) y una retroactividad de segundo grado (más fuerte).*

"La primera consiste en aplicar una ley nueva a los efectos producidos después de ella, que son consecuencia de hechos o actos anteriores a la misma. La segunda en aplicar la nueva ley a los efectos anteriores de hechos o actos pasados; es decir, de hechos o actos producidos antes de entrar en vigor la misma.

"Regelsberger cree que el principio de que las leyes nuevas no tiene aplicación a los hechos pasados, o sea la norma de retroactividad, sirve para proteger los efectos ya acontecidos o consumados de tales hechos, pero no aquellos efectos que, aunque de ellos derivados, se producen bajo la vigencia de la nueva ley. Según esto la retroactividad de primer grado no es propiamente retroactividad.

" . . . . . .

"5. Sin remontarse a más lejanos antecedentes, la moderna doctrina de los derechos adquiridos, formulada por Lasalle, completada por Gabba, y aceptada por otros numerosos juriostas, da lugar a importantes hipótesis y a graves dudas de calificación. Sin embargo, una de sus consecuencias más seguras es la de que proclama la intangibilidad de las situaciones jurídicas creadas por los contratos y estatuye que dichos actos jurídicos deben regirse en todos sus efectos, por la ley bajo la cual el contrato se celebrara. Afirmación cuya virtualidad la ha hecho trascender de la doctrina llamada de los derechos adquiridos y ser aceptada por autores que se apartan de ella como Colin y Capitant, quienes estiman que una ley nueva debe aplicarse a todos los hechos y a todas las situaciones futuras, incluso las que se deriven de hechos o situaciones anteriores; pero como excepción, proclaman la regla de que los contratos desde el momento de su celebración se regirán exclusivamente por la ley bajo cuyo imperio se han celebrado.

"Tal es también el criterio con que el Código Civil Panameño aplica a los contratos el principio de retroactividad por él establecido, al disponer, en las palabras iniciales en su Art. 30, que "en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración".

"Tal disposición está tomada del Art. 22 de la ley chilena sobre efecto retroactivo, aceptada también por la legislación colombiana. En Chile, Alessandri, al comentarla considera que su fundamento está en que "si los particulares han contratado en consideración a esas leyes no será justo alterar los efectos que ellos tuvieron a la vista al celebrar el contrato, sometiéndolos a leyes posteriores que ellos no pudieron conocer". En Colombia, Vélez considera que dicho precepto significa que las cláusulas de los contratos "se interpretarán y cumplirán según las leyes bajo las que se celebraron".

"Pero por encima de todas las dudas que pudiera provocar la doctrina expuesta, y la interpretación del Art. 30 del Código Civil, está el terminante precepto del Art. 30 de la Constitución de 1904, a cuyo tenor "las obligaciones de carácter civil que nazcan de contratos o de otros actos, hechos y omisiones que las produzcan, no podrán ser alteradas ni anuladas por el Poder Ejecutivo ni por el legislativo".

"6. Sentada la premisa, que se razona en el número anterior, de que el principio de retroactividad de las leyes tal como se halla formulado en la ordenación legal panameña, establece la intangibilidad de las situaciones creadas anteriormente, por los contratos, interesa precisar "si la relación del trabajo, debe reputarse una relación contractual".

"Dentro del ámbito de la Constitución de 1904 y de su legislación complementaria la afirmativa nos parece incuestionable. El Código Civil lo pone de manifiesto al regular las distintas modalidades del trabajo de los asalariados bajo la rúbrica "arrendamiento de obras y servicios". En orden a los empleados de comercio la legislación mercantil lleva a la misma conclusión y por lo que atañe a los empleados cuyo trabajo regule el Código Administrativo éste dice que el servicio de jornaleros y concertados es un contrato de servicios. (Véanse Arts. 1037 y 1042 del mencionado Código).

"Tan arraigada se halla esta concepción en el ordenamiento legal que aún después de la Constitución de 1941 reaparece en un artículo del Decreto-ley 38 del año corriente, en el que se dice que "el contrato se supone siempre existente entre todo aquel que da trabajo y el que lo presta", de donde resulta que incluso cuando no hay contrato expreso la relación de trabajo se construye como una relación contractual.

"Al ser así, conforme al sistema constitucional anterior, toda nueva ley que se aplicase a una relación de trabajo ya constituida y viniera a anular o alterar las obligaciones resultantes de ella era una ley retroactiva, que vulneraba el derecho adquirido por los contratantes de que se esté a lo pactado, derecho sancionado por el viejo aforismo latino pacta sunt servanda, cuya significación ha puesto finalmente de relieve Kelsen, al decir que tras el hecho del contrato hallamos esta norma fundamental "no debes sino lo quieres".

"7. Sobre la base de la premisa formulada bajo el num. 5, y de la conclusión aceptada en el num. 6 precedente surge por modo necesario la consecuen-

cia de que tanto el artículo 1o. como el 2o. de la Ley 8a. de 1931, dictada bajo la vigencia de la Constitución de 1904, eran preceptos de carácter retroactivo, en cuanto se referían también a situaciones contractuales creadas con anterioridad.

"¿Significa que por lo mismo eran preceptos inconstitucionales?

"La afirmativa se impondrá si en la Constitución de 1904 no existieran sobre retroactividad más que los preceptos contenidos en los primeros apartes de sus Arts. 30, 32 y 33.

"En cambio debe ser negativa, si se considera el primer punto del segundo aparte del propio Art. 33 que dice: "Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad reconocida por dicha ley el interés privado cederá al interés público".

"Con esta norma, de tan señalada importancia, sabiamente introducida en el texto constitucional, la doctrina constitucional de la retroactividad pierde toda su rigidez. En dicha norma se contiene en efecto una excepción de primer aparte del propio artículo y del Art. 30, en virtud de la cual podrán vulnerarse o desconocerse los derechos adquiridos y las situaciones contractuales cuando lo exija "el interés público o la utilidad pública". Esa exigencia, esa necesidad no puede ser ni debe ser una necesidad física sino moral. Más concretamente, tratándose de cuestiones jurídicas, tiene que ser una necesidad de justicia.

"La Constitución de 1904 (como lo hace en este punto concreto en términos más expresivos la Constitución de 1941) abrió así el cauce por donde podía desarrollarse, no obstante su necesaria retroactividad, toda esa acción reformadora del Estado en materia de relaciones entre el capital y el trabajo que constituye el derecho laboral y aún otras manifestaciones importantes del derecho social.

"Aceptadas las consideraciones precedentes, los Arts. 1o. y 2o. de la Ley 8a. de 1931, comprendidos conforme queda bajo el num. 2, son preceptos de carácter retroactivo pero no son preceptos inconstitucionales. Nadie dudará el interés o utilidad pública que motivó tan trascendentales disposiciones, sea cualquiera el acierto de su contenido concreto y las modificaciones que en ellas hubiera sido tal vez aconsejable introducir. Conceder una pensión a los que se retiran del trabajo para evitar el bochornoso espectáculo de que vivan de la caridad pública, obligados tal vez a mendigar, es algo que en nuestro tiempo constituye un imperativo inexcusable". (Revista argentina de Derecho del Trabajo. I. II, páginas 385 y ss).

Ahora bien:

"La Ley 95 de 1946 en su artículo 8o. concede, con fines de interés social, a los empleados bancarios que completen 20 años de servicios una pensión de jubilación, como ya lo había hecho anteriormente la Ley 1a. de 1932, respecto de los trabajadores ferroviarios, y el ordinal c) del artículo 14 de la Ley 6a. de 1945, modificado por la Ley 64 de 1946, en cuanto a los empleados de días empresas de capital mayor de $800.000.oo

"Según el artículo 10 de la primera de las leyes mencionadas su vigencia comenzó desde la fecha de sanción de la misma, aprovechando así la pensión sólo a quienes tuviesen entonces el carácter de empleados y cuya relación jurídica en los Bancos no estaba, por tanto extinguida.

"Sería absurdo que las leyes sobre pensión, según parece pretenderlo el recurrente, no beneficiaran sino a aquellos trabajadores que iniciaran la prestación de sus servicios con posterioridad a la expedición de tales leyes, esto es que, por ejemplo, en el caso de los empleados bancarios, únicamente aquellos que comenzaron a trabajar después del 30 de diciembre de 1946 tuvieran derecho a la pensión de jubilación. Se tendría de este modo que la ley, no obstante disponer que principiaría a regir el día en que recibiera la sanción no produciría sus efectos hasta veinte años después, lo cual resultaría verdaderamente insólito.

"Como esta Corporación ha tenido oportunidad de expresarlo en varias ocasiones, el contrato de trabajo no sólo se rige por las leyes vigentes en el momento de su celebración sino por todas las que se expidan durante su ejecución, en virtud del principio de aplicación inmediata, propio del derecho del trabajo.

"Las consideraciones acerca de la inconveniencia de conceder la pensión sin subordinarla al cumplimiento de cierto número de años y de vida en que se supone un desgaste apreciable del organismo, tienen indudable valor desde el punto de vista práctico, pero no bastan para quitar a la medida en sí misma el alcance social que se propone.

"No aparece, pues, que haya incompatibilidad entre el artículo 8o. de la Ley 95 de 1946 y el 30 de la Constitución Nacional, y en consecuencia el juzgador no estaba en el caso de dejar de aplicar aquél al decidir la petición que formuló el actor.

"Y como está comprobado que el demandante sirvió continuamente en la entidad demandada durante más de veinte años y que se retiró del empleo después de la expedición de la Ley 95 de 1946, tiene derecho a la pensión de jubilación de que trata tal estatuto...".

(Gaceta del Trabajo Tomo V, páginas 166 a 180).

10. En relación con los lapsos de la prescripción no consumados cuando una nueva ley los modifica, el artículo 41, trae una solución distinta a la propuesta por Roubier, que, aunque mejor que la del ilustre profesor, tampoco concilia los intereses de la estabilidad jurídica con las exigencias de la equidad. En efecto, antes de la Ley 50 de 1936, que rebajó los lapsos de la prescripción extraordinaria de 30 años a 20, la norma colombiana, en caso de que a la expedición de la Ley 50 el prescribiente llevara 28 años, le permite escoger entre la aplicación de la ley antigua, caso en el cual en dos años más, corridos bajo la vigencia de la nueva ley, consumará la prescripción o escoger la ley nueva, caso en el cual tendría que esperar 20 años más, contados a partir de la vigencia de la ley nueva.

11. Un caso de efecto inmediato de la ley, sin retroactividad, por cuanto apenas destruye "esperanzas", "meras expectativas", es el contemplado en el artículo 42, que ordena:

"Artículo 42. Lo que una ley posterior declara absolutamente imprescriptible no podrá ganarse por tiempo bajo el imperio de ella, aunque el prescribiente hubiere principiado a poseerla conforme a una ley anterior que autorizaba la prescripción".

E. EL CASO CONCRETO SUB-JUDICE

1. El extenso análisis anterior ha sido necesario para tratar de aclarar la noción de "derecho adquirido" utilizada por el artículo 30 de la Constitución Política y el artículo 1o. de la Ley 20 de 1969 y la de "situaciones jurídicas concretas" utilizada tanto por el artículo 1o. de la Ley 20 citada como por el impugnado artículo 6o. del Decreto 1155 de 1980.

Las conclusiones deducidas por los ilustres tratadistas franceses, no siempre son aplicables al derecho Colombiano, pues, como se vio, mientras en Francia la teoría no ha tenido otro fundamento legal que el artículo 2o. del Código Civil Francés, "*la ley no dispone sino para el futuro y no tiene efecto retroactivo*", en Colombia el artículo 30 de la Carta fundamental, como se vio, tutela y garantiza los "derechos adquiridos", en forma ya vista y acorde con ella, el artículo 322 de la Ley 153 de 1887, ordena: "Los derechos adquiridos con arreglo a la abolida legislación de los extinguidos Estados subsistirán según las reglas establecidas en la parte primera de esta ley" y en forma complementaria, acorde con la teoría entonces vigente, predica el artículo 17 de la misma ley, "las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene".

2. Si en el Derecho Colombiano solo estuviera protegido el derecho de propiedad, tendría razón el demandante al limitar el nacimiento de la "situación jurídica concreta" a la existencia del "título perfeccionado", por lo mismo frente al "modo de la tradición" que exige, además, la existencia del "título", a tenor de los artículos 673 y 745 del C. C., pues si uno de ellos falta, indubitablemente, no hay "dominio", pero hay otros derechos que, como se vio, están igualmente protegidos por el artículo 30 de la Constitución Política "...y los demás derechos adquiridos con justo título...".

Si solo existe el contrato de compraventa, el de permuta, donación etc., (Art. 745 C.C.) ciertamente aún no existe el derecho de propiedad, pero indiscutiblemente ya existe el título, un "derecho a la cosa" a exigir la entrega, la tradición o, lo que es lo mismo, un "derecho adquirido".

3. Y es que, conforme a la doctrina examinada, a la legislación colombiana y a la jurisprudencia nacional, "situación jurídica abstracta" o "mera expectativa" para otros, es la situación en que se encuentran indistintamente los ciudadanos como destinatarios de una norma sustancial, atributiva de derechos u obligaciones, frente a la hipotesis abstracta de dicha norma y, por el contrario, "situación jurídica concreta" es la situación de uno o varios sujetos de derecho frente a la ejecución o realización de las circunstancias fácticas contempladas en una norma positiva para adquirir un derecho o contraer una obligación.

Ya se vio, entonces, que realizados los hechos o circunstancias contemplados en la ley, la ley nueva no puede desconocer las circunstancias contempla-

das para esa situación fáctica por la ley anterior, pues ello implicaría desconocer "un derecho adquirido".

Y de ahí que sea "concreta", por oposición a la "abstracta" o "mera expectativa" frente a la hipótesis legal, en la primera cuando el sujeto —de ahí que sea subjetiva— ha realizado u obtenido a su favor el acaecimiento de las previsiones de la ley, mientras que en la segunda, existe la simple expectativa del individuo por colocarse dentro de la previsión legal.

4. Y como la ley regula las obligaciones modales, condicionales y alternativas, la situación jurídica puede existir cuando realizada o concretada o consumada la hipótesis legal, las consecuencias previstas por la norma solo penden de un "modo", "una condición" o una escogencia o elección.

5. Y no es necesario que la situación jurídica concreta sea permanente, perpetua o irrevocable, pues la misma ley regula la extinción o modificación de las situaciones jurídicas, de las obligaciones y derechos y de las obligaciones y derechos revocables, como por ejemplo, la "donación entre vivos".

6. Si, pues, existe el "título" perfeccionado al momento de comenzar a regir la Ley 61 de 1979, hay un "derecho adquirido", a la mina, a la explotación, a la concesión etc., aun cuando aún no se haya perfeccionado un derecho "*in re*", en la mina.

7. El artículo 1o. de la Ley 20 de 1969, protege los "derechos adquiridos" por los particulares o terceros, no obstante que consagra, para el futuro, la pertenencia de tales bienes, para la Nación.

Y al regular al tránsito de la legislación, en forma cuyo sometimiento a los términos del artículo 30 de la Carta, no compete a esta Corporación, previene que a partir de su vigencia, esa protección "solo comprenderá las situaciones jurídicas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos", sin que, se repite, sea esta la ocasión ni exista la competencia, para estudiar la constitucionalidad de tal expresión legal, para determinar si ese "solo" excluye "derechos adquiridos" por la ley de leyes, aunque de no ser así, resultaría inútil, por superflua.

Pero frente a esta disposición legal no contrariada por la Ley 60 de 1967 —que también cita como apoyo el Decreto acusado— que solo autoriza la creación de "reservas nacionales de territorios" (Art. 4o.) y que regula parcialmente los derechos surgidos de los "actos administrativos" de adjudicación, aporte, arrendamiento, concesión o permisos mineros, ni por el Decreto 1245 de 1974 (Art. 7o.) que el mismo Decreto acusado cita con relación exclusiva a las distintas "regalías", ordenan los artículos 2o. y 3o. del citado Decreto 1179 de 1980.

"Artículo segundo. Los yacimientos de que trata el artículo anterior se aportarán por el Ministerio de Minas y Energía a empresas industriales y comerciales de la Nación o a sociedades de economía mixta que tengan una participación oficial mínima del 51% del capital respectivo, de acuerdo con las disposiciones vigentes".

"Artículo tercero. Lo dispuesto en el presente decreto se aplicará dejando a salvo las situaciones jurídicas concretas originadas en la propiedad del

subsuelo debidamente reconocida, o en licencias de exploración, permisos de explotación, concesiones o aportes de minas que se hallen perfeccionados a la vigencia de este Decreto y que versen sobre los mismos minerales de que trata el artículo primero de esta providencia".

Y en la misma forma y con la misma técnica, el artículo 1o. de la Ley 61 de 1979, protege los derechos adquiridos en las minas de carbón.

F. LAS NORMAS CONSTITUCIONALES SOBRE PROPIEDAD MINERA

1. Expone el artículo 202 de la Constitución Política:

"Artículo 202. Pertenecen a la República de Colombia:

1. Los bienes, rentas, fincas, valores, derechos y acciones que pertenecían a la Unión Colombiana en 15 de abril de 1886.

2. Los baldíos, minas y salinas que pertenecían a los estados, cuyo dominio recobra la nación, *sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros por dichos estados, o a favor de estos por la nación a título de indemnización.*

3. *Las minas de oro, de plata, de platino y de piedras preciosas que existan en el territorio nacional, sin perjuicio de los derechos que por leyes anteriores hayan adquirido los descubridores y explotadores sobre algunas de ellas*".

Hay, pues, norma constitucional que protege los derechos adquiridos por los ciudadanos frente a los antiguos Estados como frente a la Nación, con anterioridad al 7 de septiembre de 1886 —fecha de promulgación de la Constitución Política—, trátese del derecho de propiedad o de descubridor o de explotador.

2. Si en la indicada fecha se tenía "un derecho adquirido" sobre una mina, por haberse consumado la hipótesis abstracta de la respectiva ley en cabeza de un sujeto de derecho, es decir, por haberse consumado una situación jurídica concreta, tal derecho resultaba protegido por la norma constitucional.

3. Así por lo demás, lo interpretó el mismo legislador, coincidencialmente, el mismo Consejo Nacional de Delegatarios que expidió la Constitución, al promulgar la Ley 38 de 15 de marzo de 1887, por la cual se adoptó para toda la República el Código de Minas del Estado de Antioquia, con las pequeñas reformas que la misma ley introdujo y en cuyo artículo 5o., se previno:

"En donde quiera que la propiedad de las minas hubiese sido del propietario del suelo, hasta el siete de septiembre de 1886, en que empezó a regir la Constitución, cada uno de los propietarios tendrá por un año, que se contará desde la fecha de esta ley, un derecho preferentemente al de cualquier otro individuo para buscar, catar y denunciar las minas que hubiese dentro de su heredad. Pasado un año, las minas que hubiese dentro de esas heredades serán denunciables por cualquiera, como pueden serlo todas las demás conforme a la ley, con la excepción de que tratan los artículos 3o. y 4o. de esta ley".

4. El artículo anterior, al interpretar la norma constitucional transcrita, no deja duda alguna que los "derechos adquiridos" por los dueños de terrenos, frente a las leyes anteriores a la Constitución, no exigían para ser tales, ni el descubrimiento de la mina, ni la demostración de su comerciabilidad, ni la formalización del título de propiedad, pues precisamente el artículo 5o. de la Ley 38 de 1887, concedió un año, para buscar el yacimiento, catarlo y denunciarlo, lo que unido a la propiedad del terreno, perfeccionaba el título de propiedad sobre la mina. Se seguía, pues, el principio romano de la accesión: "Qui dominus est soli dominus est coeli et infero rum".

5. De ahí que carezca de razón la exposición de motivos del proyecto de ley que luego se convirtió en Ley 20 de 1969, elaborada por el Ministro de Minas y Petróleos Dr. Carlos Gustavo Arrieta, cuando dice:

"Los conceptos de derechos constituidos y de derechos adquiridos, como se desprende de los textos comentados, amparan únicamente aquellas situaciones jurídicas concretas e individualizadas que se tornaron irrevocables por haberse perfeccionado con anterioridad a la vigencia de los nuevos estatutos. *Todo ello implica, necesariamente, la preexistencia de una relación legítima entre el sujeto activo del derecho y un objeto específicamente determinado. Este último, en el caso que se estudia, no puede ser más que un yacimiento minero descubierto y debidamente titulado antes de que entrara a regir la Carta Política del 86.*

"Pero cabe anotar que aún los derechos así constituidos solo quedaron amparados por las referidas excepciones en aquellos casos en que los respectivos beneficiarios hubiesen pagado los impuestos correspondientes y siempre que hubiesen continuado cumpliendo tales obligaciones. Esta situación jurídica quedó prevista por la Ley 38 de 1887, en cuyo artículo 11 se dispuso que el titular de las "minas que, pagando cinco años desde la fecha de la adjudicación no hubiere establecido trabajos formales de explotación, perderá el derecho adquirido aun cuando pague el respectivo impuesto. Igual pena sufrirá el adjudicatario o cesionario que después de establecidos los trabajos dichos, los suspenda por más de un año, salvo fuerza mayor o caso fortuito".

"*Es pertinente recordar, por otra parte, que el principio de que el dueño del suelo lo es también de las minas subyacentes, solo rigió hasta el 7 de septiembre de 1886, día en que empezó la vigencia de la Constitución. Desde esa fecha, pues, desapareció totalmente de nuestro régimen jurídico por mandato expreso de las disposiciones comentadas.* A los antiguos propietarios solo les quedó, por el término de un año, el derecho preferente a explorar y a denunciar los depósitos que se encontraran en sus respectivas heredades. Los que lo hicieron oportunamente vinieron a adquirir la situación de menos denunciantes, y los que no procedieron en igual forma perdieron toda clase de derechos sobre los respectivos yacimientos".

" .....

"En armonía con los ordenamientos constitucionales respectivos, el artículo 5o. de la Ley 38 de 1887 eliminó el principio de la accesión y apenas dejó a los interesados la siguiente alternativa: *O dentro del plazo de un año denunciaban las minas ubicadas en sus heredades, o no lo hacían. Si lo primero,*

necesariamente tenían que cambiar el derecho que les daba la accesión de los yacimientos al suelo por el derecho que les otorgaba el denuncio. Si lo segundo, perdían en absoluto su antigua situación jurídica. De esa manera, las reformas comentadas suprimieron totalmente la vieja relación entre la propiedad de la superficie y la propiedad de las minas.

"No debe olvidarse que la Constitución, a tenor de lo dispuesto en el artículo 9o. de la Ley 153 de 1887, es estatuto reformatorio y derogatorio de la legislación preexistente que le sea contraria y que, por lo tanto, desde la vigencia de la Carta del 86, la República de Colombia es dueña de las minas que pertenecían a los Estados y de los depósitos de piedras y de metales preciosos que se encuentren en el territorio nacional, salvo los derechos constituidos a favor de terceros. Tampoco debe olvidarse que el artículo 1o. de la Ley 38 de 1887 adoptó el Código de Minas de Antioquia *"con las reformas contenidas en la presente ley"*, es decir, con la eliminación del vínculo entre la propiedad del suelo y la de algunos depósitos subyacentes. Es así como vino a quedar derogado el artículo 1o. del antiguo Código de 1867, porque las minas de oro, plata, platino y cobre pasaron a la Nación y porque el dueño del terreno ya no lo era de los otros yacimientos que allí se encontraran.

"La República de Colombia recuperó, en la forma indicada, la propiedad de todos los depósitos de minerales, salvo los derechos constituidos a favor de terceros. ¿Cuál es el alcance de esta última expresión? Para saberlo exactamente basta tener en cuenta que el artículo 202 de la Constitución, al consagrar la regla general de pertenencia en beneficio de la Nación, siempre habla de "minas", vale decir, de una materia determinada, de un elemento que tiene un valor económico. *La relación jurídica se establece, pues, entre la República y los yacimientos. Pero la excepción, al referirse concretamente a "derechos constituidos", le imprime al concepto genérico de "minas" una valoración específica, ya que esa clase de derechos no puede existir sin un acto previo e individualizado que se relacione directamente con un objeto conocido.* Eliminado el régimen de la accesión, en el cual del suelo determinaba la propiedad de algunos yacimientos sin necesidad de saber su existencia, solo vino a quedar en vigencia el sistema de la adjudicación que presupone un aviso y un denuncio de mina nueva o de antiguo descubrimiento, es decir, de un depósito conocido recientemente o de vieja data. *Por todos esos motivos, el concepto de derechos constituidos a favor de terceros tiene que vincularse, necesariamente, a un yacimiento descubierto.*

"Esos son los alcances del ordenamiento constitucional en estudio y esos son también los alcances del artículo 1o. del proyecto que he sometido a la consideración de las Cámaras Legislativas".

6. Y la situación anteriormente descrita viene de atrás, de la legislación española, en la cual el Rey conservaba el dominio eminente sobre las minas pero concedía el dominio útil, el derecho de propiedad sobre las minas a sus súbditos, mediante el pago de unas regalías o de unos impuestos.

De ahí que tampoco tenga razón la exposición Ministerial comentada, cuando dice:

"La antigua legislación española establecía, a manera de principio básico de todo el sistema, que las minas pertenecían exclusivamente a la Corona.

Generalmente se daban en arrendamiento o a cualquier otro título no traslaticio de dominio, salvo casos excepcionales. Por tanto, a los descubridores de yacimientos se les otorgaba únicamente un privilegio condicionado al pago de las regalías y al mantenimiento de los trabajos de explotación. El beneficiario que no cumpliera uno de los requisitos enunciados perdía su derecho. Por consiguiente, la propiedad del suelo no comportaba la de los depósitos que en él se encontraran. Este concepto fue totalmente ajeno al régimen jurídico de la Colonia y al de los primeros cuarenta y ocho años de la República, ya que en tales épocas todos los yacimientos pertenecían al Rey y posteriormente a la Nación, aunque se descubriesen en terrenos particulares.

"El Decreto de 5 de agosto de 1823, expedido por el Congreso, mantuvo la vigencia de aquellos principios fundamentales, y el reglamento de 24 de octubre de 1829, dictado por el Libertador, en sus artículos 1o. y 38 los acogió expresamente al incorporarlos como normas de la legislación republicana. De ese modo, las reglas más importantes de los antiguos estatutos españoles continuaron rigiendo hasta el 22 de mayo de 1858, fecha en que fue aprobada la Carta de la Confederación Granadina.

"De los referidos antecedentes se desprenden estas conclusiones ineludibles y de capital importancia para la adecuada interpretación del artículo 202 de la Carta:

"1a. *Durante la época colonial y durante los primeros cuarenta y ocho años de nuestra vida independiente, todas las minas, ya se encontraran en terrenos baldíos o de propiedad privada pertenecían exclusivamente a la Corona y después a la República, que no a los particulares*;

"2a. Los conceptos de derecho constituidos y adquiridos de que trata la norma analizada no se extiende a épocas anteriores al 22 de mayo de 1858, ya que en esos tiempos el dueño del suelo no lo era de las minas subyacentes y, por lo tanto, no podía constituir o adquirir ningún derecho de propiedad sobre estas. *Aquellas expresiones solo se refieren, en lo tocante con el período estudiado, a las situaciones jurídicas individuales creadas sobre determinados depósitos y condicionadas al pago de las regalías y a la explotación económica; y*

"3a. La unificación del dominio de la República sobre todas las minas que se encontraran en el territorio nacional creó, hasta 1858, un estado de derecho perfecto y una situación jurídica consolidada e irreversible que no podía desconocerse por leyes posteriores.

"SEGUNDO PERIODO

"Desde el 22 de mayo de 1858, fecha en la cual fue aprobada y sancionada la Carta Política de la Confederación Granadina, empezó a romperse la unidad del régimen jurídico anterior, y en los años subsiguientes se fue dividiendo más y más hasta quedar fraccionado en tres agrupaciones que conviene estudiar por separado en razón de la diversidad de modalidades que ofrece cada una de ellas:

"1a. Yacimientos de la nación. El artículo 6o. de la Constitución de 1858 declaró que pertenecían a la Confederación los baldíos, las vertientes saladas y las minas de esmeraldas y de sal gema que se encontraran en terrenos naciona-

les o particulares, y el artículo 30 de la Carta de 1863 mantuvo la vigencia del sistema indicado. Diez años después, el código fiscal de los Estados Unidos de Colombia acogió en buena parte el criterio consagrado en las leyes 13 de 1868 y 29 de 1873, y en sus artículos 1116 y 1126 reservó para la República los depósitos de carbón, de guano y de otros abonos que se hallaren en los baldíos, y declaró que pertenecían a la Unión los yacimientos de cobre, hierro y demás metales no preciosos, lo mismo que los de azufre y otros no expresados en el título 14 del Código, entre los cuales se pueden citar los yacimientos de petróleo.

"Igualmente dispuso el artículo 939 del mismo Código Fiscal (Ley 106 de 1873) que en "toda adjudicación, la propiedad de las tierras baldías que se ceden se transfiere al interesado con todas sus anexidades y productos, con excepción de las fuentes saladas, de sal gema y demás que legalmente sean de propiedad nacional, cuyo dominio se ha reservado la Unión". Este ordenamiento legal implica que la concesión de baldíos no comportaba la de las minas por mandato de los artículos 6o. de la Constitución y 1116 y 1126 del Código Fiscal, pertenecían a la República, vale decir, la de los depósitos de sal, esmeraldas, carbón, guano, cobre, hierro, azufre, petróleo, etc.

"Si hasta 1858 todos los yacimientos estaban incorporados al dominio minero de la Nación, sin salvedad alguna, y si los depósitos relacionados anteriormente continuaron perteneciendo a la República después de aquella fecha y durante toda la época de la Federación, es obvio que tales bienes eran de la Unión Colombiana en 15 de abril de 1886 y, por lo tanto, continuaron en el patrimonio nacional por mandato expreso del numeral 1o. del artículo 202 de la Constitución.

"De lo expresado en los acápites precedentes se infiere que por regla general y salvo algunos casos de excepción, las adjudicaciones de baldíos hechas antes o después del 28 de octubre de 1873 no comportaban la cesión de ninguno de los depósitos mencionados en los artículos 6o. de la Carta Fundamental de la Confederación Granadina y 1116 y 1126 del Código Fiscal de los Estados Unidos de Colombia. Por lo tanto, no es correcto decir, como se ha pretendido posteriormente, que las adjudicaciones anteriores a aquella fecha implicaban la concesión de los depósitos referidos. La norma general era, precisamente, la contraria.

"Ello significaba y significa que los particulares que aleguen una situación especial en su favor, tenían y tienen que acreditarla plenamente.

"2a. Yacimientos de los estados. De acuerdo con el sistema constitucional de la época, los antiguos Estados Soberanos declararon su dominio así: Cundinamarca, Magdalena, Santander y Tolima sobre las minas de piedras preciosas y de metales en general; Antioquia y Bolívar sobre las de oro, plata, platino y cobre; Boyacá sobre todas las que se encontraran en su territorio y que no pertenecieran a la Unión. Posteriormente hubo algunas variaciones y Cauca sobre casi todas las denominadas minas y mineras (sic) aunque en disposiciones ulteriores se modificó esa reglamentación.

"Como puede observarse, en los tiempos de la Federación hubo una verdadera multiplicidad de criterios para clasificar los depósitos de minerales que correspondían a los Estados. En éstos no se siguió una orientación uniforme.

Pero cualquiera que hubiera sido la situación jurídica de aquellos yacimientos y la diversidad de estatutos a que estaban sometidos, lo evidente es que por mandato del numeral 2o. del artículo 202 de la Constitución de 1886, todos ellos se incorporaron al patrimonio de la República. Las únicas excepciones fueron las relativas a los derechos "constitucionales" a favor de terceros en el momento de entrar a regir aquella disposición, vale decir, las situaciones jurídicas concretas ya perfeccionadas y vinculadas directamente a un determinado depósito minero.

"3a. Yacimientos de los propietarios del terreno. "Ninguna de las constituciones del siglo pasado y del presente consagró el principio de que los dueños del suelo lo fueran también de las minas que en él se encontraran. La Carta de 1858 se limitó a decir que los "objetos no atribuidos por ella a los poderes de la Confederación serían de competencia de los Estados, y la de 1863 apenas autorizó para modificar el sistema de dominio por actos legislativos especiales. *Por otra parte, las antiguas ordenanzas españolas y las disposiciones que rigieron durante los primeros cuarenta y ocho años de nuestra vida republicana rechazaron completamente aquella posibilidad al establecer que todos los yacimientos pertenecían a la Corona y después a la Nación.*

"Solo con posterioridad a 1858, las Asambleas de los Estados vinieron a introducir, aunque en forma muy restringida y para ciertos minerales únicamente, aquel principio exótico en nuestro derecho minero. Y siguiendo un criterio semejante, el artículo 939 del Código Fiscal de 1873 admitió la idea de la accesión en las adjudicaciones de baldíos, pero solo en cuanto ella no afectara los depósitos de la Nación. Es claro que ninguna de esas disposiciones podía conceder o alterar en forma alguna el dominio anterior de la República sobre la totalidad de las minas que se encontraran en su territorio, ni retrotraer, por lo tanto, el derecho de los adjudicatarios de baldíos a épocas preexistentes en las cuales se consagraba el régimen contrario.

"Así se desprende de los principios generales de derecho que en todas las épocas han orientado nuestra organización jurídica, y así quedó consagrado, de manera expresa y categórica, en el artículo 24 de la Constitución de 1863 cuando dijo: "Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo en el Gobierno general ni en el de los Estados, excepto en materia penal, cuando la ley posterior imponga menor pena". La norma transcrita significa que el principio de la accesión de las minas al suelo, adoptado en forma muy limitada por los Estados y por el Código Fiscal, solo produjo efectos para el futuro y, por consiguiente, no modificó en nada el dominio que antes tenía la Nación sobre los yacimientos mineros, ni otorgó a los particulares derecho alguno a extender la nueva situación a épocas pretéritas. Por lo tanto, los ordenamientos legales dictados en el tiempo de la Federación no tuvieron incidencia alguna en el régimen preexistente que ya había creado a favor de la República un status jurídico consolidado e irreversible. *En consecuencia, no se puede decir, como se ha venido haciendo con tanta ligereza y precipitación, que las minas y los yacimientos petrolíferos que se encuentren en terrenos adjudicados con anterioridad al 28 de octubre de 1873 pertenecen a los dueños de las zonas respectivas.*

"*De acuerdo con los razonamientos anteriores y con los artículos 6o. de la Carta de la Confederación Granadina, 24 y 30 de la Constitución de Rionegro y*

939, 1116, 1126 del Código Fiscal de 1873, a los dueños de terrenos nunca pertenecieron las vertientes saladas ni las minas de esmeraldas (sobre éstas hubo algunas variaciones), de sal gema, de carbón, de guano, de abonos en general, de cobre, de hierro, de metales no preciosos, de azufre, de petróleo y de las otras sustancias que en aquellas disposiciones se enumeran y de conformidad con la legislación de cada uno de los Estados, tampoco pertenecían a los propietarios del suelo las que aquellos declararon de su dominio, es decir, los yacimientos de piedras preciosas y de metales en general en Cundinamarca, Magdalena, Santander y Tolima; los de oro, plata, platino y cobre de Antioquia y Bolívar; los de cualquier clase que se encontraran en el territorio de Boyacá; y los conocidos con los nombres de minas y mineros en el Cauca.

"Los depósitos distintos a los enumerados anteriormente sí pertenecieron al dueño del terreno respectivo, pero solo desde el momento en que hubiere empezado a regir la disposición que estableciera ese régimen jurídico. Las adjudicaciones de baldíos hechas con anterioridad a la vigencia de la norma correspondiente no comportaban el derecho a la accesión aludida, como ya se dijo. Pero es preciso destacar que cualesquiera que fuesen las minas que pertenecían al propietario del suelo durante la Federación, todas ellas se incorporaron al patrimonio de la República por mandato del artículo 202 de la Constitución en armonía con el 5o. de la Ley 38 de 1887.

"Los antecedentes relatados y la letra y espíritu de los artículos 202 de la Carta fundamental y 1o. y 5o. de la Ley 38 de 187 demuestran, con toda evidencia, lo siguiente:

"1o. *Que desde que entró a regir la nueva Constitución, la República recobró el dominio de todas las minas que se encontraran en el territorio nacional, ya hubiesen pertenecido a los extinguidos Estados o a los propietarios del suelo. Se retornó de esa manera al sistema jurídico anterior al 22 de mayo de 1858 y se eliminó, de consiguiente, el régimen consagrado durante la época de la Federación.*

"2o. *Que las excepciones relativas a los derechos constituidos a favor de terceros y a los derechos adquiridos por los descubridores y explotadores de ciertos yacimientos se refieren, de manera exclusiva, a aquellas situaciones jurídicas individualizadas y concretas vinculadas directamente a un depósito minero específicamente determinado y siempre que tales situaciones hubiesen estado legalmente perfeccionadas en el momento de entrar en vigencia la Carta Política del 86;*

"3o. Que a los descubridores y explotadores no se les otorgaban, por regla general, derechos permanentes e irrevocables sobre las minas, sino que apenas se les conferían prerrogativas sujetas al cumplimiento de ciertas obligaciones, como el pago de los gravámenes correspondientes, el laboreo de los yacimientos, el lleno de algunas formalidades, etc. No se les concedía, pues un dominicio irreversible y constante. Por el contrario, el derecho era contingente y quedaba sometido a condiciones resolutorias. Esas modalidades, con algunas variantes establecidas en las leyes nacionales y locales, caracterizaban las situaciones jurídicas creadas antes de la vigencia de la Constitución del 86. Tales situaciones hicieron tránsito al nuevo régimen, pero con la carga adicional de que para conservar el derecho, los interesados tenían que estable-

cer trabajos formales de explotación dentro de los cinco años siguientes a la adjudicación, como reza el artículo 11 de la Ley 38 de 1887. De igual manera, a los nuevos descubridores y explotadores se les concedía posteriormente su derecho; y

"4o. *Que desde la fecha de vigencia de la Constitución del 86 quedó absolutamente eliminado el criterio de que cierta clase de minas pertenecían al dueño del suelo, ya que ese privilegio se tradujo simplemente, por mandato del artículo 5o. de la Ley 38 de 1887, en un derecho de preferencia, por el término de un año, para denunciar los yacimientos que se encontraran en las respectivas heredades. Igualmente desaparecieron, como consecuencia necesaria de la referida norma legal, el principio de que la adjudicación de baldíos implicara la cesión de algunos de los depósitos que se pudieran encontrar en el correspondiente globo de terreno.* Por consiguiente, en la forma indicada quedaron modificadas o derogadas todas las disposiciones contrarias del Código de Minas del Estado de Antioquia y del Código Fiscal Nacional de 1873, adoptados para la República unificada.

"No obstante que los artículos 202 de la Constitución y 1o. y 5o. de la Ley 38 de 1887 restablecieron el dominio de la República sobre todas las minas y yacimientos de hidrocarburos que se encontraran en su territorio, con la única excepción de los derechos constituidos a favor de terceros, en la Ley 110 de 1912 se dice que tienen el carácter de bienes fiscales del Estado los depósitos de carbón, hierro, azufre, petróleo, asfalto, etc., descubiertos o que se descubran en baldíos adjudicados con posterioridad al 28 de octubre de 1873. Se sugiere, de esa manera que las minas citadas pertenecen a los particulares cuando se hallen en baldíos adjudicados con anterioridad a la fecha mencionada. Así lo estableció, posteriormente, el Código de Petróleos para esa clase de yacimientos.

"En tales disposiciones no hay más que una errónea interpretación de los artículos 1116 y 1126 del antiguo Código Fiscal de 1873. En esa época, y mediante las normas referidas, la República se reservó los depósitos de carbón, guano y otros abonos, y, además, declaró que le pertenecían los yacimientos de cobre, hierro y demás metales no preciosos, lo mismo que los de azufre y los no expresados en el título 14 de aquel estatuto, entre los cuales se encontraban los de petróleos. Pero esas disposiciones únicamente significaban y significan que tales depósitos, a partir de la fecha indicada, ya no corresponderían a los antiguos Estados Soberanos como venía ocurriendo desde 1858, sino a la Unión Colombiana. Simplemente se trasladó el dominio de una entidad de derecho público a otra entidad de derecho público. De allí que resulte inadmisible la extraña apreciación de que la reserva consagrada en 1873 implicara un tácito reconocimiento de propiedad privada para los yacimientos situados en baldíos adjudicados con anterioridad a esa fecha.

"Si hasta 1853 los particulares carecían de derecho alguno sobre las minas que se encontraran en sus propios terrenos en razón de que todas ellas pertenecían, primero a la Corona y después a la República, ¿cómo puede sostenerse que el beneficiario de una adjudicación de baldíos hecha en 1830 o en 1840, por ejemplo, viniera posteriormente a adquirir un derecho que la legislación vigente en esos años le negaba? ¿o es que se pretende que el Código Fiscal de 1873 tuvo efecto retroactivo en favor de los particulares y en perjuicio de la República, a pesar de que el artículo 24 de la Constitución de 1863 rechazó

expresamente semejante posibilidad? Una interpretación de esa naturaleza resulta a todas luces equivocada, ya que al empezar a regir la Carta de la Confederación Granadina era irreversible la situación jurídica creada en beneficio de la Nación.

"Pero hay algo más. Aún en el supuesto inadmisible de que los artículos 1116 y 1126 del Código Fiscal de 1873 hubiesen reconocido implícitamente el dominio particular de las minas ubicadas en los baldíos adjudicados antes del 28 de octubre de ese año, el hipotético derecho habría desaparecido totalmente al iniciarse la vigencia de la Constitución del 86, ya que ésta, en su artículo 202 restauró para la República el dominio de todos los yacimientos situados en su territorio y que el artículo 5o. de la Ley 38 de 1887 eliminó el supuesto derecho de los dueños del suelo.

"De allí que no se pueda aceptar la constitucionalidad de las normas legales posteriores a 1887 que consagren la propiedad de los particulares sobre las minas y yacimientos de hidrocarburos que se encuentran en baldíos adjudicados antes del 28 de octubre de 1873. Por esa razón, entre otras, el Gobierno ha estimado indispensable someter este proyecto a la consideración de las HH. Cámaras Legislativas. Desea cumplir un mandato imperativo de nuestra Carta Política y aspira a que la Nación recobre la totalidad de su dominio minero".

7. Acierta, en cambio, el Dr. Indalecio Liévano Aguirre cuando al rendir ponencia para primer debate al Proyecto No. 16 (Ley 20/69) a la H. Cámara de Representantes, el 24 de septiembre de 1969, relata concretamente la evolución histórica de la legislación minera española y republicana:

"Como es sabido, nuestra historia minera se inicia bajo el régimen de la colonia española. Durante esa etapa se transplantaron a América los ordenamientos legales españoles, que de manera afortunada separaban la propiedad del suelo de la propiedad del subsuelo. La Corona se reservó siempre el "*dominio eminente* del subsuelo, adjudicando a los particulares solo el *dominio útil* del mismo, o sea el derecho limitado de explotarlo. Los principales hitos de la legislación española, después de la época del dominio romano, son los siguientes:

"En el año de 1263, en la Ley 11, Título 2o., de la Partida 3a., se dispuso: "Las deudas de los puertos et las salinas *et las mineras* pertenecen a los reyes".

"En el año 1386, en el Ordenamiento de Alcalá, se mandó: "Todas las minas de plata y oro y plomo y *otro cualquier metal, de cualquier cosa que sea*, en nuestro señorío, pertenecen a nos".

"En el año de 1396, por medio de la Ordenanza que figuraría después como Ley 1, en el Título XVIII, Libro IX, de la Novísima Recopilación, se ordenó: "Todas las mineras de plata y *oro y plomo* y *de otro cualquier metal, de cualquier cosa que sea*, pertenecen a nos; por ende, ninguno sea osado en las laborar sin nuestra especial licencia y mandado".

"Con el descubrimiento y conquista de América estas normas generales se trasladaron a los nuevos dominios de la Corona y ello puede verificarse en el texto de las capitulaciones negociadas entre el Rey y los conquistadores. Así lo

demuestran, por ejemplo, las Capitulaciones acordadas entre el rey y Hernán Cortés, en cuyo aparte pertinente se decía: "Por la presente vos hacemos merced, gracia y donación pura y perfecta, y no revocable... de villas y pueblos... con sus tierras... reteniendo como retenemos la soberanía de nuestra justicia real *y retenemos así mismo los mineros y encerramientos de oro y plata y de otros cualesquier metales* y las salinas que obiere en las dichas tierras". Y en la capitulación celebrada con Diego de Nicuesa, la fórmula empleada, después de hacer la reserva categórica sobre la propiedad real de las minas, era la siguiente: "Las podeis gozar por el *término de diez años* de esta manera: El primer año pagado a nos el diezmo; el segundo pagando la novena parte; el tercero pagando la octava parte y en el quinto año pagando la sexta parte... y en los otros cinco años venideros pagando el quinto según la forma y manera que ahora se paga en la isla española".

"En la Real Cédula del 5 de febrero de 1504, destinada a los dominios americanos, se dijo: "Mandamos que todos los vecinos y moradores de nuestras Indias que compren o *saquen oro, plata, plomo, estaño, azogue, hierro u otro metal*, nos paguen la quinta parte de lo que cogieren o sacaren nato, que nuestra voluntad es *hacerles merced* de las otras cuatro partes en consideración a los costos y gastos que hicieren".

"En la célebre "Recopilación de las Leyes y de los Reynos de las Indias", promulgada en 1681, se incorporó la doctrina central del dominio eminente del Rey sobre las minas y recogiendo las Ordenanzas y disposiciones anteriores que obligaban al adjudicatario de minas a laborarlas y beneficiarlas si deseaban conservar el usufructo de ellas, se dijo en la Ley IV, del Libro IV, Título XVIII de la Recopilación: "La disminución de algunos asientos de minas resulta, de que no se observen nuestras ordenanzas Reales, y en particular sobre las minas que están desiertas y desamparadas, *y en esto está resuelto, que habiendo tiempo de cuatro meses que no benefician, puede cualquier persona denunciarlas ante la justicia ordinaria, por despobladas*, y que hechas las diligencias de el nuevo cuadernillo de minas, *se adjudiquen al denunciador para que las labre como verdadero dueño*, con las condiciones que allí se declaran, *atendiendo en esto a que las minas no estén sin beneficiarse y descubrir nuevas vetas*".

"Y en las Ordenanzas de Anserma, expedidas en 1827 por el visitador Lesmes de Espinoza, a fin de aplicar los preceptos generales de la legislación española a las minas de Supía, Marmato, La Vega y Buenavista, se decía: "7. Item. Para que se aumenten los reales quintos y que su Majestad no sea defraudado en el intento con que se ha hecho merced a los vasallos de que se puedan registrar, labrar, y beneficiar las minas, *que por todo derecho son del patrimonio real y pertenecen en propiedad a su Majestad*, y que se eviten los fraudes con que las personas que las han registrado las tienen desamparadas y despobladas, siendo como es muy contingente que las dichas minas desamparadas y despobladas son muy ricas, de que he sido informado de personas antiguas y de entera satisfacción, ordeno y mando que en conformidad de las Ordenanzas de minas de esta ciudad que se han confirmado por la Real Audiencia del Nuevo Reyno de Granada, y de las leyes reales que dan el orden y forma con que las dichas minas lo han de ser de los que las registraren, y pertenecerles, y el modo así mismo con que han de quedar vacías no guardando

las condiciones en las dichas Ordenanzas y leyes expresadas, que todas y cualesquier persona que quisieren puedan denunciar y denuncien todas y cualesquier minas que en cualquier manera hubiesen sido registradas y labradas con que el tiempo del registro las hallen desiertas, desamparadas y despobladas, y mando a las justicias de esta ciudad reciban y admitan los dichos registros y que les metan en posesión de las dichas minas...".

"Hacia el final del período colonial, en el año 1783, se expidieron las famosas Ordenanzas de Minas de la Nueva España, cuya vigencia se generalizó a todos los dominios americanos. En dichas Ordenanzas, en el Título V, Artículos 1o., 2o., y 3o. y en el Título VI, artículo 22, se dispuso: "Artículo 1o. *Las minas son propiedad de mi Real Corona*, así por su naturaleza y origen, como por su reunión dispuesta en la Ley 4a. Título 13, Libro VI, de la Nueva Recopilación.

"Artículo 2o. *Sin separarlas de mi Real Patrimonio, las concedo a mis vasallos en propiedad y posesión, de tal manera que pueden venderlas, permutarlas, arrendarlas, donarlas, dejarlas en testamento por herencia o manda.*

"Artículo 3o. *Esta concesión se entiende bajo de dos condiciones:* La primera, que hayan de contribuir a mi Real Hacienda la parte de metales señalada; y la segunda, que han de *labrar y disfrutar* las minas cumpliendo lo prevenido en estas Ordenanzas, *de tal suerte que se entiendan perdidas siempre que se falta al cumplimiento de aquellas* en que así se previniere, y puedan concedérsele a otro cualquier que por este Título las denunciare.

"Artículo 22. Así mismo concedo que se puedan descubrir, solicitar, registrar y denunciar en la forma referida, *no solo las minas de oro y plata sino también las de piedras preciosas, cobre, plomo, estaño, azogue, antimonio, piedra calaminar, bismuto, sal gema, y cualquiera otros fósiles, ya sean metales perfectos o medios minerales, bitúmenos o jugos de la tierra,* dándose para su logro, beneficio y laboreo, en los casos ocurrentes, las providencias que corresponda".

"De acuerdo con esta afortunada síntesis de la doctrina regalista, vigente en América, desde la conquista, el subsuelo minero pertenecía a la Corona y los particulares quedaban sujetos, para conservar el dominio útil que se les adjudicaba, al pago del quinto y a "labrar" las minas. Solo las de carbón constituyeron una excepción transitoria al principio general y puede decirse, por lo mismo, que las deficiencias del sistema español no se encontraban en las Ordenanzas y la doctrina sino en su práctica, en cuanto que las autoridades de la Corona en América no siempre dispusieron de mecanismos administrativos suficientemente eficaces para hacer efectivas, en todos los casos y oportunidades, las condiciones resolutorias del dominio minero.

"Al producirse la Independencia y la organización de la República, el Congreso colombiano expidió la Ley del 4 de agosto de 1823, en la cual se ordenaba que los beneficiados con la adjudicación de minas "deberán laborar, fortificar y amparar las minas del modo más ventajoso a la sociedad, conforme a lo dispuesto en los títulos 9o. y 10o. de las Ordenanzas de Minería de la nueva España o lo que en lo sucesivo se mandare". Y el Libertador Simón Bolívar, en su histórico decreto del 24 de octubre de 1829, reivindicó para la nación la

soberanía plena sobre el subsuelo, de acuerdo a la tradición española, y ordenó observar las Ordenanzas de Minería de la Nueva España. En el artículo 1o. de dicho decreto se decía: "1o. conforme a las leyes, *las minas de cualquier clase, corresponden a la República, cuyo gobierno las concede en propiedad y posesión, bajo las condiciones expresadas en las leyes y ordenanzas de minas y las demás que contienen este decreto*". Y en el artículo 38 del mismo, se agregaba: "Mientras se forma una Ordenanza propia para las minas y mineros de Colombia, se observará provisionalmente la Ordenanza de Minas de la Nueva España, dada el 22 de mayo de 1803, exceptuando todo lo que trata del tribunal de minería y jueces diputados de minas, y lo que sea contrario a las leyes y decretos vigentes. Tampoco se observará en todo lo que se halla reformado por el presente decreto".

"La República, por tanto tuvo el acierto de continuar la tradición del derecho minero español, que situaba el dominio eminente del subsuelo en el Estado y exigía a los beneficiados con adjudicaciones mineras el pago del impuesto y la explotación de las minas, si deseaban conservar su derecho sobre ellas. Estas normas fueron ratificadas al efectuarse, en 1845, la copilación de las leyes vigentes denominada "Recopilación Granadina", en la que figuraron como las leyes 9a. y 10a. de la Partida IV, Título V de dicha Recopilación.

"Hasta este momento la situación jurídica con respecto al dominio del subsuelo y a la latitud de los derechos de los particulares sobre el mismo, no se prestaba a interpretaciones confusas. Pero a mediados del siglo XIX se sintió en la República el impacto de las ideologías individualistas, tan de moda entonces, y se comenzó a pensar que los intereses públicos se servían mejor si se trasladaba al dominio privado la totalidad del patrimonio nacional, incluyendo el subsuelo minero.

"En 1853 y a propósito de un proyecto de arreglo con los tenedores de bonos de la deuda extranjera, se autorizó al Gobierno por la Ley del 20 de Julio de ese año, para que destinara las tierras baldías de propiedad nacional al pago de dicha deuda, facultándolo "*para otorgar la propiedad de las minas que puedan encontrarse en las tierras baldías que se destinen a la amortización de la deuda*".

En virtud de esa autorización al Gobierno, celebró, en 1855, un contrato con la Casa Saint Rose, de París, por el cual se le otorgaban a dicha casa, a cambio de documentos de deuda pública depreciados, la enorme cantidad de 30 millones de hectáreas, que ella escogería en el territorio nacional y que comprendían la propiedad del subsuelo. En el mismo sentido se firmaron dos contratos más: el uno por 500.000 hectáreas, que incluía los llanos de Neiva y parte de los de San Martín, y el otro que abarcaba las tierras baldías que existieran en las cabeceras del río Magdalena, incluyendo su riqueza minera y la forestal, o sea los bosques de quina silvestres. Solo el estallido de la guerra entre Francia, Rusia e Inglaterra por el dominio del medio Oriente, y la valerosa oposición de Aníbal Galindo y José María Samper, impidieron entonces que se perfeccionaran unas negociaciones que suponían la enajenación, a intereses extranjeros, de una porción tan dilatada del territorio nacional.

"La Ley de 1853 fue, en todo caso, el indicio de la existencia en el país de un clima ideológico contrario a que el Estado ejerciera la tutela del patrimonio

nacional y ese clima encontró su coyuntura propicia para expresarse cuando se impusieron, a partir de 1858, las doctrinas federalistas. No han sido escasas las ocasiones, en nuestra historia, en que las ideas federalistas o descentralistas han servido de pretexto para que intereses privados, francamente contrarios a las conveniencias generales, logren establecer su predominio al amparo de una supuesta defensa de las regiones o de las provincias. Y así ocurrió en Colombia a partir de 1858. El empeño general que existía en los sectores económicos dirigentes de desmantelar el Estado y de trasladar los bienes nacionales a los particulares, se abrió camino a la Constitución expedida en ese año, en la cual la nación se reservó exclusivamente, en su artículo 6o. las tierras baldías, las vertientes saladas y las minas de esmeraldas y sal gema y en su artículo 8o., dispuso: "Todos los objetos que no sean atribuidos por esta Constitución a los poderes de la Confederación, son de competencia de los Estados".

"Los Estados Soberanos de la Confederación eran Antioquia, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá y Santander y a su dominio ingresaron las minas del subsuelo nacional, con las tres excepciones de la reserva hecha por la Confederación. *Lo cual quería decir que, a partir de ese momento, a las legislaturas de los Estados Soberanos les correspondería decidir sobre el régimen jurídico del subsuelo minero.*

"La Carta de 1858 no fue sino el preludio de la plena culminación del sistema federal, que se consagró sin limitación en la Constitución de 1863. En ella se hizo, en su artículo 30, la misma reserva sobre las vertientes saladas, las tierras baldías, las minas de esmeraldas y sal gema y se reprodujo el régimen anterior de delegación a los Estados, en el artículo 16: "*Todos los asuntos del Gobierno —decía— cuyo ejercicio no deleguen los Estados expresa, especial y claramente al Gobierno general, son de la exclusiva competencia de los mismos Estados*".

"Y, ¿cómo utilizaron los Estados esa competencia? Por medio de Códigos Mineros o de Fomento que expidieron algunos, o de simples leyes, como lo hicieron otros, se optó por un régimen jurídico que presentaba variantes y distinciones regionales, pero seguían las siguientes tendencias generales:

"Primera: Se reconocía el dominio de la Unión sobre las vertientes saladas y las minas de esmeraldas y sal gema.

"Segunda: Se reservaban para el Estado respectivo las minas de oro y plata y algunas otras, debidamente especificadas, de las que se esperaban ingresos fiscales.

"Tercera: *Todo el resto del subsuelo y de la riqueza minera se sometía al ordenamiento jurídico que los Códigos y Leyes de los Estados definían con la siguiente cláusula: "Al dueño del terreno todas las demás, (minas) de cualquier clase que sean".*

"Así se consagró en nuestra historia el principio de la propiedad privada del subsuelo, la doctrina romana de la accesión, según la cual se confundían, en un todo, el dominio del suelo, el aire y del subsuelo. "Desde el cielo hasta el infierno", como dirían los mejicanos. Con sobrada razón el eminente tratadista colombiano. Eustorgio Sarria, al referirse a esta época: "Por virtud de las

diferentes legislaciones de los Estados Soberanos el sistema dominical o regalista, que ratificó el histórico decreto del Libertador, se quebrantó de manera inconsulta, al impulso de un individualismo intransigente, creándose una equívoca situación".

"Fueron tan notorios los abusos a que se prestó el sistema que trasladó a las legislaturas de los Estados, dominados por pequeñas oligarquías, el poder decisorio sobre el dominio del subsuelo, que a los diez años de adoptado ese régimen ya había provocado una alarma general y parte de los dirigentes que tenían la responsabilidad de haberlo implantado se vieron en la necesidad de hacer una pronta rectificación, a fin de conjurar los gravísimos perjuicios que de él se derivaban para los intereses colectivos.

"En el Código Fiscal de 1873, la Unión Colombiana se reservó aquellas minas situadas en las tierras baldías de su propiedad que fueron especificadas en los artículos 1116, 1117 y 1126 de dicho Código. Tales artículos disponían: "La República se reserva la propiedad de las minas y depósitos de carbón, así como también las de guano y cualquier otro abono semejante, *que se encuentren en los terrenos baldíos de la Nación*, o en los que por otro título distinto le pertenezcan".

"*Dichas minas o depósitos no se entenderán vendidos ni adjudicados con los terrenos*, y serán beneficiados por cuenta de la República, a virtud de los contratos que al efecto celebre el poder Ejecutivo".

"Las minas de cobre, de hierro y otros metales no preciosos, las de azufre y *demás no expresadas en este título*, que se descubran en terrenos baldíos de propiedad nacional, son también de la Unión y sobre la explotación, arrendamiento, adjudicación, etc., se aplicarán las disposiciones análogas contenidas en los capítulos anteriores y en el Código de Fomento".

"El cambio político ocurrido en 1886, condujo a una revisión fundamental y decisiva del ordenamiento legal vigente sobre la propiedad de las minas, cambio que motivó importantes debates en el Consejo Nacional de Delegatarios. Los poderosos intereses creados alrededor del régimen anterior impidieron que se llegara a un acuerdo satisfactorio sobre la materia en la Comisión redactora de la Constitución y ello explica por qué el proyecto inicial presentado al Consejo de Delegatarios decía:

"Pertenecen a la República de Colombia las fincas, rentas, valores y derechos que pertenecieron a la extinguida Unión Colombiana. Exceptúase lo que por medio de leyes especiales ha sido enajenado o cedido a cualquier persona o entidad".

"Ante esta redacción que evadía el problema de la nacionalización del subsuelo minero, puesto que no transfería a la Nación las minas que fueron de propiedad y competencia de los Estados Soberanos en el régimen federal, don Miguel Antonio Caro pronunció el siguiente discurso en la sesión del Consejo de Delegatarios del día 5 de junio de 1886: "El artículo suscita, no decide, una cuestión grave. Por él se confirman las donaciones hechas por la Nación a cualquiera personas o entidades. Los principales cesionarios, o para hablar más claro, expoliadores de la Nación, fueron los Estados. Los representantes de los Estados soberanos venían al Congreso a repartirse los despojos de la

Hacienda Nacional, como alacranes que devoran a la madre. Los Estados Soberanos han muerto. Sus bienes son herencia yacente. ¿Quién ha de ocuparla? ¿Están los nuevos departamentos llamados por derecho natural a esa sucesión? ¿o bien la Nación, por el hecho de reasumir la soberanía, recobra el dominio de bienes que los Estados poseyeron a título de soberanos? Este punto debe decidirse aquí y quedar definido en la Constitución.

"Si la nación, como yo lo creo de derecho, recobra como única soberana los bienes de los soberanos difuntos que formaban la Nación, debe procederse a una discriminación equitativa, para que *ella conserve los bienes anexos al atributo de la soberanía, como son el subsuelo y los baldíos*, y renueva liberalmente en favor de los departamentos la donación de otros que no tienen aquel carácter. Pero este asunto es grave y requiere la asistencia que yo me permito solicitar del Honorable Sr. Secretario de Hacienda".

"La consecuencia del debate planteado por Caro fue la redacción del nuevo texto, que se adoptó como artículo 202 de la Constitución de la Nación, y por el cual la Nación recobraba el dominio de los bienes de la Unión Colombiana y también el de las minas, baldíos y salinas que pertenecieron a los antiguos Estados Soberanos. Dicho artículo decía: "Pertenecen a la República de Colombia:

"1o. Los bienes, rentas, fincas, valores, derechos y acciones que pertenecían a la Unión Colombiana en 15 de abril de 1886.

"2o. Los baldíos, minas y salinas que pertenecían a los Estados, cuyo dominio recobra la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros por dichos Estados, o a favor de éstos por la Nación a título de indemnización.

"3o. Las minas de oro, de plata, de platino y de piedras que existan en el territorio nacional, sin perjuicio de los derechos que por leyes anteriores hayan adquirido los descubridores y explotadores sobre algunas de ellas".

"Queda por decidir, naturalmente, la grave cuestión planteada por el considerable patrimonio minero de que se desprendieron alegremente los Estados Federales por medio de adjudicaciones o en razón de la famosa cláusula: "Al dueño del terreno todas las demás, de cualquier clase que sean".

"El punto se resolvió por medio de la Ley 38 de 1887. En ella, el Consejo de Delegatarios adóptó, para la Nación ya reconstituida, el Código Minero del antiguo Estado Soberano de Antioquia; le introdujo a ese Código las modificaciones exigidas por las normas generales consagradas en la Constitución; y para resolver las situaciones de hecho y de derecho, creadas por las cláusulas de los Códigos Federales que atribuían al propietario del suelo la propiedad del subsuelo, estableció el sabio mecanismo que, en los siguientes términos, desarrolló el artículo 5o. de la Ley: "En donde quiera que la propiedad de las minas hubiere sido del propietario del suelo, hasta el día 7 de septiembre de 1886, en que empezó a regir la Constitución, cada uno de esos propietarios tendrán por un año, que se contará desde la fecha de esta ley, un derecho preferente al de cualquiera otro individuo para buscar, catar y denunciar las minas que hubiere dentro de su heredad. Pasado un año, las minas que hubieren dentro de esas heredades serán denunciables por cualquiera, como

pueden serlo todas las demás conforme a la ley, con la excepción de que tratan los artículos 3o. y 4o. de esta ley".

"La fecha y plazo señalados en esta ley, tienen particular significado en cuanto al perfeccionamiento o extinción de los derechos privados sobre el subsuelo minero. Solo los particulares que cumplieron con los requisitos establecidos en ella, podían alegar un derecho de dominio privado sobre las minas y transmitirlo, por cualquier título legal, a sus sucesores o a terceros.

"A fin de completar el conjunto del ordenamiento legal destinado a restablecer en Colombia la sabia doctrina que había inspirado, en la mayor parte de nuestra historia, el régimen legal de la minería, en el artículo 11 de la citada ley 38 de 1887 se dispuso que el titular de las "minas que, pasados 5 años desde la fecha de su adjudicación no hubiese establecido trabajos formales de explotación, perderá el derecho adquirido aun cuando pague el respectivo impuesto. Igual pena sufrirá el adjudicatario o cesionario que después de establecidos los trabajos dichos, los suspenda por más de un año, salvo fuerza mayor o caso fortuito".

8. En el mismo sentido se pronunciaron los ilustres juristas doctores Fernando Vélez y Antonio José Uribe en los comentarios al Código de Minas Colombiano, 2a. edición, imprenta de "La Verdad", 1904.

"El grave asunto de si las minas deben ser del dueño del suelo o propiedad del Estado, no ha sido resuelto de una misma manera por todas las Legislaciones. Prescindiendo de examinarlo filosóficamente, nos limitaremos a unas pocas observaciones relativas al derecho positivo de algunas naciones sobre el particular, especialmente de España.

"El derecho romano declaró que las minas de oro, plata, cobre, hierro, acero, plomo y otras, pertenecían al propietario del fundo donde estaban, siguiendo esta máxima: "qui dominus est soli dominus est coeli et inferorum, es decir, la propiedad del suelo implica la de la parte superior y la de la parte inferior. Esto no impidió a los Emperadores romanos se atribuyesen un décimo del producto de las minas cualquiera que fuese el lugar donde se encontraran.

"Novísima Recopilación. El Derecho español no tuvo principio fijo acerca de asunto tan importante, y por eso sus leyes contienen diferentes disposiciones sobre la materia: unas que prohíben labrar sin real licencia las minas de oro, plata, plomo y cualquiera otro metal por pertenecer al Rey; otras que permiten a todos los individuos buscar y cavar en sus tierras las minas de metales y piedras, en las ajenas, con licencia del dueño, pero con la condición de dar las dos terceras partes del producto al Estado; otras que declaran ser del real patrimonio las minas de oro, plata y azogue (Leyes 1a., 2a. y 3a. del título 18, libro 9).

"Después de estas disposiciones se expidió una Ordenanza de 84 capítulos, la cual establece la nueva forma que debía observarse en el descubrimiento, registro, labor y beneficio de las minas de cualesquiera metales; concede su posesión y propiedad a los descubridores que las explotasen, bien fuera que estuviesen en terrenos públicos, comunes o particulares, asigna la parte del producto que correspondía al Estado; previene formalidades respecto de las

minas nuevas como de las antiguas abandonadas; y establece ciertas prohibiciones y penas. (L. 4o., Tit. 18, Lib. 9).

"En cuanto a las minas de hierro y de carbón de piedra, la ley permitía la libre explotación. Sin embargo, la Corona tenía derecho de reservarse para sí las que necesitara para el uso de la marina, fundiciones, máquinas y otros objetos del servicio público, satisfaciendo al dueño su justo valor. El usufructo de estas minas era de la comunidad o persona a quien perteneciese el de las demás cosas que producía el terreno donde estaban. Por lo mismo, los dueños particulares podían descubrirlas y beneficiarlas por sí, o permitir que otros lo hiciesen, venderlas o arrendarlas, sin más licencia ni formalidad que la indispensable para disponer del terreno que las contenía (Tit. 20, Lib. 9). Las minas y pozos de sal, eran propiedad del Estado, de modo que ningún particular podía beneficiar los que hallaba. (T. 19, Lib. 9).

"Citamos la Novísima Recopilación porque es de las antiguas colecciones de leyes españolas, quizá la más conocida entre nosotros. Sin embargo, para mejor inteligencia del asunto, nos permitimos las observaciones que siguen:

"La Ley 11, Tit. 28, Part. 3a. (1263) estableció que "las deudas de los puertos, et las salinas et las mineras pertenecen a los Reyes".

"La recopilación de leyes publicada en 1567 durante el reinado de Felipe II, conocida con el nombre de Nueva Recopilación o Recopilación de Castilla, en el título trece del libro sexto, trata "de los tesoros, y mineros de oro, o plata, o otro cualquier metal, y pozos de sal y bienes mostrencos, y hallados".

"De las diez leyes de dicho título se refieren a minas de oro o plata y otros metales, las leyes 2a. de 1386 compuesta de las leyes 47 y 48, Tit. 32 del Ordenamiento de Alcalá, 3a., de 1387, 4a. de 1559, 5a. de 1563, 9a. de 1584 y 10a. de 1607, estas dos últimas agregadas en edición posterior de la Recopilación. La Ley 9a. que es la Ordenanza de 84 capítulos citada, derogó los capítulos 3 a 7 de la Ley 4a. y la Ley 5a. que comprende 78 capítulos. En la Ley 10a. se reforman algunas de las disposiciones de la 9a.

"La Novísima Recopilación, concluida en 1804, en las seis leyes de su título 18 del libro noveno, comprende cuatro de la Recopilación de Castilla: la 2a. de ésta bajo el No. 1, la 3a. bajo el No. 2, la 4a. bajo el No. 3 y la 9a. bajo el 4o. En la 4a. quedaron suprimidos los capítulos 3 a 7. De modo que según la Novísima, de las leyes sobre minas de oro, plata y otros metales que comprende la Recopilación de Castilla, sólo quedaron vigentes la 2a., la 3a. los dos primeros capítulos de la 4a. y la 9a.

"Ocurre esta cuestión: ¿Rigieron en el Virreinato de Nueva Granada las leyes españolas sobre minas?

"Son de tres clases: unas generales de España: La Recopilación de Castilla y la Novísima Recopilación; otra especial para América; la Recopilación de Indias; y otras especiales para ciertas colonias de América: las Ordenanzas de Minería de Nueva España (Méjico) y las del Perú.

"En el Virreinato rigieron las leyes generales de España que se comunicaban a las Audiencias respectivas de acuerdo con una disposición de la Novísima Recopilación, y las leyes que se expidieron para América. No hay duda, por

lo mismo, de que la Recopilación de Indias, menos lo que especialmente se refiere a ciertas colonias americanas, rigió en el Virreinato. La Recopilación de Castilla y la Novísima Recopilación se tuvieron también por vigentes. Las Ordenanzas de Méjico y el Perú no rigieron en el Virreinato. Por eso después de la independencia (1829) se juzgó necesario declarar en vigor las de Méjico.

"La Constitución de 1821 (Art. 188) declaró "en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución ni a los decretos y leyes que expidiere el Congreso". Esta disposición se refiere a las leyes generales españolas y a las especiales para toda la América.

"En 1825 fue cuando se estableció el orden de prelación legal, y es de notarse que ni en la Ley de ese año (13 de mayo) ni en las posteriores sobre prelación de 1834, 1858, 1861, 1865 y 1872, se puso en vigencia la Novísima Recopilación; pero como las leyes que ésta comprende son anteriores al 18 de marzo de 1808, y como las españolas sancionadas hasta esa fecha, que estaban en observancia en la Nueva Granada, se declararon en vigor en la Ley de 1825, es claro que las de la Novísima fueron aplicables en su mayor parte hasta 1887 en que con todo el derecho español quedaron abolidas (Art. 15 de la Ley 153).

"En las prelaciones legales de 1825 y años posteriores, se dio preferencia a la Recopilación de Indias sobre la Nueva Recopilación y a ésta sobre las Siete Partidas.

"RECOPILACION DE INDIAS

"Además de estas disposiciones generales del derecho español, las hubo especiales para América, las cuales se encuentran en la Recopilación de Indias. Acerca de éstas, haremos unas pocas indicaciones. El libro cuarto y el octavo de esa obra resuelven puntos relacionados con las minas y los metales. Comenzaremos por las disposiciones del primero de estos libros.

"El título 19 que contiene 16 leyes, trata "Del descubrimiento y labor de las minas". La Ley 1a. (Cédula de Carlos V, de 9 de diciembre de 1526) permite que "todas las personas de cualquier estado, condición, preeminencia o dignidad, españoles e indios" (quedaron exceptuados los extranjeros) puedan sacar oro, plata, azogue y otros metales... en todas las minas que hallaren o donde quisieren y por bien tuvieren, y los coger y labrar libremente sin ningún género de impedimento", con la condición de pagar el impuesto real respectivo y de observar las leyes generales y las Ordenanzas hechas en cada provincia y confirmadas por el Rey. La Ley 6a. permite denunciar las minas que no se beneficiasen durante cuatro meses. Debían adjudicarse al denunciador para que las librase como verdadero dueño. La Ley 12 prohíbe vender metales al que no fuese dueño de minas. La 13 establece que los indios puedan tener y labrar minas de oro y plata como los españoles.

"Título 20. "De los mineros y azogueros y sus privilegios". De las 7 leyes que comprende mencionaremos el contenido de dos: la Ley 1a. ordena que los mineros sean favorecidos por las justicias guardándoles y haciéndoles guardar todas las preeminencias de que gozaban, una de éstas que por ninguna deuda se les pudiesen embargar los esclavos, herramientas, mantenimientos y

otras cosas necesarias para la explotación de las minas. La Ley 2a. dispone que si los mineros son presos por deudas, lo sean en el Real y asiento de minas.

"Título 21. "De los Alcaldes mayores y Escribanos de minas". Sus 4 leyes establecen los requisitos que deben tener los Alcaldes mayores; prohíbe a éstos contratar con los mineros con pretexto de avío, comprarles el oro, plata ni otros metales; tener compañía con dueño de minas, lo que también les estaba prohibido a los Jueces y Escribanos de minas; y dispone que los salarios de los Alcaldes y Veedores de minas se paguen de los aprovechamientos de éstas.

"El título 22, que comprende 17 leyes, trata "Del ensaye, fundición y marca del oro y la plata". La última de dichas leyes establece "las Ordenanzas que han de guardar los ensayadores del Perú". El título 23, que consta de 23 leyes, trata "De las Casas de Moneda y sus oficiales", el 24, "Del valor del oro, plata y moneda y su comercio" 8 leyes; y el 25 (48 leyes) "De la pesquería y envío de perlas y piedras de estimación".

"Respecto de los títulos del libro 8o. indicaremos su contenido. Título 5o. (6 leyes). Trata "De los Escribanos de Minas y Registros". Estos registros eran los que se hacían en los puertos de las naves y fragatas que entraban o salían. El título 10 (53 leyes) habla "De los quintos reales". Contiene disposiciones acerca de la parte del oro, plata, perlas y piedras preciosas que correspondían a la Corona de las que se hallaban en América. Esa parte generalmente era el quinto. El título 11 (5 leyes) establece lo conveniente respecto "De la administración de minas y remisión del cobre a estos Reinos (a España) y de las de alcrevite". El título 12 (8 leyes) trata "de los tesoros, depósitos y rescates".

"Agregaremos, antes de pasar a otra cosa, que la mayor parte de las legislaciones actuales, como la de España, Inglaterra, Prusia, Portugal, Chile, Venezuela y el Perú, han consagrado el principio de que cierta clase de minas, como las de oro y plata, pertenecen al Estado, quien las cede a los particulares bajo algunas condiciones, en posesión y propiedad para que las exploten. La Legislación francesa y la belga siguen el principio del derecho romano al declarar que las minas son del dueño del suelo. Sin embargo, la primera reconoce como excepción que el Estado tiene la facultad de hacer merced de las minas a quien no sea dueño del terreno donde estén situadas; pero debiéndose pagar a éste una renta como indemnización. En Austria, el Emperador puede hacer explotar por su cuenta toda clase de minas, lo cual significa que se atribuye no sólo el dominio eminente sino la propiedad de ellas. Quedan exceptuadas de esto las de carbón de piedra, las cuales se adjudican al descubridor, salvo el derecho del propietario al terreno para beneficiarlas por sí mismo.

"DERECHO NACIONAL

"En la nación continuó vigente el Derecho español después de la Independencia mientras no fue expresa o tácitamente derogado o reformado por el Legislador colombiano. La derogación expresa de todo él, sólo la contiene el artículo 15 de la Ley 153 de 24 de agosto de 1887 que dice: "Todas las leyes españolas están abolidas". Así es que verificada la Independencia, en asuntos legales de minas, se aplicaban dichas leyes. Vamos a indicar las que sucesivamente fueron reemplazándolas hasta substituirlas con un nuevo Derecho.

"1823.

"La primera ley que se expidió en la República respecto del asunto que nos ocupa, fue la de 5 de agosto de 1823 (L. 9, p. 4a. T.R.G.) que autorizó al Poder Ejecutivo para que diese en arrendamiento, del modo que le pareciese más ventajoso, las minas pertenecientes en propiedad a la República, menos las de platino. Notaremos que el Art. 2o. de esta ley, que consta solo de 4, dispone que los arrendatarios de las minas, para labrarlas, fortificarlas y ampararlas debían conformarse a lo dispuesto en los Arts. 9 y 10 de las Ordenanzas de Minería de Nueva España de que hablaremos enseguida.

"1829.

"Estando el Libertador en Quito recibió del Ministro del Interior, don José Manuel Restrepo, un proyecto de Decreto sobre arreglo del ramo de minería, el cual fue sancionado en aquella ciudad el 25 de octubre de 1829. Es la Ley 10, P. 4a., T. 5 de la Recopilación Granadina.

"El Decreto, que se titula "Reglamento sobre minas", consta de 38 artículos, distribuidos en 2 capítulos y se funda en 4 considerandos, de los cuales los dos primeros son: "que la minería ha estado abandonada en Colombia, sin embargo de que es una de las principales fuentes de la riqueza pública; y que para fomentarla es preciso derogar algunas antiguas disposiciones que han sido origen fecundo de pleitos y disensiones entre los mineros".

"A causa de que este Decreto puede considerarse como la primera ley expedida por la República sobre minas, y de haber regido durante muchos años, nos permitimos dar cuenta de su contenido con alguna detención.

"El capítulo 1o. trata "De los descubrimientos, títulos y deserción de minas". Es la parte sustantiva del Decreto y comprende los 22 primeros artículos.

"El Art. 1o. dice: "Conforme a las leyes, las minas de cualquiera clase corresponden a la República, cuyo Gobierno las concede en propiedad y posesión a los ciudadanos que las pidan, bajo las condiciones expresadas en las Leyes y Ordenanzas de minas, y con las demás que contiene este Decreto". Indicaremos algunas de las últimas. (págs. 1 a 6).

"...

"El Art. 38, último del Decreto, dice: "Mientras se forma una Ordenanza propia para las minas y mineros de Colombia, se observará provisionalmente la Ordenanza de minas de Nueva España, dada en 22 de mayo de 1803, exceptuando todo lo que trata del Tribunal de minería, y jueces diputados de minas, y lo que sea contrario a las leyes y decretos vigentes. Tampoco se observará en todo lo que se halle reformado por el presente decreto". (pág. 8).

9. En síntesis, hasta la expedición de la Ley 20 de 1969, tanto la normatividad constitucional como la legislativa, respetaban los "derechos adquiridos", sobre las minas, frente a cada nueva regulación sobre la propiedad minera, la posesión, el descubrimiento o la explotación de las minas, sin exigir que se tratara de "derechos titulados" u "oficialmente reconocidos", sino que, como es obvio, respondieran a la noción que de tal fenómeno jurídico ha dado la

doctrina y la jurisprudencia universal, en la forma ampliamente analizada en la primera parte de este salvamento. Es decir que se hubiera consumado la situación jurídica concreta de la que surgiere, como consecuencia jurídica, un derecho subjetivo para un sujeto de derecho.

Y esa tradición legislativa la hace resaltar el demandante en forma afortunada:

1. Artículos 2o. y 3o. del Decreto 2533 de 1973, que protege las situaciones jurídicas deducidas en solicitudes y propuestas en trámite;

2. Artículos 3o. y 4o. del Decreto 769 de 1972, protegen las solicitudes y propuestas en trámite, no obstante la creación de zonas de reserva minera;

3. Con idéntica redacción se imparte igual protección a las solicitudes y propuestas en trámite, por el artículo 3o. del Decreto 1278 de 1947;

4. En el mismo sentido el artículo 3o. del Decreto 962 de 1977;

5. La misma previsión se encuentra en el artículo 4o. del Decreto 2366 de 1977;

6. Es igual la fórmula protectora utilizada por el artículo 3o. del Decreto 741 de 1979.

7. Idéntica fórmula legislativa contiene el artículo 3o. del Decreto 856 de 1979;

8. En los mismos términos aparece concebido el artículo 4o. del Decreto 625 de 1976.

9. Por su parte el artículo 14 de la Ley 20 de 1969, protege los avisos y denuncias en trámite al momento de entrar en vigencia dicha ley, dejando la opción al interesado para acogerse a la concesión, el aporte o el permiso, nuevas formas de explotación minera contempladas en la citada ley.

La tradición ha sido permanente, ininterrumpida y honra al legislador colombiano.

10. La Ley 20 de 1969, innova con innovación cuya exequibilidad ni es objeto de esta controversia ni es competente esta Sala para decidir sobre ella, en cuanto exige para hacer respetables los "derechos adquiridos" en las minas, que se trate de situaciones jurídicas concretas, debidamente perfeccionadas y "*vinculadas a yacimientos descubiertos*", pero ciertamente no restringe la protección constitucional "no podía hacerlo" a "derechos adquiridos" de propiedad, licencias de exploración, permisos de explotación, concesiones o aportes de minas, pues frente a la definición general y abstracta de "derechos adquiridos" de la Carta Fundamental, mal podía despreciar o depredar los derechos adquiridos por el "denunciante", el "adjudicatario" o el "explotador" de minas conforme a la ley anterior.

Por manera que si, en cumplimiento de las previsiones de la Ley 20 de 1969, se habían consumado situaciones jurídicas concretas en relación con los sistemas de aporte, concesión o permiso mineros, aunque la respectiva resolución administrativa no se hubiera dictado, al momento de entrar en vigencia la

Ley 61 de 1979, que solo hace explotables las minas de carbón de la Nación, por el sistema de aporte, las situaciones jurídicas concretas mencionadas quedaban protegidas por la Constitución Política y la tramitación de tales procesos gubernativos tenían que continuar hasta su normal decisión.

Si la Ley 61 de 1979 hubiera desconocido tales situaciones jurídicas y hubiera ordenado el archivo y cancelación de los expedientes en trámite, hubiera sido inconstitucional.

Y así lo reconoce efectivamente la Corte.

El mismo ciudadano demandante en este proceso, demandó la inexequibilidad del artículo 1o. de la Ley 61 de 1979, por considerar que hacía imposible la continuación normal de los expedientes pendientes de decisión al momento de iniciar su vigencia.

La Corte no accedió la inexequibilidad demandada, por considerar que el alcance de la ley no era el afirmado por el demandante y, por el contrario, afirmó que la ley no podía dejar inconclusas las actuaciones iniciadas antes de su vigencia y las cuales debían ser decididas normalmente concediendo o denegando la respectiva solicitud.

Dijo así:

"3a. Solicitar es "pretender o buscar una cosa con diligencia y cuidado", según definición del Diccionario de la Lengua. Quien solicita autorización del Estado para explorar y explotar áreas de carbón, lo que pretende o busca es precisamente el otorgamiento de aquella y la entrega de ésta, últimos momentos del procedimiento legalmente establecido, o del proceso, como lo llama la demanda, con el sentido de proceso administrativo en la connotación amplia del término. A este propósito cabe hacer la siguiente distinción: *si bien es cierto que la sola formulación de una solicitud en esta clase de negocios jurídicos no es suficiente para dar origen a derechos adquiridos, según se ha visto ello no significa que en virtud de la nueva situación creada por la Ley 61 de 1979 las actuaciones ya iniciadas según el régimen legal anterior hayan de quedar inconclusas, pues el solicitante que en tal caso se hallare tiene evidente derecho a que se prosiga el trámite de su asunto hasta el momento en que el Estado, en este caso el Ministerio de Minas y Energía, resuelva la petición no en la forma obligatoriamente favorable a la solicitud como lo pretende la demanda con el argumento de que el tiempo futuro de los verbos utilizados por el legislador en las disposiciones pertinentes tiene siempre carácter imperativo, sino como lo determine la ley vigente en el momento de la resolución. De tal manera quedará a salvo el derecho de los solicitantes cuyas peticiones estuvieren aún pendientes de la decisión oficial a reclamar contra ésta por la vía contencioso administrativa, toda vez que no se ajusta a las exigencias de la ley que deba aplicarse o que en alguna forma resulten vulnerados sus derechos provenientes de causas distintas*". (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. Febrero 26 de 1981. Magistrado ponente Dr. Carlos Medellín).

Si la Ley 61 de 1979 hubiera ordenado la cancelación y archivo de los expedientes pendientes al momento de su entrada en vigencia la Corte lo hubiera declarado inconstitucional.

El legislador no lo hizo pero lo hizo el reglamento y el Consejo de Estado, en abierta contradicción con lo decidido por la Corte, lo declara legal.

Mucho menos puede el Gobierno, so pretexto de reglamentar la ley, exceder sus previsiones cambiando una norma enunciativa, general y abstracta, por una norma "enumerativa", "numerus clausus", que por fuerza, como se dice en párrafos anteriores, excluye "derechos adquiridos" por medios o circunstancias distintas a las enunciadas, en forma exclusiva, por el artículo decretal demandado.

Tampoco podía el titular de la facultad reglamentaria, frente a la norma reglamentada que protege "*todos los derechos constituidos a favor de terceros*" surgidos de "*cualquier situación jurídica concreta perfeccionada o consumada*" antes de su vigencia, exigir so pretexto de reglamento, que tales situaciones jurídicas concretas consumadas, fuesen no todas, sino exclusivamente las surgidas de determinadas instituciones y de determinados hechos y que, además estuvieran "*perfeccionadas a la vigencia del decreto*", lo que, dada la consumación de las situaciones jurídicas protegidas, implica no que se haya consumado la situación jurídica respectiva (realización fáctica de la hipótesis abstracta de una norma legal atributiva de derechos o impositiva de obligaciones), sino que haya sido oficialmente reconocida, mediante la expedición del título de propiedad, o de la licencia de exploración, o del permiso de explotación o mediante el otorgamiento de la concesión o el aporte, o corrida la escritura de cesión, todo lo cual no estaba en la norma reglamentada, excede su previsión, y restringe la protección constitucional a los "derechos adquiridos" en las minas.

Sería tanto como si la ley exigiera para proteger —ante un tránsito de legislación— el derecho de propiedad inmueble adquirido por usucapión que al entrar en vigencia la nueva ley se encontrara expedida o notificada o ejecutoriada o registrada la sentencia declaratoria de dominio. En tales términos sería violatoria del artículo 30 de la Constitución Nacional que protege, sin exigencias adicionales el "derecho adquirido", es decir, la consecuencia jurídica de la consumación de los hechos previstos en la hipótesis abstracta de la ley; que se haya poseído el inmueble, con ánimo de señor y dueño, por el lapso determinado en la ley.

Mucho menos podría la ley y muchísimo menos un decreto reglamentario, ordenar el archivo de los expedientes de declaración de pertenencia, pendientes de decisión al momento de entrar en vigencia.

Configurados los anteriores elementos, existe una situación jurídica concreta de propietario y se tiene adquirido el derecho a que se declare jurisdiccionalmente el dominio privado (derecho de acción y derecho a la pretensión) y derecho a oponer la "usucapion" como excepción en cualquier proceso.

Con mayor razón resulta ilegal e inconstitucional, por exceso de la facultad reglamentaria consagrada en el Artículo 120, ordinal 3o., de la Constitución y violación directa del Artículo 1o. de la Ley 61 de 1979 que dice reglamentar, el impugnado artículo 6o. del Decreto 1155 de 1980.

No es facultad discrecional de la administración, en materia de minas, conceder el permiso, otorgar el aporte o la licencia o la concesión. Es una

actividad reglada y reglada con exceso y con minuciosidad en la legislación minera.

Demostrados por el peticionario los requisitos exigidos por la ley para el permiso, la licencia, el aporte o la concesión, surge una situación jurídica concreta y de ella surge para su titular un derecho adquirido a que se le conceda el permiso o se le otorgue la licencia, el aporte o la concesión.

Extensamente se estudió la naturaleza de la situación jurídica concreta como aquella que se consuma o perfecciona cuando un sujeto de derecho ha realizado objetivamente la hipótesis abstracta de la ley, en su favor o en su contra, en forma que ya nada tiene que hacer o efectuar para que la consecuencia puesta en la misma norma —derecho adquirido— surja a su favor o en su contra.

Consumada así la relación jurídica concreta, ya no podrá ser desconocida, modificada o vulnerada por una ley posterior.

Y no importa que la nueva ley sea expedida entre el momento de la consumación de la situación jurídica concreta y el momento de su reconocimiento por el acto de la administración o por la sentencia del juez.

Una situación jurídica concreta tiene uno o dos efectos jurídicos inmediatos y permanentes: a) producir un derecho adquirido; b) constituir excepción frente a cualquiera que pretenda su desconocimiento.

El artículo demandado, es, pues, violatorio del artículo 120 ordinal 3o. de la Constitución Política y de los artículos 1o. y 4o. de la Ley 61 de 1979.

La facultad reglamentaria es limitada, su extensión está condicionada a lo estrictamente necesario para hacer comprensible y ejecutable la ley reglamentada pero jamás puede crear derechos y obligaciones o suprimir o modificar estas o aquellos, en relación con la previsión contenida en la ley.

Si lo dicho en el reglamento no está en la ley reglamentada así sea implícitamente, es inconstitucional.

Son excesivas las razones que existen para sostener la ilegalidad e inconstitucionalidad del artículo decretal demandado.

Jorge Valencia Arango.

Bogotá, mayo 19 de 1983.

SENTENCIAS DE INEXEQUIBILIDAD. Efectos:

1. Hacen desaparecer la norma jurídica, con un efecto absoluto hacia el futuro.

2. Conducen a que recobre vigencia la norma que regía con anterioridad a la expedición del acto declarado inexequible.

3. Los actos expedidos por el Gobierno dictados dentro del ámbito de su competencia y conforme a una legislación vigente que luego es declarada inexequible, son legalmente válidos.

4. Los efectos de la inexequibilidad solo afectan las normas o estatutos cuya intención concretamente se expresan en la sentencia.

ACTO ADMINISTRATIVO. EXPEDICION. COMPETENCIA. Uno de los elementos fundamentales del acto administrativo es que quien lo dicta tenga competencia para hacerlo.

LEY. DEROGACION. INSUBSISTENCIA.

1. Clases de derogación: expresa y tácita.

2. Insubsistencia de la norma por actuaciones propias del legislador.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Bogotá, D.E. mayo nueve de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Roberto Suárez Franco**

Demandante: **Gustavo Salazar**

Referencia: No. 3.920

1. ANTECEDENTES

El doctor Gustavo Salazar Tapiero "en ejercicio de la facultad establecida por el Art. 66 del Código Contencioso Administrativo" ha solicitado ante esta Corporación la nulidad del Decreto No. 2461 de 1980 por el cual se dictaron normas sobre Corporaciones Financieras.

Como hechos sustentatorios de su pretensión relata los siguientes:

"1. El Presidente de la República, con la firma de los Ministros de Hacienda y Desarrollo Económico, con invocación de las facultades a él conferidas en el literal i) del artículo 63 del Acto Legislativo número 1 de 1979, dictó el Decreto número 2461 de 1980, "por el cual se dictan disposiciones sobre corporaciones financieras".

"2. La Honorable Corte Suprema de Justicia declaró inexequible, en su totalidad, el Acto Legislativo número 1 de 1979, mediante sentencia de 3 de noviembre de 1981, de público y notorio conocimiento".

Cita como disposiciones violadas los artículos 76 numeral 12; 118 y 120 de la Constitución Nacional y los artículos 3o. y 9o. de la Ley 153 de 1887.

El concepto de la violación lo desarrolla, en diversos apartes de la demanda (folios 9, 10 y 11 del expediente) los que, para efecto de su estudio, serán analizados con posterioridad en este mismo fallo.

En la misma demanda, en capítulo aparte, el demandante propuso la suspensión provisional del acto acusado, la cual le fue denegada, por razones expuestas en providencia de 12 de abril de 1982 (folios 13 a 15 del expediente).

La Superintendencia Bancaria, por conducto de apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda, en su oportunidad procesal.

Sostuvo, en primer término, que la violación de los Arts. 76 numeral 12 y del 118 de la Carta no se daba, por cuanto los fallos de inexequibilidad, por razones de orden jurídico, "solo producen efecto para el futuro", motivo por el cual los derechos consolidados conforme a determinada ley y las normas expedidas de acuerdo a ella no desaparecen con la declaratoria de inexequibilidad.

Por último, se insiste que el literal 14 del Art. 120 de la Constitución Nacional, no desapareció con la vigencia del acto legislativo No. 1 de 1979 ni, mucho menos, con la declaratoria de inexequibilidad del mismo lo que lleva a que el acto impugnado goce de fundamentación jurídica.

2. CONCEPTO FISCAL

El señor Agente del Ministerio Público, en su vista de fondo, sostuvo que "antes de la declaratoria de inexequibilidad del Acto Legislativo No. 1 de 19079, el decreto acusado fue expedido conforme a las normas constitucionales, pero una vez desaparecido tal acto por la razón anotada perdió su fundamento jurídico y constitucional, porque declarada la inexequibilidad, en concepto del H. Consejo de Estado es como si nunca hubiera existido, aplicando el fenómeno de la nulidad".

Para sustentar su aserto cita sentencia de 23 de noviembre de 1964, que al efecto transcribe.

Con tal fundamentación, el señor Fiscal llega a la conclusión de que el decreto acusado debe ser anulado, por falta de sustento jurídico.

Consideraciones de la Sala.

1o. El Acto Impugnado.

El acto, cuya nulidad se impetra, en el caso sub judice, es el Decreto número 2461 de 16 de septiembre de 1980 "por el cual se dictan disposiciones sobre Corporaciones Financieras".

El citado Decreto, según su propio encabezamiento, fue dictado por "el Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades que le confiere el literal i del artículo 63 del acto legislativo No. 1 de 1979". Se refiere a la actividad propia de las Corporaciones financieras y su reglamentación, si se quiere minuciosa, a través de 22 artículos.

Como ya se expresó, el Decreto 2461 de 1980, lo dictó el presidente de la República en ejercicio de las facultades que le confería el Art. 63 del Acto Legislativo No. 1 de 1979 que era del siguiente tenor:

"Durante los años mientras el Congreso dicta las normas generales a que se refiere el numeral 22 del Art. 76 sobre intervención del Banco Emisor y en las actividades de las personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento del ahorro privado, el gobierno podrá ejercer sin sujeción a ellas, la atribución conferida en el numeral 22 del Art. 120".

2o. Efectos de la sentencia de inexequibilidad.

En sentencia de 22 de mayo de 1974, (con ponencia del entonces Consejero doctor Carlos Galindo Pinilla) sostuvo esta Corporación:

"Para la Sala es inaceptable la tesis conforme a la cual los efectos de la sentencia de inexequibilidad se equiparan a los de la derogación, por dos razones fundamentales: 1o. Porque la Constitución le otorga a la Corte Suprema de Justicia la función de la guarda de la integridad de la Constitución, a título de potestad jurisdiccional y no como una "facultad de normatividad general". El título correspondiente de la Carta se denomina jurisdicción constitucional y la institución se organiza sobre la base del efecto "erga omnes", la conformidad o inconformidad de la norma con la Constitución, si la posibilidad en el último caso de estatuir norma alguna en sustitución de la declarada inexequible. 2o. Porque la equiparación, conduce al absurdo jurídico del vacío normativo. En efecto: Si la Corte no puede dictar la norma en reemplazo de la declarada inexequible y las normas derogadas no reviven sino en virtud de la reproducción completa de su texto en una nueva Ley, la consecuencia irremediable es que desaparece toda la normatividad atinente a la materia.

"Las restantes posiciones doctrinales sobre esta materia se reducen, prácticamente, a dos: La de quienes le confieren a la sentencia de inexequibilidad unos efectos específicos, y la de quienes equiparan la inexequibilidad con una declaratoria de nulidad. Si se examina el caso sub judice a la luz de estas dos tesis la conclusión es una misma, como pasa a demostrarse.

. . . . . .

"De esta suerte los efectos de la inexequibilidad y de la derogatoria ofrecen diferencias sustanciales que no permiten ninguna equiparación: la norma derogada puede y debe ser aplicada con posterioridad a su derogación, en relación con situaciones creadas bajo su vigencia. En cambio, hacia el futuro el efecto de la inexequibilidad es más amplio que el de la derogatoria porque desvirtuado en la sentencia el crédito general de conformidad con la Constitución y por consiguiente extinguida la fuerza jurídica que la norma superior le comunicaba a la inferior, debe considerársela para lo sucesivo, como si no hubiese existido. Hacia el pasado y, por la razón antes apuntada, de la validez que le comunicaba la norma superior a la inferior, todo lo ejecutado en función de aquélla también tiene plena validez, lo mismo que las situaciones jurídicas constituidas, y, en mayor medida, las decisiones jurisdiccionales ejecutoriadas, por razón de los efectos de la cosa juzgada.

"Los efectos de la declaratoria de inexequibilidad son equiparables a los de la derogación. La Corte no puede ejercer la función normativa de derogar sino de declarar absolutamente ejecutable e inaplicable el precepto constitucional, lo cual equivale a su extinción, con incidencia inmediata sobre el presente y proyección hacia el futuro, pero también con ciertos efectos sobre el pasado. Tal extinción no equivale a la derogatoria y, por lo tanto, no se le pueden aplicar los efectos que la Ley prevé en relación con la derogación, y en especial los señalados en el artículo 14 de la Ley 153 de 1887, conforme al cual una disposición derogada solo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una Ley nueva. Esta disposición es perfectamente lógica

dentro del fenómeno de la derogatoria porque el órgano que deroga tiene la competencia normativa para llenar el vacío de la norma derogada, lo cual no ocurre con la Corte cuando declara la inexequibilidad. Por consiguiente a la extinción que se deriva de la inexequibilidad, dada su diferente naturaleza, no puede aplicársele la regla del Artículo 14 y en consecuencia es preciso aceptar que, a partir de la sentencia de inexequibilidad recobra vigencia la norma anterior, pues ya no es posible darle ejecución ni aplicación al propio precepto derogatorio, contenido implícita o explícitamente en la norma que ha sido juzgada inexequible. Este precepto derogatorio también se ha extinguido por ministerio de la inexequibilidad, de forma que hacia el futuro reviven automáticamente, las normas anteriores.

"La diferencia de efectos entre la declaración de nulidad, y la de inexequibilidad, resulta clara, porque aquella parte del supuesto de que la norma viciada no ha tenido existencia jamás, por lo cual todo debe ser retrotraído al estado anterior a su vigencia. En cambio la declaratoria de inexequibilidad no desconoce la realidad de la vigencia anterior de la norma inexequible, dado el presupuesto fundamental de la unidad del orden jurídico conforme al cual, la norma superior permite la vigencia condicional de la norma "antinormativa", de donde se deriva que la sentencia de inexequibilidad no implique el desconocimiento de las situaciones jurídicas constituidas con anterioridad.

"Los partidarios de la equiparación de refectos entre estas figuras jurídicas atemperan el rigor lógico de los efectos de la nulidad, dejando a salvo las situaciones consolidadas y la intangibilidad de la cosa juzgada; pero de todas suertes y dejando de lado la inconsistencia lógica de la salvedad, relativa a las situaciones jurídicas consolidadas, por la contradicción intrínseca que ella encierra, lo cierto es que el principio general entraña el desconocimiento de la unidad del ordenamiento jurídico porque pudo darse la coetaneidad de dos preceptos, que "ab initio", se consideran contradictorios". (Anales del Consejo de Estado, Primer Semestre de 1974, págs. 299 a 302).

Dentro del contexto de una sana lógica jurídica y conforme a reiterada jurisprudencia entre otras aquella cuyos apartes se transcriben con anterioridad, esta Corporación ha venido sosteniendo que los fallos de inexequibilidad, proferidos por la Corte Suprema de Justicia, hacen desaparecer la norma jurídica, objeto del fallo, con un efecto absoluto hacia el futuro.

Pero la extinción, que se deriva de la inexequibilidad, dada su naturaleza específica distinta de la derogatoria, conduce a que recobre vigencia la norma que regía con anterioridad a la expedición del acto declarado inexequible y que ocasionó su aparente desaparición de la vida jurídica.

De ello se sigue también, dentro de un mismo orden de ideas que actos expedidos por el Gobierno dictados dentro del ámbito de su competencia y conforme a una legislación vigente que luego es declarada inexequible, son legalmente válidos.

Lo anterior trae, además, otra consecuencia: recobrada la vigencia por una norma anterior, como efecto de la declaratoria de inexequibilidad de la norma posterior, el ordenamiento jurídico dictado con fundamento en el estatuto anulado, continúa vigente, su nulidad solo será procedente cuando se contrarien normas jurídicas de orden superior.

Esto quiere decir, en otros términos, que quien alegue la nulidad de un determinado acto jurídico, dictado con fundamento en disposiciones que luego son declaradas inexequibles por la Corte Suprema de Justicia, no le bastará probar que el estatuto o la norma sustentatoria del acto acusado, ha desaparecido de la vida jurídica por el fallo respectivo, pues ello no sería suficiente; tendrá además que demostrar que el acto acusado, es contrario al nuevo orden jurídico, o el cual estará conformado por todas las normas que se han mantenido no obstante la declaratoria de inexequibilidad, y aquellas otras que recobran su vigencia, como consecuencia de tal declaratoria.

Los principios hasta ahora expuestos son igualmente aplicables al caso particular de la competencia; en efecto, el acto administrativo proferido por un funcionario del Estado dotado de las facultades constitucionales y legales, en el momento de hacerlo, no desaparece o se hace ilegal por el solo hecho, de que dicha competencia sea asignada a otro funcionario o simplemente desaparezca, por razón de que las normas que la reglamentaban hubiesen sido declaradas inexequibles, o se hubiesen modificado o simplemente derogado.

Será menester que, quien intente la nulidad del acto acusado de inconstitucionalidad o ilegalidad, demuestre que dicho acto es contrario a normas jurídicas de carácter superior.

De consiguiente, proferido un acto jurídico, teniendo como sustrato ciertas facultades legales y constitucionales vigentes para la fecha de su expedición, ha de estarse por su validez presumida hasta cuando la autoridad competente del Estado establezca lo contrario y se pronuncie a favor de la nulidad.

En el caso sub-judice el acto acusado fue dictado, como ya se expresó, con fundamento en el Art. 63 del acto legislativo No. 1 de 1979, el cual desapareció luego por sentencia de inexequibilidad proferida por la Corte Suprema de Justicia.

Respecto a la competencia para su expedición, afirma el demandante que "es bien sabido que uno de los elementos fundamentales del acto administrativo es que quien lo dicta tenga competencia para hacerlo, competencia que requiere siempre texto expreso de la ley para que pueda existir", agrega que, "es evidente que cuando el gobierno expidió el Decreto impugnado *tenía competencia administrativa especial dada por el Art. 63 ord. i) del acto legislativo No. 1 de 1979*".

Coinciden entonces, en este aspecto, el pensamiento del actor con el de la Sala, en cuanto a que el Presidente de la República, gozaba de la competencia necesaria para dictar el Decreto 2461 de 16 de septiembre de 1980, en la época en que el acto se produjo, por cuanto estaba investido de la facultad constitucional prevista en el Art. 63 del Acto legislativo No. 1 de 1979.

De consiguiente, el citado Decreto, dentro de todo el ordenamiento jurídico vigente en la época de su expedición, fue en principio perfecto, en lo que se refiere a la competencia del Presidente de la República para expedirlo.

Pero ¿podría sostenerse en sana lógica que, desaparecida la norma que le confería al Presidente la competencia para dictar el acto, éste se torna en inconstitucional por ese solo hecho?

Para el demandante ello debe responderse afirmativamente por cuanto la competencia supone un texto expreso y siempre vigente en la vida del acto para que esta pueda subsistir.

Para la Sala, al desaparecer el factor competencia, en el caso de autos, ello no conlleva la ilegalidad del acto, por cuanto de aceptar tal hipótesis se le estaría concediendo la declaratoria de inexequibilidad efectos retroactivos que no tiene; tal como lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia tradicional de la Corporación, que la Sala acoge una vez más. Si el Presidente de la República fue competente, en su momento, para expedir el acto impugnado, no se entiende cómo por un acto posterior sobreviviente no se puede considerar la nulidad de dicho acto sin retrotraer los efectos de la declaratoria de inexequibilidad.

Por otra parte, los efectos de la declaratoria de inexequibilidad solo afectan las normas o estatutos cuya extinción concretamente se expresan en la sentencia; las situaciones jurídicas de carácter general y abstracto o las situaciones jurídicas de orden particular y concreto surgidas con fundamento en normas aclaradas luego inexequibles, para que desaparezcan de la vida jurídica, requieren un pronunciamiento expreso de la autoridad competente del Estado.

Ahora bien, si es evidente que el Presidente de la República era legalmente competente para dictar el Decreto acusado, la declaratoria de la inexequibilidad del Acto legislativo No. 1 de 1979 no ocasionó, de pleno derecho, la extinción de todos los estatutos, normas y demás situaciones jurídicas que tuvieron vida jurídica con fundamento en dicho acto.

La declaratoria, como ya se expresó, anuló el Acto legislativo No. 1 de 1979 lo que trajo como consecuencia que dejó de regir para el futuro, vale decir, que cesaron sus efectos de orden constitucional, a partir del día en que se le declaró inexequible. Esto, a su vez, trajo como consecuencia, como ya se expresó, que las disposiciones constitucionales y legales que fueron derogadas, modificadas o reformadas con la expedición de tal acto legislativo, al declarársele inexequible por la Corte, recobraron su vigencia, habiéndose restaurado un orden jurídico formado por las normas que no sufrieron modificación alguna con la vigencia del Acto legislativo No. 1 de 1979 y las que recobraron su vida jurídica por la declaratoria de inexequibilidad de tal acto que las había derogado; solo el acto que choque contra cualquiera de las normas que integren este nuevo orden será anulable.

Formuladas las anteriores consideraciones pasa a ocuparse la Sala de los cargos presentados en la demanda.

PRIMER CARGO

Considera el demandante como vulnerados los artículos 76 numeral 12, 118 y 120, 3o. de la Constitución Nacional.

Sustenta el concepto de la violación en los siguientes términos:

"Es bien sabido que uno de los elementos fundamentales del acto administrativo es que quien lo dicta tenga competencia para hacerlo, competencia que requiere siempre texto expreso de la ley para que pueda existir.

"La Constitución Nacional establece claramente los decretos que puede dictar el Presidente de la República, bien sea cuando ha recibido precisas facultades del Congreso (76-12), o en relación con el Congreso (118-8), o para que pueda dictar los reglamentos necesarios para la cumplida ejecución de las leyes (120-3).

"Es evidente que cuando el Gobierno expidió el Decreto impugnado, tenía competencia administrativa directa y especial, dada por el artículo 63, ordinal i), del Acto Legislativo número 1 de 1979.

Pero declarado inexequible ese Acto Legislativo, el referido decreto quedó afectado de nulidad, por razones de inconstitucionalidad sobreviviente, por cuanto carece de sustento en las normas que le dieron vida jurídica.

"Aquí no se pide la nulidad de los efectos cumplidos del Decreto 2461 de 1980, por cuanto que la decisión de inexequibilidad del Acto Legislativo no trasciende a las actuaciones cumplidas con anterioridad a ella y mientras tuvo apoyo en las disposiciones vigentes de la Carta".

De los términos empleados por el demandante, para solicitar la nulidad del Decreto impugnado así como las disposiciones que cita, se llega a la conclusión de que este primer cargo se centra en la falta de competencia del gobierno para dictar en la actualidad el acto acusado.

Porque como lo anota el mismo demandante es evidente que cuando el gobierno expidió el acto impugnado tenía competencia administrativa directa y especial dada por el Art. 63, ordinal i) del Acto legislativo No. 1 de 1979" 'declarado inexequible ese acto el referido decreto quedó afectado de nulidad'. Agrega el propio demandante que la declaratoria de inexequibilidad no "trasciende a las actuaciones cumplidas con anterioridad a ella".

La Sala comparte las apreciaciones formuladas por el actor en cuanto a que el Presidente de la República gozaba de la competencia necesaria para dictar el acto impugnado, en la época en que lo hizo; comparte igualmente que el efecto de los fallos de inexequibilidad solo producen efectos hacia el futuro; esta apreciación se acomoda en su integridad a la Jurisprudencia reiterada de la Sala. Pero en lo que no está de acuerdo es con la conclusión, cual es la de que, desaparecidas las normas sobre competencia para dictar el acto acusado, éste se torna en nulo por cuanto las normas vigentes a la declaratoria de inexequibilidad no le confieren al Presidente de la República para dictar un acto de tal naturaleza. Para la Sala esta tesis es contraria a la jurisprudencia de la Corporación por cuanto, de aceptarse, implicaría retrotraer los efectos de la inexequibilidad a la fecha de la expedición del acto a fin de considerar de que el Presidente de la República no era competente para expedirlo. Realmente, la modificación de la competencia de funcionarios que han cumplido ciertas actuaciones, no puede afectar la validez de estas; solo se efectuarán situaciones que se cumplan dentro del nuevo marco de la competencia, determinado por las normas que readquirieron vida jurídica y las que no sufrieron modificación alguna con la expedición y desaparición del Acto legislativo No. 1, declarado inexequible.

Otra cosa es que, por razón de la materia, circunstancia distinta al factor competencia, el estatuto dictado con fundamento en el Art. 63 del Acto legisla-

tivo de 1979 choque eventualmente con normas constitucionales vigentes, no afectadas por el Acto legislativo o porque recobraron vigencia por tal declaratoria caso en el cual la norma de inferior jerarquía deberá desaparecer en beneficio de la superior.

Pero no es este el caso propuesto en el cargo por cuanto en éste solo se ha invocado el factor competencia como punto sustancial de la controversia. No debe olvidarse que esta jurisdicción es rogada y no oficiosa motivo por el cual no puede ocuparse de situaciones no contempladas expresamente en la demanda. Por las razones expuestas no prospera el cargo.

SEGUNDO CARGO

Violación de los artículos 3o. y 9o. de la Ley 153 de 1887.

Las disposiciones que al efecto se transcriben son del siguiente tenor:

"Artículo 3o. Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería".

"Artículo 9o. La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente".

La primera de las disposiciones anteriormente transcritas se refieren a la derogación de las leyes. Según tal norma, ésta puede ser expresa cuando el propio legislador, de manera inequívoca, estima insubsistente la disposición anterior, y, tácita cuando exista incompatibilidad con disposiciones leyes de igual jerarquía, que sean posteriores en el tiempo o en el espacio o cuando con la expedición de un estatuto que regle íntegramente la materia se entienda derogada una norma anterior.

Pero en todas las eventualidades propuestas por la disposición comentada se contempla la insubsistencia de la norma por actuaciones propias del legislador, lo que está partiendo del supuesto de la derogatoria de la norma, con los efectos consiguientes que ello conlleva.

En el caso sub judice se está partiendo precisamente de una situación diversa, cual es la declaratoria de inexequibilidad a la que de manera expresa y concreta esta Sala conforme a la jurisprudencia de la Corporación le ha asignado a la inexequibilidad efectos distintos a la derogatoria.

De consiguiente, bajo este aspecto, no encuentra la Sala la violación propuesta está llamada a fracasar.

En cuanto al segundo de los artículos mencionados, es evidente que la Sala lo encontraría aplicable al caso sub-judice si se hubiese establecido la oposición entre el Decreto acusado y una determinada disposición constitucional que se estime vigente en la época posterior a la declaratoria de inexequibilidad.

Pero ello no ha ocurrido en autos; ya la Sala, en apartes anteriores, ha precisado los alcances de su pensamiento y ha sostenido que ante la ausencia de tal demostración, la violación alegada no se presenta.

Por lo tanto el cargo no prospera.

Por las razones expuestas el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Primera) administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Niéganse las súplicas de la demanda.

Sesión del día 22 de abril de 1983.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.

Mario Enrique Pérez Velasco, Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario

CONTRATOS DE CONCESION. En los contratos de concesión que se celebren en relación con la explotación de juegos de suerte y azar NO PUEDE incluirse EL VALOR DEL FORMULARIO, dentro del valor bruto de la apuesta, para efecto de liquidar el 10% destinado a los servicios seccionales de Salud.

POTESTAD REGLAMENTARIA. No puede el Presidente a través de un decreto, modificar el ámbito y los límites que se fijan por la ley.

Declárase la nulidad del artículo 14 del Decreto 965 de abril 5 de 1982.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Bogotá, D.E., mayo veinte de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Roberto Suárez Franco**

Demandante: **Gloria Eugenia Toro Monsalve**

Referencia: No. 3.972

La ciudadana Gloria Eugenia Toro Monsalve, en "ejercicio de la acción pública consagrada en la Ley 167 de 1941 solicitó la declaratoria de nulidad del artículo 14 del Decreto Reglamentario No. 965 de 5 de abril de 1982.

En lo que respecta a normas violadas y al concepto de la violación, sostiene lo siguiente:

"De conformidad con el artículo 120 de nuestra Constitución Política, "Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado y Suprema Autoridad Administrativa:

"2o. Promulgar las leyes sancionadas, obedecerlas y velar por su exacto cumplimiento;

"3o. Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes".

"Pues bien: en obedecimiento a la norma que, parcialmente, dejé transcrita, el señor Presidente de la República veló por el exacto cumplimiento de la Ley 1a. de 1982 (enero 11), para cuya cumplida ejecución expidió su decreto reglamentario No. 421 de 1982 (febrero 11), el cual, en los artículos 25o., literales A, ordinal 8, y B, ordinal 6; o 34o.; 54o.; 55o.; 59o. y 79o. suyos, dejó a salvo la participación, concretada en el mínimo legal del diez por ciento (10%) sobre el valor bruto de las Apuestas, que se estableció por el legislador, en el artículo 4o. de la ley en comento, a favor de los Servicios Seccionales de Salud.

"Ese mismo decreto, ya en su Título V, de los Derechos que se causan, artículos 51o. y 54o. diferenció, en clarísima forma, el valor del formulario oficial —originario de la ley sino del reglamento— del juego de apuestas permanentes con premios en dinero, del pago de la prealudida participación mínima legal del diez por ciento (10%) a los Servicios Seccionales de Salud.

"Empero, tan jurídico actuar fue enmendado por el propio señor Presidente de la República cuando, por causas y/o razones que no vienen al caso, expidió su Decreto, también reglamentario No. 965 de 1982 (abril 5), en cuyo artículo 14o. refundió, con sabida violación de la ley, los precedentes valor y participación que estableció como diferentes en su Decreto anterior, con el agravante de que la pretendida unificación la estructuró alrededor de un concepto no previsto legislativamente —el valor del formulario oficial— sacrificando, para ello, el que sí consagró el legislador la participación mínima del diez por ciento (10%) sobre el valor de las apuestas brutas".

Igualmente impetró, en el libelo, la suspensión provisional, la cual le fue denegada conforme a argumentaciones que aparecen en proveído de 24 de junio de 1982:

"Como la presente demanda se concreta al ejercicio de una acción de nulidad, y como es flagrante y ostensible la contradicción entre la norma reglamentaria acusada —artículo 14o. del Decreto No. 965 de 1982 (abril 5) y la de la disposición que se reglamenta artículo 4o. de la Ley 1a. de 1982 (enero 11)—, como que, arbitrariamente, se reemplazó un porcentaje mínimo fijo el diez por ciento (10%) sobre una cantidad indeterminada el valor bruto de las apuestas por una cantidad fija —valor del formulario oficial— sin referirla a las diversas y múltiples cantidades en que pueden concretarse las infinitas apuestas de los indeterminados jugadores, expresamente impetro la suspensión provisional de la norma cuya nulidad pretendo, tal como lo autoriza el artículo 94 del denominado Código Contencioso Administrativo".

"La norma que se sostiene ha sido violada (artículo 4o. de la Ley 1a. de 1982), es del siguiente tenor:

"Si las entidades de que tratan los artículos 1o. y 2o. otorgasen concesión a terceros, el concesionario deberá pagar a ellas un mínimo del 10% sobre el valor bruto de las apuestas y acogerse a las normas reglamentarias que para el efecto sean expedidas".

"La norma cuya nulidad se invoca (Artículo 14 del Decreto reglamentario 965 de 1982) dispone:

"Artículo 14. Para dar cumplimiento al Art. 4o. de la Ley 1a. de 1982, los recaudos provenientes de las ventas de formularios por entidades concesionistas se asimila al 10% del valor bruto de las apuestas".

"Ha sostenido de manera reiterada esta Corporación, que para decretar la suspensión provisional de una norma, debe existir entre esta y la superior que se estime transgredida una violación directa, ostensible y manifiesta, lo cual deberá fundamentarse en la parte pertinente del libelo, contentiva de la pretensión invocada de tal manera que de la simple comparación, y a primera vista, resulte la transgresión, sin necesidad de hacer lucubraciones o argumentaciones, de fondo.

"En el caso de autos, la actora considera que "arbitrariamente", se reemplazó un porcentaje mínimo fijo del 10% "sobre el valor bruto de las apuestas por una cantidad fija" sin referirla a las diversas y múltiples cantidades en que pueden concretarse las infinitas apuestas de los indeterminados jugadores.

"Sin embargo, el Art. 14 cuya nulidad se invoca considera que "los recaudos provenientes de las ventas de los formularios por entidades concesionistas se asimilan al 10% del valor bruto de las apuestas".

"Como puede observarse, dos cosas tienen que dilucidarse en el caso de autos:

Los alcances de la potestad reglamentaria previstos en el mismo artículo 4o. de la ley frente al 4o. del decreto el sentido de la palabra "asimilar", en el contexto de la norma reglamentaria para los efectos señalados en la misma, lo que no es posible definir sino a través de un fallo de mérito.

"Por las razones expuestas no es el caso de acceder a la suspensión provisional.

CONCEPTO FISCAL.

El señor Agente del Ministerio Público en su concepto de fondo, hace un estudio primero de la norma acusada, frente al Art. 4o. de la Ley 1a. del 82 y sus alcances con relación al Art. 16, que modifica el 59 del Decreto 421 de 1982.

Concluye el señor fiscal en los siguientes términos:

"Ahora, hay que dilucidar el término *asimilar* empleado por el artículo 14, acusado, puesto que de él se desprende todo el meollo de la litis. Asimilar, según el Diccionario de la Real Academia Castellana, significa asemejar, comparar, ser semejante una cosa a otro. Pero en tratándose de las apuestas, sobre cuyo valor bruto deberá pagar el concesionario (si lo hubiere) un diez por ciento (10%), es indudable e inequívoco, que no puede tratarse de una misma

cosa, es decir, asemejar valor bruto del formulario al 10% establecido por el artículo 4o. de la Ley 1a. de 1982. No obstante lo anterior, se considera que el valor de los formularios, los ingresos provenientes por la expedición de licencias de funcionamiento, expedición de credenciales de vendedor, multas, decomisos, etc., de todas maneras, según el reglamento deberán ser depositados en los Servicios Seccionales de Salud, haciendo inane e inocua la declaratoria de nulidad de la norma acusada. Pero es que, además, hay que tener en cuenta que según el Reglamento (al que deben acogerse los concesionarios de conformidad con el artículo 4o. de la Ley 1a./82), los formularios son emitidos exclusivamente por las entidades concesionistas y vendidos a los concesionarios, al tenor del artículo 10 del Decreto 421 de 1982.

"De modo pues, que de conformidad con la redacción dada al artículo 14, la asimilación tiene que ver con el concesionista (loterías, beneficencias o Seccionales de Salud del Territorio Nacional), al tenor del artículo 5o. inciso 1o. del Decreto 421 de 1982, para ser tenidos dichos ingresos como equivalentes al 10% de que trata el artículo 4o. de la Ley 1a. de 1982, y no tiene incidencia en los concesionarios, quienes de todas maneras tienen que realizar la compra de los concesionarios.

"Por lo expuesto, considera este Despacho que las pretensiones de la demanda deben prosperar".

CONSIDERACIONES DE LA SALA.

La norma cuya nulidad se invoca, vale decir el Art. 14 del Decreto 95 de 1982 es del siguiente tenor:

"Para dar cumplimiento al Art. 4o. de la Ley 1a. de 1982 los recaudos provenientes de las ventas de formularios por entidades concesionalistas se asimilan al 10% del valor bruto de las apuestas".

El Art. 4o. de la Ley 1a. de 1982 consagra:

"Si las entidades de que tratan los artículos 1o. y 2o. otorgasen concesión a terceros, el concesionario deberá pagar a ellas un mínimo del diez por ciento (10%) sobre el valor bruto de las apuestas y acogerse a las normas reglamentarias que para el efecto sean expedidas".

"Parágrafo. El Gobierno Nacional determinará los requisitos que los concesionarios deben reunir para ser aceptados como tales. Para su validez, el contrato de concesión tendrá que contar con la aprobación previa del Ministerio de Salud".

Por la norma últimamente transcrita, se faculta a las entidades enumeradas en los artículos 1o. y 2o. para que puedan celebrar contratos de concesión, sobre juegos de apuesta, con entidades que se sometan a los límites y condiciones que se fijan en la misma ley y en los decretos que la reglamenten.

En el mismo artículo 4o. se establece, como límite mínimo del costo del contrato de concesión, el equivalente a un 10% del *valor bruto de las apuestas.* (Subraya la sala); en la norma reglamentaria o complementaria se dispone que el valor que se llegue a cobrar por el formulario se asimila al 10% del *valor bruto* de las apuestas.

Es precisamente en este último aspecto de la norma citada, en el que la parte demandante centra su ataque, por cuanto conforme al Decreto 421 de 1982 expedido el 11 de febrero y reglamentario de la ley "se dejó a salvo la participación, concretada en el 10% sobre el valor bruto de las apuestas, que se estableció por el legislador, en el Art. 4o. de la ley en comento a favor del servicio seccional de salud", mientras que en aquella ello no ocurrió.

Para la Sala es incuestionable que, en principio el Presidente a través de un Decreto como el 965 de 1982 podía perfectamente modificar, adicionar o suprimir, normas contenidas en el Decreto reglamentario 421 de 1982.

Lo que no puede el Presidente, es a través de un Decreto, modificar el ámbito y los límites que se fijan por la ley. En efecto, de conformidad con lo establecido por el Art. 4o. de la ley, las loterías establecidas por la Ley 64 de 1923, las de Manizales y Bogotá y las Beneficencias que administren los Establecimientos de Juegos de Apuestas Permanentes en Territorios Nacionales, en los contratos de concesión que celebren, relacionados con explotación de juegos de suerte y azar, deberán cobrar, *por lo menos, un 10% sobre el valor bruto de las apuestas* (subraya la Sala).

Es entonces un hecho incuestionable que el legislador le fijó a los contratos de concesión como precio mínimo, el 10% del monto bruto del valor de las apuestas. Y si en la misma norma o en otras se hace referencia a que la ley deberá ser reglamentada en ningún caso tal reglamentación podrá modificar los parámetros precisos que se incluyen en la ley.

La norma impugnada contempla la posibilidad de que las concesionistas, vale decir las entidades del Estado, cuando reciban de las concesionarias dineros por concepto de ventas de los formularios tal valor se imputara al 10% del valor del contrato, vale decir al "valor bruto de las apuestas", lo que realmente modifica la concepción legal sobre este aspecto.

El valor del formulario, tiene un origen distinto al de las apuestas propiamente dichas, motivo por el cual no se puede incluir dentro del valor bruto de las mismas. De aceptarse ello se modificaría la base sobre la cual se deba liquidar el 10%, lo cual choca contra el dispositivo de la ley.

No quiere decir ello que el valor del formulario no pueda ser objeto de reglamentación o de acuerdo en el contrato de concesión. Lo que considera la Sala es que no puede incluirse dentro del valor bruto de la apuesta para efectos de liquidar el 10% destinado a los servicios seccionales de salud.

No comparte entonces la Sala la posición asumida por el señor Fiscal de la Corporación, en cuanto a que el valor del formulario puede asimilarse al valor bruto de las apuestas, ya que según el, cualquiera sea la opción que se tome, los Servicios Seccionales resultarían igualmente beneficiados por cuanto, como ya se dijo según sea el tratamiento que se le dé al valor del formulario, el monto del contrato podría variar, en muchos casos, en detrimento de los servicios de salud.

Al asimilar el valor del formulario suministrado por las entidades concesionistas, al monto del valor bruto de las apuestas, se estarían reduciendo los

derechos de aquellas, con violación de la ley en detrimento de sus derechos, y de los servicios de salud.

Por las razones expuestas la nulidad provocada está llamada a prosperar.

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

FALLA:

Declárase la nulidad del Art. No. 14 del Decreto 965 de 1982 (abril 5).

Sesión del día 29 de abril de 1983.

Cópiese y notifíquese.

Mario Enrique Pérez Velasco, Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay. Secretario.

INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA. Artículos No. 120, 14 y 15 de la C.N. Art. 32 C.N. INVERSION DE LOS FONDOS PROVENIENTES DEL AHORRO PRIVADO Y LA INSPECCION DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE CREDITO. DECRETO 3604 DE 1981. Se declara la nulidad del Art. 2o. y del parágrafo 1o. del artículo 5o. del enunciado Decreto.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Bogotá, D.E., diecinueve de mayo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Samuel Buitrago Hurtado**

Actor: **Francisco Zuleta Holguín**

Referencia: Expediente No. 4.022 Decretos del Gobierno

El doctor Francisco Zuleta Holguín, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 66 del C.C.A., solicita la declaratoria de nulidad de los artículos 1 a 7 del Decreto 3604 de 1981.

I

EL ACTO ACUSADO

El Decreto 3604 de diciembre 18 de 1981 fue expedido por el señor Presidente de la República "en uso de sus facultades constitucionales y en

particular de las que le confiere el artículo 120, numerales 14 y 15 de la Constitución política". Contiene 17 artículos de los cuales solo los 7 primeros están acusados en este proceso.

Como se verá al hacer el análisis de los cargos, los artículos atacados se refieren fundamentalmente a la vigilancia que por medio de ellos el gobierno ha querido ejercer sobre la inversión de los fondos de ahorro privado que vaya a estar dirigida a la compra de acciones de otras instituciones crediticias; la vigilancia y la inspección así establecidas parecen tratar de impedir que haya concentración de acciones en manos de una misma persona natural o jurídica con el fin de controlar la institución crediticia respectiva.

II

LA DEMANDA

Como hechos de la demanda el actor hace referencia a la expedición del decreto acusado.

Como disposiciones violadas cita las siguientes:

1) De la Constitución Nacional, los artículos 26, 27, 28, 32, 76 y 120 numerales 3, 14 y 15.

2) Del Código Civil, los artículos 66, 73, 74, 1502, 1521, 1740, 1741, 1742 (artículo 2o. Ley 50 de 1936) y 1746.

3) Del Código de Comercio, artículos 102, 403, 406, 416, 437, 897, 898 y 890.

4) Del Código Penal, los artículos 1, 2 y 3.

Sobre tales normas expresa el correspondiente concepto de violación el que será analizado más adelante.

III

ALEGATO DE LAS PARTES

1. La parte actora insiste en los argumentos expuestos en el capítulo de su demanda referido al concepto de violación.

Por su parte, la Superintendencia Bancaria por medio de apoderado impugnó la acción sosteniendo en esencia, que las entidades mencionadas en el decreto son intermediarias financieras y bancarias y por tanto caben dentro de la vigilancia e inspección propias del artículo 120 numerales 14 y 15 y que, además, el decreto acusado tiene fuerza de ley.

IV

CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Primero de la Corporación reproduce su concepto emitido en el proceso No. 3970 referido al mismo decreto, en el que repitiendo lo

afirmado en el fallo de esta Sala de 6 de agosto de 1981, expediente 3225, expresa que se trata de un decreto propio de las facultades otorgadas al presidente de la República por los numerales 14 y 15 del artículo 120 de la Constitución Nacional y por tanto las pretensiones del actor no pueden prosperar.

V

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Sala y la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo se han ocupado en muchas ocasiones del tema relativo a la intervención del Estado en la economía, y particularmente en cuanto al alcance de los decretos expedidos en desarrollo del numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional y su diferenciación con la intervención propia del artículo 32 de la Carta. Al respecto se citan las sentencias de la Sección Primera de fechas 6 de mayo de 1974 con ponencia del Consejero Alfonso Arango Henao; 14 de junio de 1974 ponencia del Dr. Humberto Mora Osejo; 4 de febrero de 1976, ponente Dr. Carlos Galindo Pinilla. Posteriormente y "por decisión de la Sección Primera" debido a la importancia del tema, la Sala Plena se ocupó y profirió la sentencia de 25 de agosto de 1976 con ponencia del Dr. Miguel Lleras Pizarro *cuya jurisprudencia es la vigente*, y la cual recientemente fue reproducida por esta Sección en sentencia de 6 de agosto de 1981, expediente 3225, Actor: Alejandro Martínez C., ponente Dr. Jacobo Pérez Escobar, en donde sistematizando el contenido de las anteriores sentencias, se concluyó de la siguiente manera".

"*Primera.* La función ejercida por el Presidente de la República en ejercicio de lo preceptuado en el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución es de naturaleza administrativa y no legislativa.

"*Segunda.* Como consecuencia de lo anterior, los decretos autónomos no son *sustitutivos de la ley*, aunque se reconoce que, por el fenómeno de la deslegalización operado mediante la Reforma Constitucional de 1958, dichos decretos puedan modificar la legislación preexistente sobre la materia, pero ello no significa que inhabilite al Congreso en el futuro para legislar en esa materia, si lo juzga necesario.

"*Tercera.* El ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución de facultades al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, para ejercer, como atribución constitucional propia, la intervención necesaria en el Banco de Emisión y en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado. Esta intervención *es apenas la necesaria* en el Banco Emisor y en las actividades de las personas que tengan por objeto las finalidades indicadas. Dichas facultades se limitan, con exclusión de la que se puede ejercer en el Banco Emisor, por razón de la materia, a las actividades "de los llamados intermediarios financieros en el mercado de capitales, como cajas y secciones de ahorro, compañías de seguros de vida, de capitalización, de inversiones y demás entidades especializadas en la función de analizar el ahorro privado nacional hacia la formación de capitales..." *Supone la preexistencia* de las personas jurídicas, *cuyas actividades*, por razón de su objeto, pueden ser intervenidas; la norma no atañe a la creación de las mismas y

obviamente supone o se remite al *régimen constitucional y legal*, expuesto anteriormente, sobre *creación de personas jurídicas*. Por el carácter administrativo y excepcional de esta intervención, tiende a cumplir una finalidad específica de la Constitución, de restrictiva interpretación, que no consiste en *suprimir o anular la actividad intervenida*, que por definición es legítima, ni en realizar una política intervencionista, que como tal está regulada, en el orden nacional, por los artículos 32, 76 ordinal 4o. y 80 de la Constitución, sino en *garantizar el ahorro particular y evitar que los intermediarios financieros, en desarrollo de sus actividades, defrauden o perjudiquen la confianza pública*: de ahí que la necesidad de la intervención implique, como un instrumento jurídico ágil, un poder discrecional, pero que tiene como límite la indicada finalidad del precepto" (Sentencia de 14 de junio de 1974 de la Sección Primera, que acogió la sentencia de la Sala Plena de 25 de agosto de 1976).

"*Cuarta.* El numeral 14 del artículo 120 de la Constitución permite intervenir la actividad de los intermediarios financieros con la finalidad de proteger el ahorro privado sin perjuicio de las demás intervenciones del Estado.

"*Quinta.* El numeral 14 del artículo 120 de la Constitución sólo atribuye al Presidente de la República la facultad de intervenir en las actividades de los intermediarios financieros, mas no la de determinar el régimen de las personas jurídicas, ni mucho menos disponer su creación, porque se trata, como se ha demostrado, de una atribución del legislador, de conformidad con los artículos 12, y 76 ordinales 1o., 2o., 9o. y 10o. de la Constitución.

VI

EL CASO SUBJUDICE

1o. *Anotaciones previas*: Como se lee, las anteriores reflexiones hacen alusión fundamentalmente al alcance del numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional, y serán tenidas en cuenta para la decisión que se adopte en este proceso. Pero debe anotarse que además, el decreto acusado fue dictado con base en el numeral 15 del citado artículo, cuyo alcance está definido por la necesidad de la existencia previa de leyes relacionadas con "los demás establecimientos de crédito y las sociedades mercantiles", sobre las cuales el presidente de la República ejerce "la inspección necesaria". Este numeral, en efecto, dice que dicha inspección se hará "conforme a las leyes". Completando estas anotaciones previas se observa que seguramente por tener el decreto como base el numeral 15 del artículo 120, tanto el artículo 1o. como el 5o. del decreto acusado hacen expresa alusión a la Ley 45 de 1923 y, el 6o., al artículo 1742 del Código Civil.

2o. Se pasa entonces al análisis de los cargos formulados en la demanda.

El actor dividió su concepto de violación en dos partes: A) Generalidades y B) Análisis pormenorizado. La parte A) está resumida por el propio actor diciendo que el artículo 32 de la Constitución autoriza la intervención en la economía genéricamente, previo orden legal; que el numeral 14 del artículo 120 autoriza al Presidente para intervenir en el manejo o aprovechamiento y

en la inversión del ahorro privado y el numeral 15 no autoriza intervención alguna en la economía (fol. 14).

A) *Se considera*: En cuanto a la referencia a la intervención del Estado en la economía, propia del artículo 32 de la Constitución Nacional, con la autorizada por el artículo 120-14, para la Sala es claro que por medio de la 1a. se exige el mandato de la ley. Relacionando esta intervención en la economía con la del numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional, en fallo del 14 de junio de 1974 se puntualizó.

"La intervención del Estado en ésta con el fin de racionalizarla y planificarla, obviamente comprende el proceso de formación e inversión del ahorro privado, cuya vigilancia y tutela corresponde al Presidente de la República en ejercicio de sus funciones administrativas y mediante reglamentos autónomos, sin perjuicio de las opciones políticas fundamentales y globales del Estado en el plan de desarrollo económico y social y de obras públicas y de la intervención del mismo tendiente a su realización: se trata de dos tipos de intervención, dentro de ámbitos jurídicos diferentes, la una política general, la otra administrativa y específica, que tienen también distintas finalidades inmediatas, pero que son concurrentes, como sucede con las funciones del Estado, en su objetivo esencial: proteger el ahorro privado y "lograr el desarrollo integral", "dentro de una política de ingresos y salarios" para realizar "la justicia social". (Sentencia de 14 de junio de 1974, Anales 1974, primer semestre Nos. 441-442 p. 165).

Se trata pues, de dos tipos diferentes de intervención, y mientras en la realizada por mandato del artículo 32 la hace el Congreso y se efectúa por medio de ley o el Presidente por mandato de ella, o para reglamentarla, *con la finalidad genérica* anotada, en la del 120-14 el presidente la ejercita como atribución constitucional propia, sin mandato legal previo, pero con la *finalidad específica* señalada.

En lo que hace relación al artículo 120-15 cabe decir que se trata también de una intervención en la economía puesto que toca con ella; es un tercer tipo de intervención, una intervención indirecta, puesto que se hace dentro del marco general de la ley económica con el fin exclusivo de garantizar, a través de la inspección sobre los establecimientos de crédito y sociedades mercantiles, lo establecido por ella.

B) El análisis pormenorizado, que es el que incluye los cargos concretos con relación a cada artículo demandado, es el que servirá de base fundamental para el estudio. A ello se procede a continuación.

"Artículo 1o. Las entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria estarán sujetas, además de las restricciones que establecen las disposiciones especiales que les son aplicables y las contenidas en la Ley 45 de 1923, a las fijadas en el presente Decreto".

El cargo: "Siendo el texto de este decreto (en su parte acusada) típicamente intervencionista, no puede referirse a aquellas sociedades que sin manejar o aprovechar o intervenir el ahorro privado, están sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, tales como las Compañías de Seguros Generales, las sociedades urbanizadoras y las sociedades constructoras". (fol. 15).

Para la Sala es claro que el actor no puede desconocer al Presidente de la República el derecho que tiene de escoger los fundamentos jurídicos de un determinado decreto, que es lo que finalmente pretende el actor con su cargo, al decir que no puede el decreto acusado referirse a tales o cuales entidades.

Es obvio que los numerales 14 y 15 del artículo 120 de la Constitución Nacional al haber sido escogidos como sustento constitucional del decreto, permiten hacer la referencia a las diferentes entidades allí enumeradas, (intermediarias financieras del ahorro privado numeral 14, unas, establecimientos de crédito y sociedades mercantiles numeral 15, las otras), lógicamente con las finalidades propias de la intervención e inspección según los citados numerales, finalidades que fueron recordadas en párrafos precedentes.

Luego, el cargo contra el artículo 1o. acusado en la forma en que está formulado, no está llamado a prosperar.

Artículo 2o. Su texto es el siguiente:

"Para los efectos del presente decreto, se entenderá que el término persona o accionista comprende, en el caso de las personas naturales, tanto a la persona misma como a su cónyuge y parientes dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad y, en el de las personas jurídicas, tanto a la sociedad de que se trate como a sus subordinadas o a sus vinculadas dentro de los criterios y los límites que por decreto reglamentario dicte el Gobierno Nacional".

El cargo: Dice el actor que el artículo "está creando una presunción legal modificativa de los términos persona y accionista contenidos en leyes civiles y comerciales (Códigos) función esta que el artículo 76 (1-2) atribuyen al Congreso Nacional". (fol. 15) —Agrega que "la potestad reglamentaria la otorga la Constitución al Presidente (120-3) para la cumplida ejecución de las leyes, no para la cumplida ejecución de los decretos pues se supone que un decreto es en sí mismo un reglamento y que de no resultar así puede ser modificado por otro de igual jerarquía". Señala además que entre los decretos con fuerza legislativa no están incluidos los del numeral 14 del artículo 120, "por lo cual, ni así (que es discutible) podría ser materia de reglamentación". (fol. 16).

La Sala considera que le asiste razón al demandante porque el artículo segundo ciertamente que está introduciendo variaciones a los conceptos de persona y accionista. El artículo 74 del Código Civil define las personas como "todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición"; y el artículo 633 las jurídicas como "una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente".

Es indudable entonces, que al decir el artículo 2o. del Decreto acusado que "para los efectos del presente decreto, se entenderá que el término persona o accionista comprende, en el caso de las personas naturales, tanto a la persona misma como a su cónyuge y parientes dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad y, en el de las personas jurídicas, tanto a la sociedad de que se trate como a sus subordinadas o a sus vinculadas dentro de los criterios y los límites que por decreto reglamentario dicte el Gobierno Nacional", le está dando unos alcances a las disposiciones de carácter civil

transcritas, que no tienen; unas proyecciones y extensión conceptual con fines financieros que desnaturalizan realmente el concepto de personas. Y al pretender diversificarlas, así sea para los meros fines del decreto impugnado y así se estima que la norma sea suficiente para los objetivos que se propone, y que sus mandatos se ajustan mejor a la naturaleza de los fenómenos financieros y en particular para delimitar el alcance de la intervención propia del numeral 14 y la inspección aludida por el numeral 15 del artículo 120 de la Carta, está desconociendo los precisos lineamientos del Código Civil en cuanto hace a las regulaciones sobre personas naturales o jurídicas.

Sería hasta ingenuo que en el Código Civil se determinaran y precisaran los conceptos de persona natural o jurídica, y que el Gobierno a través de un decreto pudiera alterarlos sustancialmente, variando las previsiones legales sobre la materia.

La necesidad de que los fenómenos financieros y sus consecuencias estén regulados por el Gobierno, tampoco impide que el Decreto que expida para esos fines se ajuste a la Ley sin recortar o variar textos jurídicos, so capa de que se trata de regular materias especializadas dentro de ciertos parámetros que debe observar el mismo Gobierno.

Está bien que se tracen los rasgos principales de una política financiera que debe adelantarse en la inspección y vigilancia sobre instituciones de crédito, compañías de seguros, etc., pero sin extralimitar ordenamientos del legislador.

El poder público debe actuar y actúa como fuerza jurídica de compulsión, pero sus límites están señalados en la Constitución, en las leyes y en los reglamentos.

Artículo 3o. Su texto dice:

"Cuando la Superintendencia Bancaria establezca que un banco comercial, una corporación financiera, una corporación de ahorro y vivienda o una caja o sección de ahorros ha concedido crédito, en forma directa o indirecta, para la compra de acciones de otra institución de crédito, o compañía de seguros, lo comunicará al Banco de la República, con lo cual se suspenderá el acceso de la entidad prestamista a las líneas de crédito del Banco de la República y a las operaciones con cargo a los fondos financieros que maneja o administra el mencionado Banco, hasta por el término de seis meses, según reglamentación que al efecto expida la Junta Monetaria".

El cargo: Dice el actor que este artículo sanciona un hecho que no ha sido previamente definido como punible, rompiendo todo el sistema consagrado en el artículo 26 de la Constitución y en los artículos 1, 2 y 3 del Código Penal". Agrega que no se garantiza el derecho de defensa y que "al delegar su reglamentación en la Superintendencia Bancaria, viola el numeral 3o. del artículo 120".

SE CONSIDERA LO SIGUIENTE:

Como ya se dijo, el objeto del decreto es la vigilancia de la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado y la inspección de los establecimientos de crédito, esto último según la Ley 23 de 1945. Justamente, al suspender el

acceso de la entidad prestamista a las líneas de crédito del Banco de la República, se está procurando que los fondos del ahorro privado no sirvan para beneficiar a quienes especulando, quieren aprovecharlos para apoderarse de otras entidades crediticias. Esta sanción cabe como parte de la vigilancia propia del numeral 14 que, como se dijo en jurisprudencia citada previamente, busca "garantizar el ahorro particular y evitar que los intermediarios financieros, en desarrollo de sus actividades, defrauden o perjudiquen la confianza pública. Nada tiene que ver entonces con las sanciones de tipo penal. Por su parte en lo que se relaciona con los bancos, el artículo 39 de la Ley 45 de 1923 autoriza a que la Superintendencia Bancaria los examine, entre otras cosas para investigar "la inversión de sus fondos"; entonces es una inspección que se hace en los términos de la ley.

No se violan pues las normas del Código Penal citadas, ni el artículo 26 de la Constitución. Tampoco el 120-3 porque como el mismo actor lo dijo, la potestad reglamentaria es para la ejecución de las leyes y no de los decretos como el acusado, que carece de fuerza de ley. Por tanto mal puede delegarse una función que no tiene cabida en el presente caso. Además la reglamentación que debe hacer la junta monetaria haría parte de los llamados reglamentos técnicos que como la Corporación lo ha dicho reiteradamente, pueden ser dictados por los respectivos entes administrativos (Expediente 3175, sentencia 6 de febrero de 1981. Ponente Dr. Jacobo Pérez).

Artículo 4o.: Su texto es el siguiente:

"Ninguna entidad sometida a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, que capte o invierta fondos provenientes del ahorro privado, podrá otorgar préstamos o descuentos a la persona, natural o jurídica, que llegue a adquirir o poseer, en un ejercicio anual, una participación superior al 10% de las acciones en circulación de dicha sociedad. Esta prohibición se extenderá hasta por un período de un año, de acuerdo con lo que establezca sobre este punto la Superintendencia Bancaria".

El cargo: Se dice que la disposición transcrita confunde los numerales 14 y 15 del artículo 120 al no distinguir inspección e intervención y que también viola el 120-3 al delegar en la Superintendencia Bancaria su reglamentación.

El razonamiento hecho en relación con el artículo 3o. y con el cargo correspondiente, es válido también aquí en lo que tiene que ver con la delegación de la reglamentación. En lo demás, el artículo es expreso y reafirma el principio del 120-14 cuando se refiere a las entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia pero en cuanto capten o inviertan fondos provenientes del ahorro privado. Por tratarse de tales fondos, su inversión puede ser vigilada en aras de la garantía de los ahorradores, así se trate de entidades sometidas a la Superintendencia Bancaria.

Artículo 5o. Este artículo tiene 3 parágrafos y se analizarán separadamente según la presentación de la demanda. Dice así:

"Toda transacción que tenga por objeto la adquisición del 10% o más de las acciones suscritas de los bancos comerciales, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda, compañías de seguros y compañías de financiamiento comercial, ya se realicen mediante una o varias operaciones de

cualquier naturaleza, simultáneas o sucesivas, o aquellas por medio de las cuales se incremente o disminuya ese porcentaje, requerirá la aprobación del Superintendente Bancario, quien examinará la idoneidad, responsabilidad y carácter de las personas interesadas en adquirirlas. El Superintendente además, se cerciorará de que el bienestar público será fomentado con la transferencia de acciones, todo ello en los términos de la Ley 45 de 1923.

El cargo. Está expresado en la siguiente forma:

"La sentencia pronunciada por la H. Corte Suprema de Justicia el 15 de mayo de 1981 sobre la Comisión Nacional de Valores nos sirve de apoyo para sostener que este artículo viola los artículos 32 y 76 de la Constitución Nacional". (fol. 17).

Como se ve el concepto de violación con relación al texto del artículo 5o., no aparece explicado en la forma exigida por el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

Pero además la mención de la Ley 45 de 1923 que expresamente hace el artículo, no deja lugar a dudas de que se trata de la inspección autorizada por el numeral 15 del artículo 120 "conforme a esa ley", la que por medio de su artículo 39 obliga al Superintendente Bancario a vigilar los establecimientos bancarios en cuanto a "la manera de dirigir sus negocios" y por medio del artículo 47 lo autoriza para ordenar "la suspensión en las prácticas inseguras o no autorizadas".

El parágrafo 1 del artículo 5o. dice:

"Toda operación celebrada sin el cumplimiento del requisito establecido en este artículo será ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial. En tal virtud, el representante legal de la compañía emisora se abstendrá de registrar la transferencia de las acciones en el libro de registro correspondiente, sin perjuicio de las sanciones pecuniarias establecidas en las disposiciones actualmente vigentes".

Según el actor, el Parágrafo copiado crea una figura jurídica a saber, "la ineficacia de pleno derecho que no requiere declaración judicial", no contenida en el artículo 897 del Código de Comercio que se refiere a casos diferentes y precisos.

Y el cargo contra el parágrafo citado está llamado a prosperar por violación del artículo 897 del C. de Comercio, que cuando habla de la ineficacia de pleno derecho hace referencia a los casos que de modo claro y preciso contempla dicho Código, que invalidan ciertas declaraciones de voluntad. Y además, porque equivale a suprimir o anular la actividad que por medio del artículo 5o. se interviene, a saber, la transacción que tenga por objeto la adquisición del 10% o más de las acciones suscritas de las entidades crediticias allí señaladas, suspensión que la sentencia del 6 de agosto de 1981 transcrita, ha interpretado como indebida con base en el artículo 120-14, sin que pueda tampoco considerarse como parte de la inspección propia del numeral 15, pues la Ley 45 de 1923 no menciona tal posibilidad.

Fuera de lo anterior el parágrafo en comento está creando nuevos factores dentro de la actividad que en desarrollo del artículo 39 de la Ley 45 de 1923

debe hacer la Superintendencia Bancaria dentro de los parámetros allí señalados con toda nitidez. Mal puede pues el decreto acusado en el Parágrafo Primero de su artículo 5o. desbordar los límites que la Ley 45 de 1923 señaló al Superintendente Bancario para el examen y revisión de un establecimiento Bancario, Corporación Financiera, Corporación de Ahorro y Vivienda, Compañías de Seguros y Compañías de Financiamiento Comercial en las operaciones o transacciones que tengan por objeto la adquisición del 10% o más de las acciones suscritas en ellas y consagrar como ineficaces de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, las operaciones que celebren tales entidades con otras personas sobre el particular, sin el cumplimiento de los requisitos señalados en el primer inciso del mismo artículo quinto. Tal disposición del Decreto ciertamente que contraría las normas legales que se invocaron para el efecto.

Parágrafo 2o. Dice:

"Cuando se compruebe la utilización de los fondos provenientes del ahorro privado por parte de los bancos comerciales, corporaciones de ahorro y vivienda, corporaciones financieras y cajas o secciones de ahorro, para la adquisición de acciones de las entidades a que se refiere el presente decreto, la entidad infractora no podrá acceder a las líneas de crédito del Banco ni a las operaciones con cargo a los fondos financieros que administra o maneja el citado Banco de la República".

El cargo consiste en que también como el artículo 3o., sanciona un hecho que no ha sido previamente definido como punible, se violan el artículo 26 de la Constitución Nacional y los artículos 1, 2 y 3 del Código Penal.

La reflexión hecha con relación al artículo 3o. vale también en esta oportunidad, por lo cual el cargo no puede prosperar. El actor agrega sin embargo, que toda intervención en el mercado de valores es necesario hacerla con apoyo en el artículo 32 y no con base en el numeral 14 del artículo 120. Pero la Sala insiste una vez más en que el objetivo del decreto es el de vigilar la inversión de los fondos que provienen del ahorro privado y no el mercado de valores. El parágrafo dice que la sanción allí señalada opera: "cuando se compruebe la utilización de los fondos provenientes del ahorro privado" con el fin de comprar acciones, pero se observa que la limitación podría darse por otra actividad que se considerare perjudicial a los intereses y seguridad de los ahorradores es decir que el hecho de referirse a la compra de acciones no es la determinante de la intervención, sino la proveniencia de los fondos.

Artículo 6o.: Dice:

"Los bancos comerciales, las corporaciones de ahorro y vivienda, las corporaciones financieras, las compañías de seguros y las compañías de financiamiento comercial, deberán informar al Superintendente Bancario sobre las transacciones de acciones realizadas durante los seis meses anteriores. Cuando el Superintendente Bancario establezca que se ha violado la prohibición de utilizar fondos provenientes del ahorro privado para la compra de acciones de las entidades contempladas en este artículo, solicitará la nulidad absoluta de los respectivos negocios jurídicos, por conducto del Ministerio Público, ante la autoridad competente, en los términos del artículo 1742 del Código Civil.

"Igual procedimiento al establecido en el inciso anterior deberán adelantar las demás autoridades competentes cuando se compruebe la utilización de recursos no autorizados por las normas legales en las transacciones previstas en este artículo".

El cargo contra este artículo consiste en que se crea una nulidad, actividad propia del legislador, y ordena que se solicite su declaratoria en calidad de nulidad absoluta, sin serlo.

No le asiste razón al demandante porque el artículo 6o. en la parte pertinente no está haciendo otra cosa que ratificar el propio contenido del artículo 1742, por lo cual, finalmente, el artículo 6o. acusado resulta superfluo. Al contrario de lo sucedido con el parágrafo 1o. del artículo 5o. que decidía lo que solo el juez puede hacer, este artículo simplemente está indicando que el Ministerio Público será solicitado a efectos de pedir su declaratoria ante el juez competente, quien decidirá.

Artículo 7o. Su texto es el siguiente:

"Los bancos comerciales, las corporaciones de ahorro y vivienda, las corporaciones financieras y las compañías de financiamiento comercial no podrán, directa o indirectamente, otorgar créditos o efectuar descuentos a sus accionistas, en cuantía superior al 10% del capital y reserva legal del establecimiento de crédito".

El cargo contra este artículo consiste en que establece restricciones para unos accionistas (los que posean más del 10% de las acciones) y para otros no, desconociendo la igualdad ante la ley, y en que al establecer votación unánime se reforma el Código de Comercio, sin facultades para ello. Además, al delegar la reglamentación en la junta monetaria se incurre en la falla constitucional comentada en cargos anteriores.

El aspecto referente a la delegación ya fue analizado en párrafos precedentes y su conclusión es válida aquí. En cuanto a la presunta desigualdad ante la ley, ésta no se configura por cuanto en ese tope del 10% y no en otro, consideró la ley 45 de 1923, artículo 89 que se ubica el límite de riesgo al buen funcionamiento de la entidad bancaria y es este tope el acogido por el artículo acusado.

Por último, el actor no expresa con precisión la índole de la violación del Código de Comercio por parte del artículo 7o. cuando se refiere a la exigencia del voto unánime de los miembros de la Junta Directiva, y se observa que los artículos de dicho Código señalados en bloque en la demanda, capítulo IV, como violados, no guardan relación con este aspecto. El cargo entonces no puede prosperar.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, oído el concepto Fiscal y de acuerdo en parte con él,

FALLA:

1. Se declara la nulidad del artículo 2o. y del parágrafo 1o. del artículo 5o. del Decreto 3604 de 18 de diciembre de 1981, expedido por el señor Presidente de la República, Decreto "Por el cual se dictan disposiciones en materia financiera":

2. No se accede a las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese.

La sentencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 29 de abril de 1983.

Mario Enrique Pérez Velasco, Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA. Artículos Nos. 120, 14 y 15 y Art. 32 C.N. INVERSION DE LOS FONDOS PROVENIENTES DEL AHORRO PRIVADO Y LA INSPECCION DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE CREDITO. DECRETO 3604 DE 1981. Se declara la nulidad parcial del inciso único del Art. 5o. del Decreto 3604 de 1981, únicamente en cuanto él comprende las transacciones sobre adquisición de acciones que realicen personas naturales o jurídicas distintas de las mencionadas en el Art. 1o. del mismo Decreto. Declárese la nulidad total del parágrafo 1o. del Art. 5o. del mismo Decreto.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Bogotá, D.E., veinte de mayo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Mario Enrique Pérez**

Actor: **Fabio Leyva Medina**

Referencia: Expediente No. 3.970

En ejercicio de la acción establecida en el artículo 66 del C.C.A., el ciudadano Fabio Leyva Medina solicitó del Consejo de Estado que declare la nulidad del artículo 5o. del Decreto No. 3604 de 1981.

EL ACTO ACUSADO

El Gobierno Nacional dictó el Decreto 3604 de 18 de diciembre de 1981, "por el cual se dictan disposiciones en materia de financiación", en uso de sus facultades constitucionales y, en particular, de las que le confieren los nume-

rales 14 y 15 de la Constitución Política, cuyo artículo 5o. —citado como impugnado— es del siguiente tenor:

"Toda transacción que tenga por objeto la adquisición del 10% o más de las acciones suscritas de los bancos comerciales, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda, compañías de seguros y compañías de financiamiento comercial, ya se realicen mediante una o varias operaciones de cualquier naturaleza, simultáneas o sucesivas, o aquellas por medio de las cuales se incrementa o dismimuya ese porcentaje, requerirá la aprobación del Superintendente Bancario, quien examinará la idoneidad, responsabilidad y carácter de las personas interesadas en adquirirlas. El Superintendente, además, se cerciorará de que el bienestar público será fomentado con la transferencia de acciones, todo ello en los términos de la Ley 45 de 1923.

"Parágrafo 1o. Toda operación celebrada sin el cumplimiento del requisito establecido en este artículo será ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial. En tal virtud, el representante legal de la compañía emisora se abstendrá de registrar la transferencia de las acciones en el libro de registro correspondiente, sin perjuicio de las sanciones pecuniarias establecidas en las disposiciones actualmente vigentes.

"Parágrafo 2o. Cuando se compruebe la utilización de los fondos provenientes del ahorro privado por parte de los bancos comerciales, corporaciones de ahorro y vivienda, corporaciones financieras y cajas o secciones de ahorro, para la adquisición de acciones de las entidades a que se refiere el presente decreto, la entidad infractora no podrá acceder a las líneas de crédito del Banco ni a las operaciones con cargo a los fondos financieros que administra o maneja el citado Banco de la República.

"Parágrafo 3o. No se requerirá permiso del Superintendente Bancario cuando la transacción de acciones se realice como consecuencia del ejercicio del derecho de preferencia consagrado a favor de los accionistas".

Conviene anotar desde ahora que aunque el demandante menciona como infringido el artículo 5o. de decreto en referencia, sólo reproduce el inciso único del mismo y de él se ocupa exclusivamente, sin aludir para nada a los parágrafos de tal inciso.

LA DEMANDA

Sostiene el actor que la norma enjuiciada viola, por aplicación indebida, los numerales 14 y 15 del artículo 120 de la Constitución Nacional y los artículos 32 y 55 de la misma, por falta de aplicación.

Sobre los alcances del numeral 14 del artículo 120 ibídem transcribe y acoge algunos apartes de la sentencia de 15 de mayo de 1981, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, lo mismo que de varios fallos del Consejo de Estado, y concluye así el cargo:

"De acuerdo con el contexto de la norma transcrita y de la interpretación jurisprudencial hay que decir que la atribución propia que le otorga el numeral 14 del artículo 120 de la Carta Fundamental al Presidente de la República se circunscribe, se limita a las personas, ya sean naturales o morales, que cap-

tan, manejan o invierten los fondos provenientes del ahorro privado y en cuanto a operaciones relacionadas con dicho ahorro privado.

En consecuencia, el artículo 5o. del Decreto 3604 de 1981, al consignar un requisito de obligatoria observancia en todas las transacciones que tengan por objeto el 10% o más de las acciones suscritas de determinadas entidades crediticias, ha excedido el ámbito de la facultad de intervención que en favor del Presidente de la República otorga el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional, ya que al no especificar que tal requisito sólo es aplicable cuando los adquirientes de acciones sean las personas naturales o morales que manejan el ahorro privado y en cuanto a actos u operaciones relativos a fondos provenientes de esta modalidad específica de ahorro, la norma en cuestión resulta aplicable a todo tipo de sujetos del Derecho, manejen o no ahorro privado, de acuerdo con el principio de hermenéutica jurídica según el cual donde no distingue el legislador, no le es dable distinguir al intérprete".

En cuanto al numeral 15 del citado artículo 120, expresa:

"Como se deduce fácilmente de su tenor literal, este precepto constitucional precisa para su aplicación, de una ley anterior "conforme" a la cual el Presidente de la República pueda ejercer la "inspección necesaria" "... sobre los demás establecimientos de crédito y las sociedades comerciales".

"En el presente caso, al no existir esa ley anterior que le permita al Primer Magistrado de la Nación, imponer el tipo de requisitos contenido en el artículo 5o. del Decreto 3604 de 1981, se ha violado por aplicación indebida el numeral 15 del artículo 120 de la Constitución Nacional.

"Aún más; la facultad de "inspección necesaria" que el numeral 15 del artículo 120 consagra, tiene una restricción por el ámbito personal de su aplicación, que la limita —estrictamente y de manera exclusiva— a "... los establecimientos de crédito y las sociedades mercantiles...".

"El artículo 5o. del Decreto 3604 de 1981, al imponer el requisito de la previa aprobación no solamente a los establecimientos de crédito y las sociedades comerciales, sino a todos los sujetos del Derecho, sean personas naturales o morales, cuando quieran adquirir el "... 10% o más de las acciones suscritas de los bancos comerciales, Corporaciones Financieras, Corporaciones de Ahorro y Vivienda, Compañía de Seguros y Compañías de Financiamiento Comercial...", excede el ámbito personal de aplicación del numeral 15 del artículo 120 de la Constitución Nacional, que resulta así violado de nuevo por aplicación indebida".

En relación con la transgresión de los artículos 32 y 55 de la Constitución, dice al accionante:

"a) Del artículo 32 de la Constitución Nacional, porque la intervención sobre personas naturales o morales, cuya actividad no tenga por objeto el manejo, aprovechamiento o inversión de los fondos provenientes del ahorro privado, no sean establecimientos de crédito, sociedades, comerciales, o sobre actividades no realizadas de manera exclusiva con fondos provenientes del ahorro privado, *únicamente puede hacerse por mandato de la ley*, que en el caso presente no ha sido expedida".

"..."

"b) Del artículo 55 de la Constitución Nacional, porque sin existir ley sobre la materia, el Gobierno se ha inmiscuido en un campo que es propio y exclusivo del Legislador, violando el principio que consagra la separación de las ramas del Poder Público y su colaboración armónica "... en la realización de los fines del Estado...".

LA IMPUGNACION

En su carácter de Superintendente Bancario Primer Delegado, el doctor Luis Guillermo Candela Campo, por conducto de apoderado, se constituyó en parte opositora y en el alegato de conclusión, después de reproducir la norma atacada comenta sobre el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución:

"Como de su misma letra se desprende, la limitación que conlleva la norma está consagrada en defensa de las Compañías cuyo objeto social está constituido por el manejo y aprovechamiento del ahorro privado, como son los bancos, las corporaciones, las compañías de seguros, y las compañías de financiamiento comercial, sociedades en las cuales se plantea la calificación previa de sus accionistas importantes.

"Opina el demandante que la norma establece una restricción general a la iniciativa privada cuando prescribe la calificación previa de las adquirientes de acciones en las sociedades aludidas, sin tener en cuenta que los dineros que pretenden invertir no pueden ser considerados, según la sentencia que él mismo transcribe como "ahorro en sentido estricto". Olvida o ignora que la protección del Estado, como ya se explicó, está dada para el ahorro privado, su captación y manejo, ya sea que se realice como actividad exclusiva por parte de las instituciones financieras, o como actividad principal, con la posibilidad de efectuar otras cohetáneas (sic) o secundarias, por cuanto el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional, se refiere a la "actividad de las personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo del ahorro privado", sin hacer distinción alguna, no obstante lo cual, existe precisa determinación de las personas objeto de intervención, y así lo ha manifestado en reiterados pronunciamientos el Honorable Consejo de Estado, al siguiente tenor:

"El propio artículo 120-14 consigna muy claras y terminantes limitaciones a ese poder, en primer lugar, le restringe la materia porque lo refiere exclusivamente al Banco Emisor y a 'Las personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado', o sea que el Gobierno en ejercicio de tal facultad, no está habilitado constitucionalmente para expedir disposiciones con fuerza legal que afecten a otro tipo de personas naturales o jurídicas; el ámbito de la intervención y su poder normativo, lo restringe la Constitución al Banco Emisor y a las personas que tengan por objeto social, el ya indicado. Es decir, aquellas cuya actividad gira en torno a la captación de ingresos no consumidos y su colocación al inversionista". (Sentencia del Consejo de Estado Sección Primera, ponencia del Dr. Arango Henao, de mayo 6/79).

"En consecuencia, el artículo 5o. del Decreto 3604, que se refiere a los Bancos, Corporaciones Financieras, Corporaciones de Ahorro y Vivienda, Compañías de Seguros y Compañías de Financiamiento Comercial, como instituciones del sector financiero, cuyo objeto tiene directa relación con el manejo y

aprovechamiento del ahorro privado, se ajusta con toda exactitud a la norma constitucional que le sirve de fundamento".

Con respecto al numeral 15 del artículo 120 en referencia, expresa:

"Vale la pena dejar en claro, que el constituyente no podía instituir una simple veeduría de los establecimientos de crédito y sociedades mercantiles, ya, que el mismo texto abre el compás para graduar la ingerencia (sic) presidencial al tenor de la frase *ejercer la inspección necesaria...*" (Subrayo); es decir, supone una inspección que lleva implícita una regulación acorde con la necesidad del momento económico y social del país.

"En igual sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en fallo proferido el 12 de julio de 1969, ante la aseveración de la demanda de que los alcances de la inspección del 120-15 es limitada. Dijo así:

"Esta tesis en general y así enunciada es aceptable, aunque, como en otras ocasiones lo ha manifestado la Corte, la inspección no es de tipo mecánico de simple confrontación entre la ley y la actividad bancaria, pues muchas veces supone la competencia para dictar regulaciones que den sentido y hagan posible la inspección constitucionalmente prevista..." (Sala Plena. Ponencia del Magistrado Hernán Toro Agudelo).

"Este es, sin más disquisiciones jurídicas, el caso que nos ocupa, ya que el Decreto 3604 de 1981, fue dictado por el Presidente de la República con el objeto de hacer más operante la inspección constitucional prevista en el precitado numeral 15, conforme a las disposiciones contenidas en los artículos 25 y siguientes de la Ley 45 de 1923 orgánica de la actividad bancaria, aplicable a las Corporaciones Financieras, de Ahorro y Vivienda, Compañías de Seguros y compañías de Financiamiento Comercial por remisión expresa del estatuto que regula cada una de las instituciones mencionadas.

"Aún más, en los términos del artículo 27 de la aludida Ley 45, el Legislador dotó al Superintendente Bancario de la facultad de veto sobre las personas que integran la sociedad".

Por último, sobre la violación de los artículos 32 y 55 de la Carta, afirma:

"Definida la legalidad de la norma acusada de acuerdo a su fundamento constitucional y su corrrecta aplicación, queda excluida toda posibilidad de referencia al artículo 32 de la Carta, por cuanto se trata por su intermedio de ejercer una atribución más genérica dentro del contexto de la economía nacional, que requiere ley o decreto expedido en uso de facultades extraordinarias, diferente de la atribución constitucional propia del Presidente de los numerales 14 y 15 del artículo 120 de la Constitución Nacional.

"En este orden de ideas, no se entiende cómo habrían podido expedirse disposiciones como el Decreto 3604 de 1981, con base en el artículo 32 de la Constitución Nacional.

"En cuanto se refiere al artículo 55 de la Constitución Nacional, éste tuvo cabal cumplimiento y correcta aplicación por cuanto el ejecutivo actuó dentro de su esfera de influencia, sin invadir ninguna de otra rama del poder público, como se desprende de cuanto hasta el momento se ha argumentado".

EL CONCEPTO FISCAL

Opina el señor Fiscal Primero del Consejo de Estado que no deben prosperar las pretensiones de la demanda.

Al referirse al artículo 120-14 de la Constitución expone:

"De conformidad con el tenor literal de esta norma, se facultó constitucionalmente al Presidente de la República, en su carácter de suprema autoridad administrativa, para ejercer la *intervención necesaria* en el Banco de Emisión y en las actividades de todas las personas que tengan como objeto las mismas finalidades indicadas en la norma, esto es, "manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado".

"Este objeto, que persigue la norma en comento, implica la intermediación financiera, determina las actividades que en cumplimiento del mismo, pueden ser realizadas por el Gobierno en su actividad de *intervención necesaria*, excluida la que realiza ante el Emisor, racione materiae, queda limitada a aquellos intermediarios financieros del mercado de capitales, como las Cajas de Ahorros, Compañías de Seguros de Vida y Capitalización, Compañías de Inversión y otras entidades especializadas en la función canalizadora del ahorro privado nacional.

"Pero toda esta actividad, presupone la existencia de personas jurídicas que desarrollan tal objeto, las cuales pueden ser intervenidas, pues la norma no atañe a la creación de las mismas y obviamente supone o se remite al régimen constitucional y legal, sobre la creación de tales personas, y tiende a cumplir una finalidad específica constitucional, de restrictiva interpretación, la cual no puede consistir en la supresión o anulación de la actividad que se interviene ni en realizar una política intervencionista, pues esta última como tal está regulada por los artículos 32 y 76, ordinal 4o., además del 80 de la C.N.

"Por el contrario, se debe por este medio, el ordinal 14 del artículo 120, garantizar el ahorro privado y evitar que los intermediarios financieros en desarrollo de sus actividades, defrauden o lleguen a perjudicar la fe pública.

"De ahí que la necesidad de esta intervención, la del ordinal 14 del artículo 120 de la C.N., implique una discrecionalidad e instrumento ágil para el Ejecutivo, pero asimismo, una limitante en su accionar, cual es la finalidad u objeto que se persigue".

Sobre los restantes cargos del libelo dice el señor Agente del Ministerio Público:

"En cuanto al numeral 15 del mismo artículo 120, éste tiene un fundamento diferente, pues de él puede hacerse uso previa ley, y en el presente caso, la Ley 45 de 1923 permite o sirve de respaldo a la aplicabilidad de él.

"En cuanto a la no aplicación de los artículos 32 y 55 que invoca el actor, no encuentra asidero jurídico en este Despacho, pues como ya se analizó antes, ellos tienen otra aplicabilidad y objeto diferente al que busca la norma impugnada, que entre otras cosas, guarda muy estrecha relación con todo el articulado del Decreto 3604 de 1981.

"En los actuales momentos que vive el país, puede verse que el artículo 5o. bien aplicado por los organismos fiscalizadores del Gobierno, hubiera evitado la crisis financiera de tantos entes intermediarios del ahorro privado, como se ha visto y falta por ver".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I. ANALISIS PREVIO

No obstante que el accionante presenta la acusación contra el artículo 5o. del Decreto 3604 de 1981 como un todo, sin hacer exclusión alguna, lo cierto es que limita el ataque al inciso único de esa disposición. Evidentemente, solamente transcribe e impugna a lo largo del libelo dicho enciso y hace completa abstracción de los tres parágrafos que él contiene. Por consiguiente, la Sala se detendrá especialmente en el estudio del inciso único, sin perjuicio de las referencias indispensables a sus parágrafos y de las decisiones que con respecto a éstos le corresponda adoptar.

Mas como de todas maneras es conveniente, en aras de claridad, determinar el radio de acción y alcance del Decreto 3604 de 1981, es procedente, en primer término, hacer un examen sucinto de aquel estatuto, en lo pertinente.

De conformidad con el artículo 1o. del Decreto, "Las entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria estarán sujetas, además de las restricciones que establecen las disposiciones especiales que les son aplicables y las contenidas en la Ley 45 de 1923, a las fijadas en el presente decreto". Este artículo significa que solamente a las entidades sometidas al régimen de inspección y vigilancia por parte de la anotada Superintendencia se les aplica el decreto, lo mismo que las regulaciones especiales y la Ley 45 de 1923.

Según el artículo 3o. del mismo, cuando la Superintendencia del ramo establezca que un banco comercial, una corporación financiera, una corporación de ahorro y vivienda o una caja o sección de ahorro haya concedido, directa o indirectamente, un crédito para la compra de acciones de otra institución crediticia o compañía aseguradora, deberá comunicarlo al Banco de la República, a efecto de que éste le suspenda a la entidad prestamista todas las líneas de crédito, hasta por seis meses, conforme a la reglamentación que dicte la Junta Monetaria.

El artículo 4o. ibídem les prohíbe a las entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia en cuestión, que capten o inviertan fondos provenientes del ahorro privado, otorgar préstamos o descuentos a la persona natural o jurídica que llegue a adquirir o poseer en un ejercicio anual más del 10% de las acciones en circulación de la respectiva entidad, prohibición que podrá durar hasta un año.

Ahora bien, lo que concretamente establece el artículo demandado es que toda transacción cuyo objeto sea adquirir el 10% o más de las acciones suscritas de los bancos comerciales, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda, compañías de seguros y compañías de financiamiento comercial, requerirá la aprobación de dicha Superintendencia, la que examinará la idoneidad, responsabilidad y carácter de las personas interesadas en

adquirirlas, y "se cerciorará que el bienestar público será fomentado con la transferencia de acciones, todo en los términos de la Ley 45 de 1923". De otra parte, su parágrafo 1o. le quita eficacia de pleno derecho, sin necesidad de declaración jurisdiccional, a toda operación que se celebre sin cumplir el requisito de la aprobación.

Del resumen que antecede se desprende que el decreto en cuestión se refiere a los bancos comerciales, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda, compañías de seguros y compañías de financiamiento comercial y cajas o secciones de ahorro, en cuanto manejen o inviertan fondos provenientes del ahorro privado y en lo que tenga que ver con operaciones vinculadas a dicho ahorro, y que lo que en realidad persigue es ejercer, en beneficio de los ahorradores, la inspección y vigilancia necesaria sobre dichos entes. Se desprende también que de manera específica su artículo 5o. instituye al respecto el requisito de la aprobación, por parte del órgano que ejecuta tal función, de las transacciones encaminadas a adquirir el 10% o más de las acciones pertenecientes a los mismos entes, para evitar o prevenir un acaparamiento de las acciones y, obviamente, para por este medio de control analizar "la idoneidad, responsabilidad y carácter de las personas interesadas en adquirirlas".

II. EL CASO SUB-JUDICE

Como ya se advirtió, el Decreto 3604 de 1981 fue expedido por el Presidente de la República con invocación expresa de los numerales 14 y 15 del artículo 120 de la Constitución Nacional. De la anterior manera, por haber sido dictado en uso del numeral 14, tal Decreto tiene el carácter de autónomo y por medio de él el Gobierno ejerció sobre el Banco de la República una atribución constitucional propia, dentro de la intervención necesaria, consistente en el caso de autos en que el Banco de Emisión les cierra las líneas de crédito y no admita en las operaciones con cargo a los fondos financieros que él administra o maneja a las entidades que menciona el artículo 5o. del decreto, en el caso de que ellas infrinjan sus regulaciones: Esto es cuanto concierne con el Banco de la República.

Mas como el numeral 14 del artículo 120 de la Carta Política autoriza también al Presidente de la República, igualmente como atribución constitucional propia, para ejercer la intervención necesaria "en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado", el Primer Mandatario disponía de competencia para proferir la regulación que contiene el artículo 5o. del decreto en mención, a través de un reglamento constitucional, desde luego sin abarcar las transacciones realizadas por personas distintas de las mencionadas en el artículo 1o. del mencionado decreto.

Lo que antecede significa que la disposición cuestionada en este proceso, al referirse a "Toda transacción", viola, como lo sostiene el demandante, el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución, únicamente en cuanto extiende sus regulaciones a las personas naturales o jurídicas distintas de las allí previstas, que adquieren el 10% o más de las acciones de los entes citados. En efecto, esta es una restricción a la negociación de acciones por parte de personas no comprendidas en las regulaciones del Decreto 3604 de 1981.

Con respecto al numeral 15 del canon fundamental en referencia, según el cual le corresponde al Presidente de la República, como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa, "Ejercer la inspección necesaria sobre los demás establecimientos de crédito y las sociedades mercantiles, *conforme a las leyes*", en opinión de la Sala el Gobierno Nacional, al dictar el inciso único del artículo 5o. en análisis, no hizo otra cosa que desempeñar la anterior función, aunque extralimitándose, porque al hablar de "Toda transacción" involucró igualmente a personas naturales o jurídicas extrañas a la inspección y vigilancia por parte de la Superintendencia Bancaria.

La inspección y vigilancia sobre los bancos y demás entidades de crédito la realiza el Presidente de la República por medio de la Superintendencia Bancaria y sobre las sociedades comerciales no sometidas a control por parte de dicha entidad la ejerce a través de la Superintendencia de Sociedades (a. 266 C.Co.).

En el anterior orden de ideas, el Gobierno Nacional, en desarrollo de la anotada inspección y vigilancia, bien podía dictar la medida que contiene el inciso único artículo 5o. del Decreto 3604 de 1981, aún mediante un simple decreto ejecutivo, con aplicación del estatuto sobre establecimientos bancarios, que está constituido por la Ley 45 de 1923 y las disposiciones de la misma categoría que la modifican y adicionan, pero sin incurrir en la extralimitación a que antes se aludió. Se podría argumentar que la medida fue adoptada por un decreto autónomo. Ello es cierto, pues se profirió con invocación del numeral 14 del artículo 120 de la Carta, aunque también se invocó el numeral 15. Se trata entonces de un detalle circunstancial.

A propósito de la Ley 45 de 1923, su artículo 1o. la hace aplicable "a todos los individuos, corporaciones, sociedades, establecimientos y secciones en ella definidos, como también a otras corporaciones, establecimientos e individuos que se sometan a especiales disposiciones de esta ley...". Su artículo 19 encarga a la Superintendencia Bancaria "de la ejecución de las leyes que se relacionen con los bancos comerciales, hipotecarios, el Banco de la República, y todos los demás establecimientos que hagan negocios bancarios en Colombia". Y su artículo 39 faculta a las mismas entidades para "visitar y examinar... el Banco de la República, todos los bancos comerciales nacionales y extranjeros, hipotecarios y cualesquiera otras de los establecimientos bancarios sujetos a las disposiciones de esta ley", pudiendo investigar "la situación y recursos del establecimiento bancario, el monto y naturaleza de su encaje, sus cuentas con otros bancos en Colombia y en el exterior, la manera de dirigir y manejar sus negocios, la conducta de sus directores, la inversión de sus fondos, la seguridad y prudencia de su manejo, la garantía ofrecida a aquellos a cuyo favor están constituidas sus obligaciones, si las prescripciones legales se han cumplido en la administración de sus negocios y las demás cuestiones que el Superintendente disponga averiguar".

Con posterioridad a la Ley 45 de 1923, varias disposiciones legales le han atribuido a la Superintendencia Bancaria el control permanente sobre otros establecimientos de crédito, compañías de seguros, sociedades de capitalización, almacenes generales de depósito, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda, "intermediarios financieros", etc. etc. En todo caso están comprendidos todos los establecimientos a que se refiere el decreto del

que hace parte la norma acusada en este proceso, sobre los cuales dicha entidad ejerce inspección y vigilancia.

Lo afirmado en el párrafo anterior coincide con el Decreto 126 de 1974, sobre la estructura de la Superintendencia Bancaria, que en su artículo 1o. — literal a)— le asigna a ésta "La inspección y vigilancia sobre el Banco de la República, establecimientos bancarios y de crédito, compañías de seguros, sociedades de capitalización y demás entidades sobre las cuales le atribuye la ley su control permanente".

De lo últimamente expuesto se deduce que esta causa registra también la violación del numeral 15 del artículo 120 de la Ley Fundamental, exclusivamente por la comentada extralimitación.

En lo que hace alusión a la transgresión, por falta de aplicación, de los artículos 32 y 55 de la Constitución, esa infracción no se presenta en el caso de autos, pues como lo observó la Agencia Fiscal, "ellos tienen otra aplicabilidad y objeto diferente al que busca la norma impugnada". Y si de intervencionismo estatal se trata, el artículo 120-14 instituyó, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia (Sent. de 18 de agosto de 1972), la intervención sobre el Banco de Emisión y las personas naturales o jurídicas a las cuales se refieren dicho precepto.

Esclarecida la situación jurídica con respecto al inciso único del artículo 5o. del Decreto 3604, procede la Sala al examen de los tres parágrafos que contiene la anterior disposición.

Sobre el parágrafo 1o. se observa que por medio de la sentencia proferida el 19 de mayo del año en curso en el proceso No. 4022, del que fue actor el doctor Francisco Zuleta Holguín, esta Sala, con ponencia del doctor Samuel Buitrago Hurtado, decretó la nulidad del mismo. Para adoptar tal decisión se expusieron las consideraciones que en esta oportunidad la Sala acoge y, en consecuencia, con base en ellas, habrá de declarar la nulidad de dicho parágrafo.

En lo concerniente al parágrafo 2o., la Sala estima que él no está afectado de nulidad alguna, toda vez que se limita a establecer una sanción, que puede calificarse como del orden financiero, para quienes contravengan lo dispuesto en el decreto en sus artículos 3o., 4o., e inciso único del artículo 5o.

Tampoco puede ser decretada la nulidad del parágrafo 3o., toda vez que él se limita a sustraer del permiso de que trata el inciso único del artículo 5o. las transacciones que versen sobre la adquisición de acciones y que sean consecuencia del derecho de preferencia de que se ocupan los artículos 388 y 407 del Código de Comercio, pues el citado derecho es una entidad jurídica autónoma que, por lo mismo, no guarda relación con la materia de que se ocupa el decreto tantas veces mencionado.

A la motivación precedente la Sala desea sumar las consideraciones que hace en su vista de fondo el señor Fiscal Primero de la Corporación, atrás reproducidas.

Todo lo anterior determina que se deba acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con su Fiscal colaborador.

FALLA:

Primero. Declárese la nulidad parcial del inciso único del artículo 5o. del Decreto No. 3604 de 18 de diciembre de 1981, dictado por el señor Presidente de la República, únicamente en cuanto él comprende las transacciones sobre adquisición de acciones que realicen personas naturales o jurídicas distintas de las mencionadas en el artículo 1o. del mismo decreto.

Segundo. Declárese la nulidad total del parágrafo 1o. del artículo 5o. del Decreto No. 3604 de 18 de diciembre de 1981, dictado por el señor Presidente de la República.

Tercero. Niéganse las demás peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha once de mayo de mil novecientos ochenta y tres.

Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez, Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay, secretario.

CARRERA ADMINISTRATIVA. FINALIDADES. ASCENSO. En qué consiste, cómo se hace efectivo y cuáles son las condiciones o los requisitos para su exigibilidad. DERECHO PREFERENCIAL DE LOS EMPLEADOS ESCALAFONADOS PARA SER ASCENDIDOS A LOS EMPLEOS VACANTES DE LA CATEGORIA INMEDIATAMENTE SUPERIOR. Artículos 222, 225 y 226 del Decreto 1950 de 1973.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.E., mayo veinte de mil novecientos ochenta y tres (1983)

Consejero ponente: **Dr. Joaquín Vanín Tello**

Actor: **Francisco José Quevedo Monroy**

Referencia: Expediente No. 6.663 Decretos del Gobierno

Se decide el recurso de apelación que contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, proferida el 16 de octubre de 1981, interpuso el apoderado del actor, señor Francisco Quevedo Monroy, quien, en demanda

presentada ante dicha Corporación solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1a. Que por ser violatorio de normas constitucionales y legales y reglamentarias, es nulo el Decreto No. 176 de 1975, enero 31, emanado de la Presidencia de la República, mediante el cual fue nombrada, a partir del 1o. de enero de 1975, en período de prueba dentro de la Carrera Administrativa, la señorita Gladys Alvarez Pinzón en el cargo de Jefe de Oficina VI, grado 31, de la Oficina de Planeación del Departamento Administrativo del Servicio Civil.

"2a. Que se declare que el señor Francisco José Quevedo Monroy tiene mejor derecho a ocupar el cargo de Jefe de Oficina VI, grado 31 de la Oficina de Planeación del Departamento Administrativo de Servicio Civil, en consecuencia la Administración Pública está obligada a nombrarlo en dicho empleo, como consecuencia del concurso hecho con la Convocatoria No. 026-029 de noviembre 18 de 1974, del mismo Departamento, para proveer el referido cargo, con retroactividad al 1o. de enero de 1975 y reconociéndole el ascenso.

"3a. Que se condene al Departamento Administrativo del Servicio Civil a pagarle en Bogotá al demandante Francisco José Quevedo Monroy la totalidad de los sueldos y primas a que tiene derecho como Jefe de Oficina VI, grado 31, de la Oficina de Planeación del citado Departamento, desde el 1o. de enero de 1975, en cuanto al mayor valor que le corresponde en relación con el sueldo del cargo que actualmente desempeña en dicho Departamento, hasta cuando se verifique el nombramiento de que trata el punto anterior.

"4a. Que se declare que el lapso transcurrido entre el primero de enero de 1975 y la fecha en que se realice el nombramiento y posesión del demandante Francisco José Quevedo Monroy en el cargo de Jefe de Oficina VI, grado 31, de la Oficina de Planeación del Departamento Administrativo del Servicio Civil, no descontinúa ni interrumpe el tiempo computable para efectos de pensión de jubilación, cesantía y demás prestaciones sociales.

"5a. Que se ordene al Departamento Administrativo del Servicio Civil y a la Presidencia de la República darle cumplimiento a la sentencia que se solicita dentro del término de treinta días a que se refiere el Art. 121 del C.C.A.".

De los hechos en que se fundamenta la demanda, se transcriben los siguientes:

"1. El Departamento Administrativo del Servicio Civil, con fecha noviembre 18 de 1974, dio a la publicidad el Aviso de Convocatoria No. 026-029 para realizar un concurso abierto para proveer el cargo de Jefe de Oficina, clase VI, grado 31, de la Oficina de Planeación del mismo Departamento Administrativo en Bogotá, con una asignación mensual de $11.500, cargo que se encontraba vacante.

"2. El cargo de Jefe de Oficina de Planeación del Departamento Administrativo del Servicio Civil, cuyo concurso de provisión se convocaba, según el hecho anterior, había sido contemplado en la Planta de Personal de tal entidad, establecida por medio del Decreto 1267 de 1974, junio 28, emanado de la Presidencia de la República.

"3. En la Planta de Personal del Departamento Administrativo del Servicio Civil, anterior a la actual, que estaba establecida por el Decreto No. 2639 de 1973, de la Presidencia de la República, no se contemplaba la existencia de la Oficina de Planeación.

"4. La señorita Gladys Alvarez Pinzón, antes de la Convocatoria del concurso, de que trata el hecho 1o. anterior, ocupaba en el mismo Departamento Administrativo del Servicio Civil el cargo de Técnico en Planeación IV-25, dependiente de la Secretaría General, cargo contemplado en el Decreto 2639 de 1973 ya citado. De otra parte, también antes de dicha Convocatoria, el demandante Quevedo Monroy ocupaba en el mismo Departamento el cargo de Tecnico en Administración Personal 1-19, de la División de Capacitación, con asignación mensual de $5.500.oo, contemplado en la Planta de Personal establecida por el Decreto 2639 de 1973.

"5. En la Convocatoria No. 026-029 del 18 de noviembre de 1974 para proveer el cargo de Jefe de Oficina, a que alude el hecho 1o. de esta demanda, se señalaron como requisitos para concursar: a) De Estudios: título profesional en Ciencias Sociales (Psicología, Antropología, Economía, Sociología o Administración); y b) Además, de Experiencia: tener 42 meses de experiencia en labores de planeación y/o presupuesto. Igualmente dispuso tal Convocatoria que las pruebas a las cuales serán sometidos los aspirantes serían las de "Entrevista", con un valor del 60%, y "Análisis de Antecedentes", con un valor del 40%.

"6. El concurso de que tratan los hechos anteriores se realizó el 9 de diciembre de 1974, y dio el siguiente resultado, en orden de mérito, según se lee en el acta respectiva: Primer puesto, para Francisco José Quevedo Monroy, con calificaciones del 48% en la "Entrevista" y el 26.4% en "Análisis de Antecedentes", para un total de 74.4%; Segundo puesto, para Gladys Alvarez Pinzón, con calificaciones de 42% en la "Entrevista" y 30.8% en "Análisis de antecedentes", para un total de 72.8%; y Tercer puesto para José Sabogal Cotrino, con calificaciones de 39% en "Entrevista" y 29.6% en "Análisis de Antecedentes", para un total de 68.6%.

" .....

"8. Obteniendo el resultado mencionado en el hecho 6o. de esta demanda, se expidió por el Jefe del Departamento Administrativo el Servicio Civil la Resolución No. 1011 de 1974, diciembre 27, en cuyo artículo 1o. se expresó que se establecía en orden de mérito una lista de elegibles como resultado del concurso a que aluden estos hechos, así:

Primer puesto: Francisco José Quevedo Monroy, con puntaje total de 74.4%;

Segundo Puesto: Gladys Alvarez Pinzón, con puntaje total de 72.8%;

Tercer Puesto: José Sabogal Cotrino, con puntaje total de 68.6%

"El Art. 2o. de la misma Resolución dijo:

"Art. 2o. La provisión de vacantes para los empleos a que se refiere la anterior lista, se hará con el personal que figure entre los cinco (5) primeros puestos, entendiéndose por puesto, el grupo de personas que obtengan una misma

calificación, —Hecho uno o varios nombramientos, el grupo se reintegrará con los nombres de la lista general que sigan en orden descendente—. Si el nombramiento recae en un funcionario escalafonado en carrera administrativa, en un cargo de la misma serie, series afines o complementarias del cargo para el cual concursó, el nombramiento se efectuará como ascenso y podría establecerse período de prueba cuando la Administración así lo considere".

"En Art. 3o. de la misma Resolución expresó:

"Art. 3o. Para efectuar un nombramiento con base en esta lista, se tendrá en cuenta, en todo caso, las prioridades de que trata el Art. 2o. de la Resolución 357 de 1974 del Departamento Administrativo del Servicio Civil".

"Por su parte, el Art. 2o. de la Resolución No. 357 de 1974, julio 18, dijo:

"Art. 2o. Cuando se vaya a proveer una vacante, se hará en el orden de prioridad siguiente:

"1. Con el personal escalafonado en Carrera Administrativa al cual se le haya suprimido el cargo, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 del Decreto 2400 de 1968.

"2. Con personal escogido mediante concurso de ascenso.

"3. Con personal graduado en Administración Pública egresado de la Escuela Superior de Administración Pública o de otras Universidades nacionales o extranjeras, que figuren en las listas de elegibles elaboradas por el Departamento Administrativo del Servicio Civil de conformidad con las disposiciones del Art. 203 del Dec. Reglamentario 1950 de 1973, en las clases de empleo que exijan esta calificación profesional para su ejercicio.

"4. Con personal escogido de la lista de elegibles formada por concurso abierto, vigente en la fecha de la provisión de la vacante".

.....

"11. Sin embargo, el Presidente de la República, mediante el Decreto No. 176 de 1975, enero 31, —acto acusado— nombró "a partir del 1o. de enero de 1975" "en período de prueba dentro de la Carrera Administrativa" a la señorita Gladys Alvarez Pinzón en el cargo de Jefe de Oficina VI, grado 31, de la Oficina de Planeación del DASC, o Departamento Administrativo del Servicio Civil, por considerar que había aprobado el concurso hecho con la Convocatoria No. 026-029 de noviembre 18 de 1974, desconociendo así el mejor derecho que por razón de haber ocupado el primer puesto le correspondía al demandante. La mencionada funcionaria tomó posesión de tal cargo el 26 de marzo de 1975.

"12. El demandante Francisco José Quevedo Monroy fue inscrito en el Escalafón de la Carrera Administrativa mediante Resolución No. 450 de 1974, julio 29, del Departamento Administrativo del Servicio Civil. Para entonces el mismo demandante se encontraba prestando sus servicios como empleado de tal Departamento Administrativo, como Técnico en Administración de Personal 1-19. En contrario, la señorita Gladys Alvarez Pinzón no estaba entonces, ni está aún escalafonada en dicha Carrera".

El actor estima violadas por el acto acusado las siguientes disposiciones: artículos 30 y 62 de la Constitución Nacional, 44 —inciso primero— del Decreto Extraordinario 2400 de 1968, 180, 181, 207, 222, 227 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, 2o. de la Resolución No. 357 de 1974 y 3o. de la No. 1011 del mismo año, originarias del Departamento Administrativo del Servicio Civil.

El apoderado del demandante, al exponer el concepto de la violación, de las citadas disposiciones, dice que estando inscrito su poderdante en la Carrera administrativa y habiéndose presentado al concurso en referencia, en el cual obtuvo el primer puesto, tenía derecho al ascenso, a ser nombrado con prelación respecto de la señorita Gladys Alvarez Pinzón, de conformidad con las normas legales pertinentes. Además, de acuerdo con el artículo 227 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, tenía derecho a que su nombramiento se efectuara como ascenso, pues, "hay afinidad de serie y especialmente complementación de serie entre el empleo para el cual concursó el demandante y aquél en el cual está escalafonado".

Finalmente arguye: "Debo anotar, también, que según el Art. 3o. de la misma Resolución 1011 de 1974, del DASC, debían tenerse en cuenta las prioridades de que trata el Art. 2o. de la Resolución 357 de 1974, originaria del mismo Departamento Administrativo. En sentido estricto y restingido, esas prioridades no tienen aplicación en el caso de autos, si se considera que a ninguno de los concursantes elegibles se les había suprimido el cargo (prioridad 1a.), ni se trataba de un concurso de ascenso (2a.), ni los elegibles son graduados exactamente en Administración Pública (3a.), de suerte que debía aplicarse la última o 4a. prioridad, o sea la escogencia de elegibles en concurso abierto, lo cual, de suyo, elimina toda prioridad.

"Sin embargo, si se analiza la cuestión con un criterio extensivo, que es procedente, los estudios hechos por el demandante en Administración Educacional y Administración de Personal, que son sectores académicos de la Administración Pública, entendida ésta como ciencia, le dan derecho a que a él se le aplique favorablemente la tercera prioridad, factor éste que no puede acreditar ni acreditó en el concurso la empleada favorecida con el nombramiento hecho en el Decreto acusado en esta demanda. O sea que también se violó el referido Art. 2o. de la Resolución 357 de 1974, por inaplicación de la misma, siendo de forzosa aplicación".

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, atendiendo a la solicitud del actor, suspendió el acto acusado por encontrarlo en ostensible contradicción con los artículos 40 y 222 del decreto reglamentario 1950 de 1973.

Intervino como impugnador, en el proceso, el Departamento Administrativo del Servicio Civil, por intermedio de apoderado, quien solicitó que se denegaran las súplicas de la demanda, pues el actor participó en un concurso abierto y no de ascenso; con base en los resultados de aquél se formó la lista de elegibles, en la cual ocupó el demandante el primer puesto y la doctora Gladys Alvarez, el segundo. Se dio cumplimiento al artículo 210 del Decreto 1950 de 1973 al escoger para el cargo a una persona que se encontraba entre los cinco primeros puestos de la lista de elegibles, pues no tenía aplicación el artículo 201 del mismo decreto ya que "el empleo de Jefe de Oficina no requiere grado expedido por la Escuela Superior de Administración", que tampoco lo obtuvo el demandante. Dice igualmente el apoderado de dicho organismo oficial,

en su memorial inserto en el expediente, de folio 98 a 105: "No era del caso realizar un concurso de ascenso para el cargo creado (Jefe de Oficina VI-31 de la Oficina de Planeación) porque el ascenso —según las voces del artículo 224— del Decreto 1950, "es procedente para proveer empleos de la misma serie o series afines o complementarias" y es evidente que la serie de Técnico en Administración de Personal, no es ni la misma, ni afín, ni complementaria a la de Jefe de la Oficina, de Oficina de Planeación porque bastante diferencia existe entre las tareas de personal que corresponden a la primera serie citada, y las de planificación y presupuesto que corresponden a la segunda".

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de acuerdo con el concepto de la señora Fiscal Primero de dicha Corporación, denegó las súplicas de la demanda y levantó la suspensión provisional del acto acusado, mediante la sentencia recurrida, en la que se hacen las siguientes consideraciones: "En el proceso de selección para la provisión de empleos de carrera administrativa se prevén dos clases de concursos: de ascenso, para personal escalafonado y abierto, para ingreso de nuevo personal.

"Está prevista la promoción o ascenso, mediante concurso, para proveer los cargos de carrera y en tal sistema gozan de prelación los funcionarios escalafonados para ocupar las vacantes de la categoría inmediatamente superior. El caso en estudio no corresponde a esta modalidad.

"Se trató entonces de un concurso abierto para proveer el cargo de Jefe de Oficina VI-31 de la Oficina de Planeación del Departamento Administrativo del Servicio Civil, de nivel diferente y grado varias veces superior a aquel en el cual el demandante se encontraba escalafonado.

"En el concurso abierto solo se prevé prelación para los profesionales egresados de la Escuela Superior de Administración Pública y para los ya escalafonados en carrera administrativa cuyo cargo haya sido suprimido. El caso del demandante no encajaba dentro de ninguna de estas provisiones legales.

"Conformada la lista de elegibles mediante concurso abierto la administración debía proceder al nombramiento dentro de los límites descritos en el artículo 210 del Decreto 1950 de 1973 cuyo texto expresa:

"Cuando sea necesario proveer un empleo por vacancia o creación y no fuere posible hacerlo por ascenso, deberá designarse a una de las personas que se encuentren entre los cinco primeros puestos de la lista de elegibles formada por concurso abierto".

"Hecho uno o varios nombramientos, el grupo se reintegrará con los nombres de la lista general que sigan en orden descendente".

"No dice la norma que el nominador deba designar a la primera persona de la lista sino a una de las que se encuentren entre los cinco primeros puestos de aquella. Es decir que el nominador puede escoger entre tales cinco personas y eso fue lo que hizo en el caso discutido, escoger una persona de la lista de elegibles conformada por tres.

"Resta decir que dentro del contexto del régimen de concursos previstos, de ascenso y abierto, mal puede interpretarse la letra del artículo 227 como

una forzosa prelación de los empleados de carrera. Ha de entenderse la norma, en armonía con el conjunto de regulaciones, en el sentido de que en el caso de que el nominador designe de entre las personas que ocupen los cinco primeros puestos de la lista de elegibles a una que se encuentre inscrita en el escalafón de la carrera administrativa, tendrá derecho ésta a que su nombramiento se repute como ascenso dentro de dicha carrera".

En su memorial de sustentación del recurso de apelación, dice el apoderado del actor que la sentencia recurrida consideró aisladamente el texto del artículo 210 del Decreto 1950 de 1973, sin tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 44 inciso primero del decreto 2400 de 1968, 207, 22 y 227 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973.

Dentro de la segunda instancia, la señora Fiscal Quinto de la Corporación emitió su concepto de fondo, en el que solicita que se revoque la sentencia apelada y, en su lugar, se acceda a las súplicas de la demanda, con base, entre otros, en los siguientes razonamientos:

"El hecho de ocupar un cargo y pertenecer a la carrera administrativa impone obligaciones al empleado y le confiere derechos tales como la estabilidad, la capacitación y el ascenso. Este último no puede quedarse simplemente en el plano de las expectativas sino que debe hacerse efectivo cuando las condiciones fácticas, de acuerdo con la ley, lo permitan, tal como en diversas ocasiones lo ha sostenido del H. Consejo de Estado.

"Entonces, si una persona que tiene derecho a ascender dentro de la carrera por estar escalafonada, demuestra la mayor aptitud para ejercer un cargo de superior categoría al que ocupa por haber alcanzado el más alto puntaje en un concurso, no queda duda para la Fiscalía que debe ser escogida de la lista de elegibles, porque de esta manera, a la vez que se consulta el interés general representado en el buen servicio, se atiende también el legítimo derecho particular del empleado al ascenso.

"Ese es precisamente el caso del actor. En efecto, se trata de un funcionario escalafonado en carrera administrativa, que venía prestando servicios en el Departamento Administrativo del Servicio Civil.

"Con el fin de proveer un cargo de superior categoría, participó en concurso abierto y demostró con el más alto puntaje entre los participantes, ser apto para desempeñarlo.

"Ante estos hechos la simple lógica indica que sí era posible proveerlo por ascenso, a pesar de no haber convocado un concurso de tal naturaleza, escogiéndolo a él que ocupó el primer puesto en la lista de elegibles.

"En este orden de ideas, estima la Fiscalía que tanto la entidad nominadora como el Tribunal dieron al artículo 210 del Decreto 1950 de 1973 una interpretación aislada y por tanto errónea, desconociendo el mejor derecho del actor consagrado en normas sustantivas tales como el artículo 44 del Decreto 2400 de 1968.

"Como el acto administrativo acusado no demuestra tal desconocimiento pues la escogencia hecha significó ni más ni menos, el ascenso de la señorita Gladys Alvarez Pinzón, quien si bien es cierto también demostró aptitud su-

ficiente para ejercer el cargo, no estaba escalafonada en carrera administrativa.

"En resumen: la Administración atendió uno de los factores que debía tener en cuenta en la selección de personal, o sea, el de la aptitud para desempeñar las funciones del cargo que iba a proveer, pero no el derecho preferencial de un escalafonado que además obtuvo el primer puesto en la lista de elegibles con mayor puntaje.

"No se presentaba entre quienes integraban dicha lista igualdad de condiciones para sostener válidamente que cualquiera de ellos podía resultar seleccionado sin detrimento de los derechos individuales de los demás".

Habiéndose cumplido la actuación en forma legal, procede la Sala a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se controvierte en este proceso la legalidad del Decreto No. 176 de 1975, por medio del cual el Gobierno Nacional nombró a la señorita Gladys Alvarez Pinzón como Jefe de la Oficina de Planeación del Departamento Administrativo del Servicio Civil, habiendo participado en el concurso realizado para proveer dicho cargo el demandante, quien no solo, a diferencia de la nombrada, estaba inscrito en la carrera administrativa sino que ocupó el primer puesto, por razón de sus calificaciones, en la lista de elegibles, cuando a la beneficiada le correspondió el segundo. Se trata, en síntesis, de determinar si, en lugar de la señorita Gladys Alvarez Pinzón, el Gobierno Nacional debió nombrar al señor Francisco Quevedo Monroy, en virtud de su condición de empleado escalafonado y de su posición preeminente en la correspondiente lista de elegibles.

"Según el actor y la señora Fiscal Quinto del Consejo de Estado, es evidente el derecho que tenía el primero a ser nombrado en el cargo de Jefe de la Oficina de Planeación del mencionado organismo público. Otro es el criterio expresado por la señora Fiscal Primero del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el de la mencionada Corporación y, obviamente, el del impugnador.

La Sala habrá de apartarse del concepto de su distinguida Fiscal colaboradora, por las razones que se expondrán a continuación.

Reconoce la Sala las altas finalidades de la carrera administrativa que se fundamentan en la necesidad de mejorar la eficiencia de la Administración, como dice el artículo 40 del Decreto Extraordinario 2400 de 1968, con el fin de prestar un servicio cada día más eficaz a la comunidad, y en el criterio democrático y de sana política administrativa, según el cual debe haber igualdad de oportunidades para acceder a los cargos públicos, de modo que priven méritos, virtudes y talentos, como decía el artículo 34 del Decreto Extraordinario 1732 de 1960, sobre consideraciones que no garantizan la eficiencia y probidad en el desempeño de funciones públicas, como la filiación política, el paisanaje la amistad o cualquier otra razón de interés particular. Reconoce asimismo la Sala que sin el acompañamiento de ciertos derechos, como el de estabilidad y el ascenso, no tendría sentido la carrera administrativa, pues fácilmente sería quebrantada y ningún estímulo ofrecería para ingresar en ella, pues los empleados públicos escalafonados quedarían en las mismas con-

diciones precarias de quienes son de libre nombramiento y remoción, sin expectativas de permanencia en el cargo ni de mejoramiento de sus niveles de empleo y, en consecuencia, en sus condiciones económicas y sociales, a pesar de sus merecimientos.

Esos derechos se encuentran consagrados en normas legales y las condiciones de su adquisición y ejercicio están determinadas en las mismas disposiciones y en otras de carácter reglamentario.

Precisa examinar, con relación el derecho de ascenso, en qué consiste, cómo se hace efectivo y cuáles son las condiciones o los requisitos para su exigibilidad.

Según el artículo 40 del Decreto 2400 de 1968, la carrera administrativa ofrece a los empleados escalafonados la "posibilidad de ascender" en ella y de acuerdo con el artículo 44 del mismo estatuto, modificado por el Decreto 3074 del año antes mencionado, aquellos "gozarán, de conformidad con las condiciones *que se señalan en la reglamentación de los concursos para ascenso*, de prelación respecto a otros servidores públicos y a las personas ajenas al servicio civil" para ocupar los empleos de carrera que se encuentran vacantes (subraya la Sala). Lo anterior es reafirmado en el artículo 46 del mismo Decreto 2400. Por su parte, el artículo 222 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973 dispone en su primer inciso que "los empleados de carrera administrativa escalafonados, gozarán de prelación respecto de los otros servidores públicos y de las personas ajenas al Servicio Civil para ser ascendidos a los empleos vacantes *de la categoría inmediatamente superior*" (subraya la Sala). Por otra parte, conforme a los artículos 225 y 226 del mismo decreto reglamentario, los empleados escalafonados tienen derecho a que antes de que se convoque a concurso abierto se realice el de ascenso. Salvo que la naturaleza del cargo lo exija, solo es viable el concurso abierto, según dichas disposiciones, "cuando se hayan vencido las listas de elegibles para ascenso o cuando verificado el concurso ninguno de los participantes haya obtenido las calificaciones necesarias para ascender".

Por último, el artículo 227 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973 establece que "el empleado inscrito en el escalafón que apruebe un concurso abierto, tendrá derecho a que su nombramiento se efectúe *como ascenso* dentro de la carrera administrativa, cuando el empleo para el que concursó *sea de la misma serie o de series afines o complementarias* o del mismo cuadro ocupacional de la carrera especial en que esté escalafonado" (subraya la Sala).

Pero en las disposiciones anteriormente citadas ya se están señalando condiciones para la efectividad del derecho al ascenso: La prelación establecida, de manera general, en el artículo 222 es solo *para ascender* a las empleos vacantes de la *categoría inmediatamente superior*; el derecho a que el nombramiento se efectúe *como ascenso* existe solo en cuanto el empleo para el cual se concursó sea de la misma serie o de series afines o complementarias o del mismo cuadro ocupacional de la carrera especial en que el empleo esté escalafonado.

Ahora, dispone el artículo 210 del citado decreto reglamentario que "cuando sea necesario proveer un empleo por vacancia o *creación* y *no fuere posible hacerlo por ascenso*, deberá designarse a una de las personas que *se en-*

cuentren entre los cinco primeros puestos de la lista de elegibles *formada por concurso abierto"* (Subraya la Sala).

Mas, de conformidad con el artículo 201 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, "para la designación de personal en los empleos que requieran grado profesional expedido por la Escuela Superior de Administración Pública", tales cargos *no podrán proveerse sino tomándolos de las listas de elegibles de que trata el artículo 200 ibídem.*

Está demostrado en el proceso que el actor se encuentra escalafonado en la carrera administrativa, lo que no sucede con relación a la señorita Gladys Alvarez Pinzón. Además, el cargo para el cual fue nombrada esta última y al que aspiraba el demandante es de carrera administrativa. También aparece demostrado que el cargo de Jefe de la Oficina de Planeación no existía en la Planta de Personal del Departamento Administrativo del Servicio Civil y que fue creado por el Decreto 1267 de 1974; de suerte que el concurso a que se ha hecho referencia se realizó para proveer un cargo nuevo.

¿Qué derechos otorgaba al demandante, con relación a ese cargo, su condición de empleado escalafonado en la carrera administrativa y el hecho de haber obtenido el primer puesto en el mencionado concurso y, por lo tanto, en la lista de elegibles?

Como ya se vio, el artículo 44 del Decreto 2400 de 1986, subrogado por el artículo 1o. del Decreto 3074 del mismo año, consagró en su favor, como empleado inscrito en el escalafón de la carrera administrativa, un derecho de prelación respecto de los otros servidores públicos y de las personas ajenas al servicio civil, para ascender a un empleo de carrera que se encuentre vacante, *pero de conformidad con las condiciones que se señalen en la reglamentación de los concursos para ascenso.*

Esa reglamentación se encuentra en el Decreto 1950 de 1973, el cual establece, de manera general, en el artículo 222, el derecho preferencial de los empleados escalafonados para ser *ascendidos a los empleos vacantes de la categoría inmediatamente superior,* y en sus artículos 225 y 226 ordena que para la provisión de cargos vacantes debe realizarse en primer lugar concurso para ascenso; solo podrá verificarse el abierto cuando la naturaleza del cargo lo exija, o cuando se hayan vencido las listas de elegibles para ascenso o cuando habiéndose efectuado el primero de tales concursos, ninguno de los participantes haya obtenido las calificaciones necesarias para ascender.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 222, 225 y 226 del Decreto 1950 de 1973, se pregunta: ¿Estaba obligado el Departamento Administrativo del Servicio Civil a realizar primero el concurso para ascenso, donde el demandante habría podido hacer valer su derecho a ser ascendido con prelación respecto de las personas no inscritas en la carrera administrativa?

Considera la Sala que además de los casos citados en los artículos 225 y 226 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, hay uno obvio, que hace viable el concurso abierto, y es cuando en la entidad no exista ninguna persona con derecho preferencial a ser ascendido al cargo que se ha de proveer.

No tenía el actor ese derecho preferencial y no está demostrado en el proceso que otros lo tuvieran. Y no lo tenía él por cuanto el cargo que se iba a pro-

veer no era inmediatamente superior al suyo o, dicho en otros términos, el empleo de Técnico en Administración de Personal I, grado 19, con $5.500 de sueldo básico, no era inmediatamente inferior al de Jefe de la Oficina de Planeación, VI, grado 31, con una asignación de $11.500 pesos mensuales. No solo se trataba de dependencias diferentes, sino que entre uno y otro empleo había varios de categoría superior al que desempeñaba el demandante (los de grado 21, 23, 25, 27 y 29, que figuran en la planta de personal de dicho organismo oficial).

En estas condiciones, no tenía objeto hacer un concurso para ascenso si nadie (y esto hace referencia a lo procesalmente existente) tenía derecho a ser ascendido en forma preferencial.

Realizado el concurso abierto, ¿cuáles eran los derechos del actor?

En ningún caso a que se aplicara en su favor lo dispuesto en el artículo 201 del Decreto Reglamentario 1950 porque él no estaba incluido en la lista de elegibles a que se refiere dicha disposición y los artículos 200 y 203 ibídem. Tampoco a que se diera aplicación en beneficio suyo a lo dispuesto en el artículo 227 del decreto reglamentario antes citado porque de ninguna manera existe entre el puesto que él desempeñaba y aquél que debía ser provisto ningún tipo de relación de las descritas en dicha norma.

En estas circunstancias, el actor participó en el concurso abierto en las mismas condiciones de los demás concursantes, escalafonados o no, y su derecho no podía prevenir sino de los resultados de aquél, que lo señalaron para ocupar el primer puesto en la lista de elegibles. Pero el artículo 210 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, al mismo tiempo que restringe, en ese caso, la facultad de la entidad nominadora para escoger a la persona que habrá de designar en el empleo vacante, le concede cierta libertad al respecto, pues no la obliga a nombrar al primero de la lista sino a uno entre los cinco primeros.

Y eso fue lo que hizo el Gobierno Nacional mediante el acto acusado que, por lo dicho, está ajustado a ley, y en armonía con ella dictó su fallo el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por lo cual habrá de ser confirmado.

Solo resta observar que la persona designada para el cargo de Jefe de la Oficina de Planeación VI-31, ocupaba en el Departamento Administrativo del Servicio Civil, el de Técnico en Planeación IV-25.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 16 de octubre de 1981.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 25 de marzo de 1983.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, (Ausente.), Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

CAPITULO II

SUSPENSIONES PROVISIONALES DE DECRETOS DEL GOBIERNO

RETENCION EN LA FUENTE. (Suspensión provisional). La ley sólo ha autorizado a la administración a hacer retención sobre salarios. No permite otros pagos laborales distintos de salarios.

SALARIO. Definición. Artículos 127 y 128 del C. S. del T. Qué no constituye salario.

ACTO ADMINISTRATIVO ANULADO O SUSPENDIDO. PROHIBICION DE REPRODUCIRLO. (Artículo 99 C.C.A.).

En forma expresa, la Ley 167 de 1941, o C.C.A., en su artículo 99 prohíbe la reproducción de actos administrativos suspendidos por los tribunales o por el Consejo de Estado si conserva la esencia de las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, a menos que con posterioridad a la sentencia hayan desaparecido en sus fundamentos legales de la anulación o suspensión.

Suspéndense provisionalmente las siguientes frases del artículo 2o. del Decreto 3819 de 1982.

Ordinal 2o.
A) "Y pagos constitutivos de salario en exceso de las prestaciones sociales mínimas a que se refiere al Código Sustantivo del Trabajo".
B) "Respecto de los pagos constitutivos de salario en exceso de las prestaciones sociales.

Ordinal 3o.
"Se toma la totalidad de los ingresos laborales gravables".

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Bogotá, febrero doce de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero sustanciador: **Dr. Enrique Low Murtra**

Demandante: **Héctor Gallego Osorio**

Referencia: Radicación No. 10.192. Nulidad y suspensión provisional del artículo 2o. del Decreto reglamentario 3819 de diciembre 30 de 1982 expedido por el Gobierno Nacional.

El ciudadano Héctor Gallego Osorio demanda la nulidad de algunas frases incorporadas en el artículo 2o. del Decreto reglamentario 3819 de diciembre 30 de 1982. Solicita igualmente la suspensión provisional de las normas acusadas.

Como la demanda reúne los requisitos de ley deberá admitirse como en efecto se hace en la parte resolutoria de esta providencia.

En relación con la suspensión provisional cabe, en primer término, transcribir los apartes más importantes de la demanda. Dice así el actor:

"...respetuosamente solicito de esa Honorable Corporación se declare la nulidad del Art. 2o. del Decreto Reglamentario 3819 de diciembre 30 de 1982, o en subsidio las siguientes frases del mencionado artículo en sus ordinales 2o. y 3o.:

"1. *ORDINAL 2o.*

"A) 'Y pagos constitutivos de salario en exceso de las prestaciones sociales mínimas a que se refiere el Código Sustantivo del Trabajo'.

"B) 'Respecto de los pagos constitutivos de salario en exceso de las prestaciones legales mínimas'.

"2. *ORDINAL 3o. - Literal A*

"Se toma la totalidad de los ingresos laborales gravables".

"1. *Hechos*

"Son hechos de la presente demanda los siguientes:

"1. La Ley 38 de 1969 en sus Artículos 1o. y 2o. dice textualmente:

"*Artículo 1o.:*

"Las personas naturales o jurídicas, las sociedades de hecho, las comunidades organizadas y las sucesiones ilíquidas que efectúen pagos o abonos en cuenta, en dinero o en especie, por concepto de *salarios* o dividendos, estarán obligadas a deducir y retener en dinero, a título de impuesto sobre la renta y complementarios, los porcentajes de dichos pagos o abonos que se señalen de acuerdo con el artículo siguiente". (Subraya el actor).

"*Artículo 2o.:*

El Gobierno determinará mediante Decreto *los porcentajes de retención* para el año gravable de 1970 y siguientes, tomando en cuenta la cuantía de los pagos o abonos y las tarifas del impuesto vigente, así como los cambios legislativos que tengan incidencia en dichas tarifas, con el objeto de conseguir en forma gradual que el impuesto se recaude en lo posible dentro del mismo ejercicio gravable en que se cause". (Subraya el actor).

"2. El Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades conferidas por los Arts. 120 de la Constitución Nacional y 2o. de la Ley 38/69, expidió en diciembre 18/75 el Decreto reglamentario 2800.

"3. Con fecha 27 de abril de 1978 la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4a., de esa Honorable Corporación, con ponencia del consejero Dr. Jorge Dávila Hernández, expediente No. 3712, declaró la nulidad de las siguientes frases contenidas en los Arts. 1o. y 2o. del Decreto reglamentario 2800/75:

"a. 'Todos los pagos gravables' del Art. 1o.

"b. 'Todas las cantidades gravables y no gravables' del Art. 2o., numeral 1o., literal B, párrafo 2o.

"c. 'Todas las cantidades gravables' del Art. 2o., numeral 1o., Literal B, Párrafo 3o.

"d. 'Todas las cantidades gravables y no gravables', Art. 2o., Numeral 2o., Literal A.

"e. 'Todas las cantidades gravables', Art. 2o., Literal A, Numeral 2o., Párrafo 2o.

"4. El Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades que le confieren los Arts. 120 de la Constitución Nacional y 2o. de la Ley 38/69, expidió el día 30 de diciembre de 1982 el Decreto reglamentario No. 3819, que en su Art. 2o. establece lo siguiente:

"*Artículo 2o.*

Las tablas de Retención en la Fuente previstas en el artículo anterior se aplicarán así:

"1. Para trabajadores con salario fijo y prestaciones sociales mínimas a que se refiere el Código Sustantivo del Trabajo, el "valor a retener" mensualmente, es el indicado frente al intervalo al cual corresponde su salario mensual.

"2. Para trabajadores con salario fijo *y pagos constitutivos de salario en exceso de las prestaciones sociales mínimas a que se refiere el Código Sustantivo del Trabajo*, el "valor a retener" mensualmente, es el indicado frente al intervalo al cual corresponde su salario mensual. *Respecto de los pagos constitutivos de salario en exceso de las prestaciones legales mínimas*, el valor a retener es el que resulte de aplicar al respectivo pago, el porcentaje de retención que aparece al frente del intervalo al cual corresponde su salario mensual.

"3. Para trabajadores con salario variable el "valor a retener" se obtendrá así:

"a) Se toma la totalidad de *los ingresos laborales gravables* recibidos del retenedor en los doce (12) meses inmediatamente anteriores a la fecha del cálculo o en los meses que corresponda si el trabajador laboró para el retenedor menos de doce (12) meses y se divide por doce (12), o por el número de meses laborados según el caso.

"Este cálculo se efectuará en los meses de enero y julio de cada año.

"b) El "valor a retener" mensualmente es el que resulte de aplicar al salario mensual recibido por el trabajador, el porcentaje de retención que

corresponde al intervalo que incluya el valor resultante del cálculo descrito en el literal anterior.

"Cuando el trabajador no hubiere laborado para el retenedor en el año inmediatamente anterior, la base para el cálculo a que se refiere el literal a) se hará por analogía con otros trabajadores que cumplan labores semejantes, hasta tanto pueda efectuarse el cálculo previsto en dicho literal. (Subraya el libelista).

"II. DISPOSICIONES VIOLADAS

"Señalo como violadas las siguientes normas de Derecho:

"1. Arts. 1o. y 2o. de la Ley 38/69, citados textualmente en el punto 1o. del capítulo "I" - Hechos.

"2. Art. 99 del CCA, que dice textualmente:

"*Artículo 99*

"Ningún acto administrativo anulado o suspendido por los tribunales o por el Consejo de Estado podrá ser reproducido por la corporación o el funcionario que lo dictó si conserva la esencia de las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, a menos que con posterioridad a la sentencia hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión".

"III. CONCEPTO DE LA VIOLACION

"1. Es claro y evidente que el Legislador estableció en la Ley 38/69, en sus Arts. 1o. y 2o. lo siguiente:

"1. Para las personas naturales y jurídicas las sociedades de hecho, las comunidades organizadas y las sucesiones ilíquidas, la obligación de retener a título de impuesto sobre la renta y complementarios, los porcentajes de retención señalados en el Art. 2o. de la misma Ley, sobre los pagos por concepto de "*salarios*" o "dividendos".

"2. En forma expresa el legislador autorizó al ejecutivo, para que mediante decreto: "Determinara los *porcentajes de retención* para el año gravable de 1970 y siguientes".

"Es decir, sin esfuerzo alguno se infiere que la competencia del Gobierno en desarrollo de la autorización concedida por el Art. 2o. de la Ley 38/69, se circunscribe única y exclusivamente a *determinar los porcentajes de retención*, teniendo en cuenta los siguientes factores:

"1. *La cuantía de los pagos o abonos*

"2. *Las tarifas del impuesto vigente*

"3. *Los cambios legislativos que tengan incidencia en dichas tarifas.*

"Extender la retención en la fuente a otros pagos, o ingresos laborales gravables, so pretexto de reglamentar la norma, constituye un exceso en la potestad reglamentaria que viola no solamente el ordinal 3o. del Art. 120, sino

también el Art. 20 de la Constitución Nacional, por extralimitación de funciones.

"2. El numeral 3 del Art. 120 de la Constitución señala al presidente de la República con facultad constitucional propia en su carácter de suprema autoridad administrativa la de "ejercer la potestad reglamentaria", que en ningún caso lo faculta para exceder el sentido o alcance de la Ley que se trata de reglamentar.

"3. En forma expresa, la Ley 167/41, o CCA, en su Art. 99 prohíbe la reproducción de actos administrativos suspendidos por los tribunales o por el Consejo de Estado si conserva la esencia de las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, a menos que con posterioridad a la sentencia haya desaparecido en sus fundamentos legales de la anulación o suspensión.

"Así las cosas, si esa Honorable Corporación, mediante sentencia de fecha 27 de abril de 1978, expediente 3712, con ponencia del consejero Dr. Jorge Dávila Hernández, decretó la nulidad de las frases contenidas en el Dec. Reg. 2800/75, se viola en forma ostensible el precepto contenido en el Art. 99 CCA al reproducir textos que conserven la esencia de las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, sin que posteriormente a la sentencia hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión.

"De lo anteriormente expuesto, se infiere la ostensible violación de los preceptos legales y constitucionales por parte del reglamento, tanto al pretender extender la retención en la fuente o pagos diferentes a "salarios", extendiéndolo a otros "ingresos laborales gravables"; como por el hecho de reproducir disposiciones anuladas con anterioridad por esa Honorable Corporación.

IV. SUSPENSION PROVISIONAL

"En razón a cumplirse los presupuestos establecidos en el Art. 94 del CCA, y ser manifiesta la violación de la norma superior de derecho por parte del reglamento, respetuosamente solicito que antes de dictarse el auto admisorio de la demanda se decrete la suspensión provisional de la norma acusada".

Consideraciones:

No solo es flagrante la contradicción entre la norma acusada y la que se dice contrariada. Existe además un desconocimiento injustificado, por parte de la administración, de la sentencia del 27 de abril de 1978 de esta misma Sala.

La ley solo ha autorizado a la administración a hacer retención sobre *salarios*. No permite que la retención cubra otros pagos laborales distintos de salarios. Fue por eso que el Consejo dijo en la célebre sentencia a que hace referencia el actor:

"el señor Agente del Ministerio Público, doctor Jorge Dangond Flores, en su concepto de fondo, expresa:

"A juicio de la Fiscalía, no hay motivo alguno para pensar que la Ley 38 de 1969 se refiere a una definición de salario diferente a la que traen los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo. La Ley 38 no hace distinción

alguna pues simplemente, y en términos muy generales, habla de pagos por concepto de salarios y por otra parte, cabe anotar que la naturaleza del vocablo "salario" no cambia el hecho de que el Decreto 2053 de 1974 considere, para efectos tributarios, los pagos hechos por tal concepto.

"Además, no parece que el artículo 72 del Decreto 2053 de 1974 consagre implícitamente una definición de salario diferente a la que estatuyen los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo. Por el contrario, si hay, tácitamente, alguna definición, no es otra que la del Código Laboral. En efecto, "las rentas de los trabajadores" que el artículo 72 del Decreto 2053 de 1974 señala como exentas son precisamente aquellas prestaciones sociales que, según el Código Laboral, no constituyen salario, tales como las indemnizaciones por accidente de trabajo o enfermedad, los gastos de entierro, el auxilio de cesantía, las pensiones de jubilación o invalidez, el seguro por muerte, la prima de servicios de los trabajadores particulares y la de navidad del sector público, las vacaciones, el subsidio familiar, los viáticos extraordinarios, los gastos de representación, etc.

"De acuerdo con lo anterior, cuando la ley autoriza la retención sobre "salarios" no debe tomarse como base para aplicar los porcentajes correspondientes a los pagos "no gravables" pues los primeros forman parte de las prestaciones arriba indicadas y, en lo tocante a los segundos, hay algunos que sí constituyen salarios y otros que no encajan dentro de aquella noción, tales como las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del patrono: en síntesis, la base para aplicar las tarifas debe formarse siempre con las que, de conformidad con el Código Laboral, constituyen salarios.

"Por lo expuesto, la Fiscalía conceptúa que en los artículos acusados se aprecia una extralimitación de la potestad reglamentaria y, por lo mismo, la Corporación debe declararlos nulos".

En cierta medida lo que ha hecho la norma acusada es reproducir normas declaradas como nulas por la sentencia referida sin que la Ley 38 de 1969 haya sido modificada en ese aspecto. Es interesante observar cómo el Decreto Legislativo 3803 de 1982 al referirse a la retención en la fuente no contempla los trabajadores dependientes. En efecto, el artículo 62 establece retención de algunas rentas de capital como intereses, descuentos, beneficios, ganancias, utilidades etc. El artículo 63 habla de la retención en la fuente sobre los beneficiarios de UPAC, el artículo 64 habla de la retención en la fuente sobre participaciones en sociedades de responsabilidad limitada o asimiladas.

Por lo tanto es claro que la suspensión provisional impetrada por el actor está llamada a prosperar.

Por lo expuesto el suscrito conductor del proceso resuelve:

1. Admítese la demanda.
2. Notifíquese al fiscal.
3. Comuníquese al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.
4. Fíjese en lista por el término legal.

5. Suspéndense provisionalmente las siguientes frases del artículo 2o. del Decreto 3819 de 1982.

Ordinal 2o.

A) "Y pagos constitutivos de salario en exceso de las prestaciones sociales mínimas a que se refiere el Código Sustantivo del Trabajo".

B) "Respecto de los pagos constitutivos de salario en exceso de las prestaciones sociales.

Ordinal 3o.

"Se toma la totalidad de los ingresos laborales gravables".

Reconócese personería al doctor Héctor Gallego para que actúe como parte actora en este proceso.

Notifíquese y cúmplase.

Enrique Low Murtra.

Jorge A. Torrado Torrado. Secretario.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA. AUDITAJE FORZOSO A LAS ENTIDADES SUJETAS A SU VIGILANCIA. (Suspensión provisional).

Con relación al artículo 120 numeral 15 de la Constitución Nacional es claro el hecho de que someter a las entidades sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria a un auditaje forzoso por parte de Empresas Comerciales diferentes al Estado cuando es éste a través de sus funcionarios y de su propia organización administrativa, quien debe ejercer las funciones de inspección correspondientes; contraría abiertamente el sentido y el texto de la norma constitucional y por lo tanto lo previsto en los artículos acusados da lugar a estimar en forma objetiva que se viola flagrantemente el numeral 15 del artículo 120 de la Carta.

Decrétese la Suspensión Provisional de los artículos 1o., 2o. y 4o. del Decreto 2786 de septiembre 24 de 1982.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Bogotá, D.E. marzo primero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Actor: **David Luna Bisbal**

Referencia: Expediente No. 10.077

Por hallarse ajustada a la Ley habrá de admitirse la demanda instaurada ante esta Corporación, en ejercicio de la acción pública de nulidad, por el ciudadano abogado David Luna Bisbal para obtener la nulidad de los artículos 1o., 2o. y 4o. del Decreto 2786 de septiembre 24 de 1982.

Pero como el demandante solicita simultáneamente la suspensión provisional de las normas acusadas es necesario entrar a considerar y resolver sobre lo pedido, lo que se procede a hacer en la siguiente forma:

El texto de las normas acusadas es el siguiente;

"Artículo 1o. A partir del 1o. de enero de 1983, todas las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, excepto las urbanizadoras y constructoras, deberán utilizar de manera permanente los servicios de firmas de auditoría externa contratadas por la Superintendencia Bancaria, para el mejor cumplimiento de las funciones de ésta, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 del presente decreto.

"Artículo 2o. La auditoría externa a que se someten las entidades de que trata el artículo anterior, además de efectuarse conforme a las normas de auditoría generalmente aceptadas, estará sujeta a las reglas generales que dicte el Superintendente Bancario.

"Artículo 4o. La Superintendencia Bancaria cobrará a las entidades auditadas los gastos que demanden los servicios previstos por el artículo 3 del presente decreto. Los contrarios a que el mismo se refiere se someterán a las disposiciones legales vigentes".

El actor en su demanda considera que los artículos transcritos violan en forma ostensible los artículos 20, 63, 76 ordinal 9o. y 120 ordinal 15 de la Constitución Nacional, para cada uno de los cuales elabora un concepto de violación en la siguiente forma:

"PRIMER CARGO: VIOLACION DEL ARTICULO 20 DE LA CONSTITUCION NACIONAL

.....

"Establece este precepto el principio de la competencia de los funcionarios públicos. Los particulares, pueden realizar todo aquello que expresamente no les está prohibido, en cambio, los funcionarios públicos cuando obran en condición de tales no deben, ni pueden hacer sino aquello que expresamente se les indica. Si sobrepasan el ejercicio de sus funciones, incurren en extralimitación y si se abstienen de obrar incurren en omisión, y en ambos casos deben responder tanto administrativa como penalmente.

"Las disposiciones acusadas están asimilando los ciudadanos particulares a los funcionarios públicos y les están asignando funciones propias de estos últimos a los primeros. Es decir, que "firmas de auditoría externa", ni siquiera personas naturales, están siendo revestidas de funciones propias de determinados funcionarios públicos, en el caso presente la Superintendencia Bancaria".

"Se rompe a nuestro juicio el principio de la competencia consagrado en el artículo 20 y se abre la posibilidad de encomendarle a otras "firmas", es decir a

empresas con ánimo de lucro, como lo son las "firmas de auditoría externa", que dicho sea de paso en su mayoría son extranjeras, el desempeño o el ejercicio de funciones encomendadas a funcionarios públicos colombianos debidamente posesionados.

"¿A quién haría responsables desde el punto de vista penal y administrativo, la extralimitación o la omisión de estas firmas en sus labores de inspección y vigilancia a las entidades financieras? ¿A la Nación o a las sociedades contratadas?".

"SEGUNDO CARGO: VIOLACION DEL ARTICULO 63 DE LA CONSTITUCION NACIONAL

.....

"Complementa este artículo lo preceptuado sobre competencia en el artículo 20 de la misma Carta. No hay empleos públicos ad-hoc y es terminante la norma al exigir "Funciones Detalladas". ¿Cuáles son las funciones públicas detalladas en la ley que deben cumplir "las firmas de auditoría externa" que obran frente a las entidades financieras en la misma forma en que lo hacen ante una firma comercial cualquiera, incurriendo posiblemente en situaciones de incompatibilidad e intereses encontrados? A nuestro juicio, las disposiciones acusadas violan ostensiblemente este precepto de orden superior".

"TERCER CARGO: VIOLACION DEL ARTICULO 76. ORDINAL 9o.

.....

"La competencia para determinar la estructura administrativa nacional mediante la "creación de Ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos" corresponde al Congreso.

"Las Superintendencias, son organismos adscritos a un ministerio o unidades administrativas que cumplen funciones que corresponden al Presidente de la República y es a ellas a quienes se le ha asignado la inspección y vigilancia, por tanto mal puede darse mediante contrato a firmas o empresas particulares, cuyo costo deben asumir los administrados o sujetos pasivos de la vigilancia".

"CUARTO CARGO: VIOLACION DEL ARTICULO 120, ORDINAL 15

.....

"Tal como quedó anotado en el punto anterior, la "Inspección Necesaria" y la vigilancia sobre los establecimientos de crédito y sobre las entidades que manejan el ahorro privado, corresponde al Presidente de la República y por mandato de la Ley 45 de 1923, se creó la Superintendencia Bancaria para que en forma directa prestara ese servicio o cumpliera esa función a través de sus funcionarios, que son funcionarios públicos y no mediante contratos pagados por los propios sujetos pasivos de la vigilancia con empresas comerciales, en las cuales posiblemente algunas de esas entidades tengan intereses económicos o en otros casos se trate simplemente de firmas multinacionales de auditorías.

"Las razones brevemente expuestas nos indican que los artículos 1, 2 y 4 del referido Decreto No. 2786 del 24 de septiembre pasado, contrarían lo preceptuado en los artículos indicados de nuestra Constitución Política y por lo tanto deben ser declarados nulos".

Para el primero, segundo y tercer cargos es necesario aplicar un proceso deductivo y de interpretación para concluir como lo hace el demandante, que se ha incurrido en la violación alegada, lo que no da base para que se pueda aplicar la medida cautelar de la suspensión provisional, que no tolera procesos mentales deductivos o de interpretación sino que exige una aparente y clara violación objetiva de la norma que se dice desconocida.

Pero en cambio con relación al artículo 120 numeral 15 de la Constitución Nacional es claro el hecho de que someter a las entidades sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria a un auditaje forzoso por parte de empresas comerciales diferentes al Estado cuando es éste a través de sus funcionarios y de su propia organización administrativa, quien debe ejercer las funciones de inspección correspondientes, contraría abiertamente el sentido y el texto de la norma constitucional y por lo tanto lo previsto en los artículos acusados da lugar a estimar en forma objetiva que se viola flagrantemente el numeral 15 del artículo 120 de la Carta.

En consecuencia se resuelve:

1. Admítese la demanda de nulidad instaurada por el doctor David Luna Bisbal, contra los artículos 1o., 2o. y 4o. del Decreto 2786 de septiembre 24 de 1982.

2. Notifíquese al señor Agente del Ministerio Público.

3. Comuníquese al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

4. Fíjese en lista por el término de cinco (5) días, para que el Ministerio Público, el demandante o las personas que quieran coadyuvar o impugnar la acción puedan solicitar la práctica de pruebas y hacer valer los demás derechos que la Ley les otorga.

5. Decrétase la suspensión provisional de los artículos 1o., 2o y 4o. del Decreto 2786 de septiembre 24 de 1982.

Cópiese y notifíquese.

Bernardo Ortiz Amaya

Jorge A. Torrado. Secretario.

CAPITULO III

RESOLUCIONES MINISTERIALES Y OTROS ACTOS DE LOS MINISTROS

POLIZAS DE SEGUROS. PLEITO PENDIENTE. El hecho de tener un pleito pendiente una aseguradora cualquiera con un Ministerio, no conducirá a la denegación de la aprobación de la póliza, porque el incumplimiento debe ser establecido por los jueces ante quien se ha llevado la controversia existente entre la agencia gubernamental y la aseguradora.

ACCION DE NULIDAD CONTRA ACTOS PARTICULARES. Procedencia. Siempre y cuando el demandante busca únicamente con la acción de restablecimiento abstracto del ordenamiento jurídico quebrantado por el acto acusado.

ACTO ADMINISTRATIVO VERBAL U ORAL. Al respecto no existe ninguna.

ACTO ADMINISTRATIVO. ELEMENTOS DE SU EXISTENCIA.

1) Decisión de la administración, y
2) Que ella produzca efectos de derecho.

FUNCION ADMINISTRATIVA. Derecho.

DERECHO DE PETICION. Artículo 45 C.N.

DERECHO DE DEFENSA. Artículo 26 C.N. 109 a 112 C.C.A. y 92 del C.P.C.

DERECHO DE ACCIONAR O DE EXCEPCIONAR. En virtud del derecho legítimo de accionar o de excepcionar ante los jueces se crea una situación de pleito pendiente. La ley puede tener en consideración esta situación para condicionar o subordinar ciertos actos de las personas, pero jamás puede hacerlo autoridad distinta del legislador y ello siempre y cuando implique la negación o menoscabo de un derecho consagrado en nuestra carta fundamental.

Declárase nula la decisión de carácter general tomado por el Asesor Jurídico del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, según la cual se deniega la aprobación de Pólizas de Seguro, otorgadas por Compañías Aseguradoras, que tengan pleito pendiente con el Ministerio, y cuya existencia y vigencia actual se deduce de las comunicaciones No. 1628 de 13 de agosto y MJ-1830 de 11 de septiembre de 1981 dirigidas al Dr. Carlos Galindo Pinilla por asesora jurídica del Ministerio de Obras Públicas, doctora Carmen Elvira Reyes R.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Bogotá, D.E. quince de febrero de mil novecientos ochenta y tres.

Consejero ponente: **Dr. Jacobo Pérez Escobar**

Actor: **Alberto Osorio Arrieta**

Expediente No. 3.762

El doctor Alberto Osorio Arrieta, en ejercicio de la acción contencioso administrativa consagrada en el artículo 66 del C.C.A., ha demandado ante esta Corporación la declaratoria de nulidad "de la regla, norma o precepto general, originario del Ministerio de Obras Públicas, conforme al cual esa agencia pública deniega la aprobación de Pólizas de Seguros otorgadas por Compañías aseguradoras que tengan pleito pendiente con ese Ministerio. La existencia de dicha norma y su actual vigencia, consta en las comunicaciones Nos. 1628 de agosto 13 de 1981 y MJ-1830 de septiembre 11 de 1981, dirigidas al doctor Carlos Galindo Pinilla por la asesora jurídica del Ministerio de Obras Públicas, doctora Carmen Elvira Reyes R.". Dicho oficios son del siguiente tenor:

"MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE

"Bogotá, D.E. 13 Ago. 1981 1628

"Señor doctor

"Carlos Galindo Pinilla

"Carrera 7a. No. 32-33 Of. 1304
"Bogotá

"REF: Su CGP-1018 de 11 de agosto de 1981

"Distinguido doctor;

"Me refiero a sus peticiones contenidas en el escrito de la Referencia.

"Al respecto me permito informarle que la 'Oficina Jurídica', a que se refiere en su libelo, no existe en la organización administrativa del Ministerio.

"Como dentro de mis funciones de Asesora Jurídica del Despacho del señor Ministro, está la de atender peticiones, a ello me dispongo gentilmente, a pesar de que el Derecho de Petición, desde la norma fundamental que lo consagra en la Constitución Nacional hasta las demás normas que lo reglamentan y que usted cita, lo reconoce y edifica sobre la base de que las peticiones sean respetuosas, calificativo que no encuentro muy aplicable a su escrito, sin embargo estimo que es cuestión de estilo y no propiamente de irrespeto.

"Por medio de la Resolución No. 12008 del 1o. de diciembre de 1980 el señor Ministro de Obras Públicas y Transporte delegó en el Asesor Jurídico del Ministerio la facultad de aprobar o improbar las garantías de seguros a que hace relación el Artículo Unico de dicha Resolución.

"Como usted bien puede apreciar, es en ejercicio de tal facultad en mí delegada en que he estado actuando en el asunto a que usted se refiere y en los demás que su escrito denomina 'práctica generalizada de ese Despacho'.

"Es para mí como persona, como profesional y como funcionaria, un deber moral y jurídico no aceptar pólizas de compañías que demostrando carencia

de la seriedad que se supone deben tener las aseguradoras, han incumplido sus compromisos contractuales como garantías. Todo ciudadano debería sentirse orgulloso de que la administración convierta en práctica generalizada el cumplimiento de sus obligaciones morales y legales.

"Con lo anterior quedan resueltas las peticiones contenidas en su escrito para lo cual procedo dentro de los términos legales, como es mi costumbre, sin necesidad de que los peticionarios deban acudir a acciones diferentes como las que usted anuncia.

"Con toda atención,

"Carmen Elvira Reyes Rodríguez
"Asesora Jurídica".

"MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE

"Bogotá, D.E. 11 Set. 1981 1830

"Señor doctor

"Carlos Galindo Pinilla

"Carrera 7a. No. 32-33 Of. 1304

"Bogotá, D.E.

"Ref.: Su escrito del 21 de agosto
de 1981

"En relación con su respetuosa solicitud de la referencia me permito manifestarle lo siguiente:

"Efectivamente ha entendido usted muy bien al tenor del oficio 1628 del 13 de agosto del presente año en cuanto para la aprobación, activación, etc., de Pólizas de Seguros se tiene en cuenta el incumplimiento (o cumplimiento) por las Compañías Aseguradoras de sus compromisos como garantes. Esa es la regla de lógica que aquí se practica.

"Queda así definido plenamente el punto que a usted inquieta, pero para que tenga más claridad al respecto, me permito explicarle lo siguiente: El contenido del telegrama No. 890 del 19 de septiembre de 1980 de ninguna manera 'obedece a una regla diferente', ni a 'regla de excepción' pues si usted repara con más atención, hallará necesariamente que cuando el texto del telegrama señala 'favor acercarse activar póliza Nro. 22755 por cuanto Aseguradora tiene pleito pendiente con este Ministerio, allí está insita, por lógica la indicación de un incumplimiento por la Aseguradora de sus obligaciones como garante, pues ¿a qué puede entonces deberse la existencia de ese pleito pendiente?

"El pleito pendiente, tratándose de este Ministerio, es resultado del incumplimiento del garante y está definido en Resoluciones administrativas ejecutoriadas.

"No hay pues imperio de dos reglas, sino de una sola a la cual el telegrama y el oficio referidos obedecen, y extraña que en este su último escrito pregunte usted si la decisión contenida en el telegrama fue excepcional, siendo que usted mismo, en su primer escrito (el de agosto 11/81), literal b), señala que tiene informaciones de que lo expresado en ese telegrama 'se ha convertido en práctica generalizada de ese Despacho'.

"Con lo anterior creo haber dado respuesta definida a su petición. Cualquier otra información adicional que usted necesite se le dará con el mayor gusto cuando usted lo solicite.

"Atentamente,

"Carmen Elvira Reyes R.

"Asesora Jurídica".

I. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

El demandante señala como normas violadas por el acto administrativo impugnado los artículos 26 y 45 de la C. N.: 8o. y 10o. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 66, 67 y 109 del C.C.A., 567 del C. de P.C.; 16 y 17 de la C.M. y 5o. de la Ley 105 de 1927.

En cuanto al concepto de la violación se expresa, en síntesis, lo siguiente:

a) "Una vez que la doctrina procesal moderna elaboró el concepto actual de la acción y de la excepción acogidos hoy por la mayor parte de las legislaciones del mundo, entre ellas la nuestra, se advierte con toda claridad cómo la acción y la excepción no son sino manifestaciones específicas del derecho fundamental de petición, reconocido expresamente en las Constituciones políticas como garantía inalienable de toda persona natural o jurídica, a partir del Bill of Rights de 1689 y refrendado como tal en las Declaraciones Internacionales antes citadas, que se proclamaron después de la Segunda Guerra Mundial".

Las normas legales que regulan y reglamentan la acción, que se distingue conceptualmente del derecho sustancial y la pretensión, no son sino desarrollos normativos de la garantía o derecho fundamental de petición, como atributo intrínseco de la personalidad.

Citando a Couture dice que "la excepción es en cierto modo la acción del demandado", o sea "el poder jurídico del demandado de oponerse a la pretensión que el actor ha aducido ante los órganos de la jurisdicción". Por consiguiente, agrega el demandante, el "demandado también dispone de la facultad de requerir la actividad judicial para el examen de los medios de defensa que, a su vez, aduce". "Es tal la trascendencia política de esta facultad del demandado para requerir la actividad del órgano jurisdiccional y la correspondiente obligación de éste de actuar que las constituciones políticas, como la nuestra, la elevan a la categoría de derecho o garantía fundamental, en cuanto prescriben que nadie puede ser juzgado sin haber sido oído y vencido en juicio" (Art. 26 C.N.).

"El Código Contencioso Administrativo regula el derecho de acción cuando en los artículos 66 y 67 dice que cualquier persona puede requerir la actividad de la jurisdicción especial para obtener la anulación de actos de la Administración, ya sea porque los considere lesivos del ordenamiento jurídico general o porque estime que lesionan injustamente su derecho. Basta, pues, con esa propia estimación para que pueda reclamarse con toda legitimidad la actuación jurisdiccional.

"De igual manera el mismo Código en desarrollo del artículo 26 de la Carta, prevé la posibilidad de que quien ha sido demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo pueda proponer las excepciones que se opongan a lo sustancial de la pretensión (artículo 109 C.C.A.), sobre las cuales deberá pronunciarse el Juez en la sentencia definitiva (artículo 111 C.C.A.).

"El artículo 567 del Código de Procedimiento Civil prevé que en los procesos para el cobro de deudas fiscales o sea a favor de las entidades públicas, el demandado pueda proponer excepciones de las cuales conocerán los órganos de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Como se trata del ejercicio de un poder legítimo, derivado de una garantía fundamental de la Constitución, la ley no lo condiciona, ni podría hacerlo y tampoco señala ningún tipo de repercusión dañosa por el uso de esa facultad".

Dice el demandante que "bien sea por razón del ejercicio de la acción contencioso administrativa, o bien por la proposición de excepciones en los juicios por jurisdicción coactiva, los particulares pueden verse abocados a crear una situación de pleito pendiente con la administración pública, situación que para el caso de autos y en relación con las Compañías de Seguros es causal suficiente para el rechazo o la improbación de las garantías ofrecidas al Ministerio de Obras Públicas, al tenor de la regla que es objeto de la pretensión de nulidad formulada en esta demanda.

"Esta regla le plantea a las Compañías una situación dilemática: Si quieren continuar desarrollando su actividad aseguradora ante el Ministerio de Obras Públicas deben renunciar a ejercer su derecho de acción, y al de oponer excepciones en la vía de la jurisdicción coactiva, así estime quebrantado su derecho sustancial. Esto significa que un derecho fundamental de las personas consagrado en la Constitución Colombiana, en el Derecho Internacional, en las leyes del país, ha sido coartado, cercenado o mutilado por un precepto de ínfima categoría reglamentaria para cuya expedición ni siquiera se tuvo el coraje de revestirlo de la forma escrita".

b) En relación con la violación de los artículos 16 y 17 de la C.N. y 5o. de la Ley 105 de 1927 expresa el actor que en Colombia los seguros son una actividad lícita que desarrolla y realiza primordialmente la iniciativa privada a través de sociedades que, una vez cumplidos los requisitos legales de constitución y de funcionamiento, adquieren el derecho de actuar en ese campo dentro del cauce y bajo las condiciones y requisitos que la misma ley y los reglamentos señalan. Este derecho, que es una proyección del principio de la libre empresa consagrado en el artículo 32 de la Constitución y de la libertad de trabajo estatuida en el artículo 17, debe ser garantizado por el Estado y en manera alguna vulnerado o lesionado por actos del poder público, como ocurre con la regla impugnada expedida por el Ministerio de Obras Públicas. Si la existen-

cia de un pleito pendiente entre la sociedad aseguradora y el Ministerio es causal suficiente para no aprobar las pólizas o garantías que ésta ofrezca a esa misma dependencia, ello implica que para preservar sus oportunidades de prestar ese servicio se vea forzada a no crear tal situación mediante la renuncia de su derecho de acción o de su derecho de defensa. Pero también puede suceder que la sociedad aseguradora resuelva invocar la tutela jurisdiccional de su derecho, caso en el cual en adelante no podrá ejercer su función aseguradora ante el Ministerio de Obras Públicas, no obstante la vigencia de una autorización o permiso del Superintendente Bancario y a pesar de la suficiencia misma de la garantía y de la conformidad con las regulaciones específicas sobre la materia, tales como aprobación de las Pólizas Generales o Pólizas Modelo por la Contraloría General de la República. De esta manera resulta que el Estado en lugar de proteger la libertad y el derecho de trabajar, lo entorpece y vulnera incurriendo en la violación de las normas antes citadas.

c) La disposición impugnada trata de confundir o equiparar el incumplimiento con la situación de pleito pendiente para darle un tratamiento igual. En un estado de derecho no son los contendientes quienes determinan recíprocamente el incumplimiento del otro, sino los jueces de la República, y de esta regla no se escapa ni el Estado mismo, con una sola excepción, la caducidad del contrato o de la aplicación de sanciones, revocatoria de permisos y otras disposiciones análogas, pero ocurre que estos hechos son susceptibles del examen judicial por la vía de la acción contencioso administrativa, de manera que será en última instancia la justicia la encargada de determinar en definitiva y con autoridad de cosa juzgada, si hubo incumplimiento o no. Por esta razón la calificación de incumplimiento que haga la administración por acto suyo no puede adoptarse como fundamento para deducirle al interesado efectos perjudiciales mientras no medie una decisión judicial o hayan precluido las oportunidades de accionar y de excepcionar que, como se ha visto, dan lugar precisamente a la situación de pleito pendiente de que trata también la regla impugnada.

En su alegato de conclusión el demandante, por conducto de apoderado, se remite a las razones antes expuestas y a las que adujo en la sustentación del recurso de súplica que interpuso contra la providencia del Magistrado Ponente que no accedió a decretar la suspensión provisional del acto administrativo acusado.

II. ALEGATO DE LA PARTE IMPUGNADORA

Durante el proceso se hizo presente y fue admitido como impugnador el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, el que, por conducto de apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda expresando, en resumen, lo siguiente:

"Si en gracia de discusión se aceptara que la decisión acusada constituye un acto administrativo general y por consiguiente sujeto a la acción pública de nulidad consagrada en el C.C.A., tal acto no es violatorio de ningún precepto legal de nuestro ordenamiento jurídico y en consecuencia no podría ser anulado por ninguna autoridad oficial".

"No hay, no puede haber, violación del artículo 26 de la C.N., porque la decisión administrativa que hoy se ataca, no está juzgando a nadie, sencillamente el funcionario (Asesor Jurídico del Ministerio) está cumpliendo con su obligación de estudiar, analizar, aprobar, o no aprobar las pólizas de seguros que son puestas a su consideración y dentro de ese procedimiento se encuentra el de valorar si la garantía ofrece la seriedad suficiente para que el bien del Estado quede verdaderamente protegido...".

"El Ministerio de Obras Públicas y Transporte, como cualquiera otra persona natural o jurídica, tiene plena libertad de aceptar o no aceptar seguros a su favor, sin que tenga la obligación de hacerlo con determinada aseguradora, pues son numerosas las entidades que pueden otorgar garantías y dentro de ellas dicho Ministerio puede acoger las que tengan mayor seriedad en el cumplimiento de sus obligaciones como garantes para que los intereses nacionales queden verdaderamente protegidos".

"Tampoco se ha violado el artículo 45 de la C.N. pues esta norma nada tiene que ver con el problema debatido. Ese artículo se refiere al derecho de petición y su contenido ha sido respetado en su integridad y la conducta de la Asesoría Jurídica no ha sido en ningún momento contra ella".

"No puede argumentarse la violación de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre normas 8 y 10, porque la decisión de la administración no ha privado a ninguna compañía aseguradora de hacer uso de los recursos ante los Tribunales, ni ha interrumpido en manera alguna sus derechos de accionar o excepcionar, o de ser oídas públicamente y con justicia".

"En relación con el artículo 66 del C.C.A., tampoco se ha violado en ninguna de sus partes, pues las personas aseguradoras están en su pleno derecho de accionar o de excepcionar, o mejor de usar los servicios jurisdiccionales si creen que sus derechos han sido vulnerados".

"Las mismas argumentaciones anteriores sirven para demostrar también que no ha existido violación de los artículos 67 y 109 del C.C.A. y 567 del C. de P.C.

"Se argumenta que el acto acusado viola también los artículos 16 y 17 de la C.N., pero en verdad tal situación no ha ocurrido, por el contrario lo que está sucediendo es el respeto y aplicación total de su contenido jurídico".

Termina el Ministerio de Obras Públicas y Transporte proponiendo la excepción de inepta demanda con fundamento en los siguientes hechos:

"1o. La acción interpretada (sic) es la conocida como 'acción pública de nulidad' y en el caso debatido no hay el acto administrativo general, impersonal, abstracto y objetivo que sería propio de tal procedimiento".

"2o. Los documentos que se citan contemplan diversos temas y aspectos, pero el actor no delimitó expresamente contra cuáles dirige la acción. Al respecto es conveniente observar lo dicho por la H. Corporación al resolver el recurso de súplica interpuesto contra la decisión que negó la suspensión provisional. Esta argumentación se encuentra en los folios 5o. y 6o. de la providencia aludida y por lo tanto me remito a ella, sin necesidad de transcripción especial".

III. CONCEPTO DEL FISCAL

El señor Fiscal Primero de la Corporación en su concepto de fondo solicita a esta Sala que acceda a las súplicas de la demanda por estimar que le asiste la razón al actor. Como apoyo de su opinión transcribe apartes del salvamento de voto hecho por el Consejero doctor Mario Enrique Pérez V. cuando la Sala de Decisión desestimó, confirmando la providencia del Magistrado Ponente, la petición de suspensión provisional de la norma acusada.

Agrega el señor Agente del Ministerio Público "que por no estar contenida tal conducta (la del funcionario del Ministerio de Obras Públicas) en norma o disposición legal de carácter positivo, también se está ante una transgresión del artículo 20 de la Carta, pues las autoridades y funcionarios públicos sólo pueden hacer o realizar aquéllo para lo cual la norma jurídica se lo permite u ordena".

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Habiéndose ejecutoriado el auto de citación para sentencia y no hallándose causal que invalide lo actuado en el presente juicio, se procede a decidirlo previas las siguientes consideraciones:

A. LA EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA

La parte impugnadora ha propuesto, como ya se vio, la excepción de inepta demanda con fundamento en dos hechos, a saber:

1. Que la acción incoada es la de simple nulidad y en el caso debatido no hay el acto administrativo general, impersonal, abstracto y objetivo que sería propio de tal procedimiento.

En primer lugar estima la Sala que la acción de simple nulidad, conforme a doctrina reiterada de esta Corporación, no sólo es procedente contra los actos administrativos generales, impersonales o abstractos, sino que también ella cabe contra los actos administrativos creadores de situaciones jurídicas individuales o concretas, cuando el demandante busca únicamente con la acción el restablecimiento abstracto del ordenamiento jurídico quebrantado por el acto acusado.

Pero por otra parte se tiene que sí es un acto administrativo general, impersonal, abstracto y objetivo el impugnado por el demandante. Sobre el particular expresó la Sala Unitaria del Ponente en el auto admisorio de la demanda lo siguiente, que la Sala ahora acoge:

"Los Oficios anteriores son apenas la prueba sobre la existencia y vigencia de una decisión administrativa de carácter general, por cuanto ella se aplica en todos los casos en que una compañía aseguradora tenga pleito pendiente con el Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Cabe, entonces, establecer si en nuestro sistema jurídico los actos administrativos no solo pueden ser escritos sino también orales. Al respecto no existe ninguna norma general que condicione la existencia y validez de los actos administrativos, ya sean individuales o generales, a la formalidad de un escrito.

"Siendo el acto administrativo la expresión de voluntad de la administración pra producir efectos jurídicos, no cabe la menor duda para esta Sala Unitaria que, no siendo de la esencia del acto la forma de su expresión, puede ser escrito o verbal. Esta misma idea ha sido expuesta por la doctrina tanto extranjera como nacional. Así encontramos que el autor mejicano Gabino Fraga afirma lo siguiente:

"La forma del acto administrativo, aunque puede ser oral, o consistente en actos materiales, normalmente es la forma escrita y llega a ser hasta una garantía constitucional cuando el acto indica privación o afectación de un derecho o imposición de una obligación' (Derecho Administrativo, Ed. 2a., Editorial Porrúa, Méjico, 1968, pág. 299).

"Entre nosotros el ex-consejero de Estado, Gabriel Rojas Arbeláez nos dice lo siguiente:

"El acto administrativo se conoce también con las distinciones de *acto escrito* y de *acto verbal*. No toda expresión de voluntad administrativa está sometida rigurosamente a la norma escrita. Hay manifestaciones de voluntad del Estado que deben ser expedidas verbalmente, y que, sin embargo, no pierden su calidad de decisiones ejecutoriadas. Sobre todo en la actividad policiva puede presentarse la necesidad de expedir actos de esta índole. La calidad de *verbal* de un acto no impide su acusación, siempre y cuando resulte clara la voluntad expresada y sea también clara la afectación de la situación jurídica subjetiva o de la situación jurídica general' (El Espíritu del Derecho Administrativo, Ed. Temis, Bogotá, 1972, pág. 127).

"A su turno la jurisprudencia del Consejo de Estado ha expresado lo siguiente:

"Así, pues, para que exista el acto administrativo se requieren solamente estos requisitos: que haya una decisión de la administración, y que ella produzca efectos de derecho. No es indispensable que el acto aparezca escrito. Esa formalidad se exige para los ordenamientos de carácter general y abstracto, y para los de contenido particular y subjetivo que deban notificarse.

"Ciertamente que la función administrativa se cumple ordinariamente por medio de decisiones escritas: reglamentación de las leyes, nombramientos y remociones, celebración de contratos administrativos, permisos, etc. La estabilidad de las situaciones jurídicas que esos actos crean, la correcta organización del servicio público y las circunstancias normales en que actúa el Gobierno al expedirlos, aconsejan y hacen necesaria la utilización de los procedimientos escritos. La misma ley impone la obligación de apelar a ellos cuando expide decisiones que deben publicarse o notificarse. Pero el artículo 120 de la Constitución incluye algunas atribuciones que por su misma naturaleza y por las circunstancias especiales en que se ejercitan, en muchas ocasiones imponen la necesidad de acudir a sistemas más expeditos y rápidos. Disponer de la fuerza pública en situaciones de emergencia, conservar y restablecer el orden alterado, dirigir las operaciones de guerra, proveer a la seguridad exterior de la República, etc., son actividades que en la mayor parte de los casos solo se pueden desarrollar por medio de procedimientos verbales. Las decisiones que en tales momentos de urgencia se toman, son actos adminis-

trativos, no sólo porque así se infiere del artículo 120 —numerales 6o., 7o., 8o. y 9o.— sino porque las profiere la administración con la finalidad de producir efectos de derecho. La naturaleza jurídica del ordenamiento no se altera por la existencia o inexistencia de un escrito. Esta doctrina fluye espontáneamente de los textos constitucionales y de la índole propia de la función que se ejercita. Es evidente que el uso de los procedimientos escritos o verbales tiene trascendencia jurídica desde el punto de vista probatorio y especial importancia para ciertos efectos jurisdiccionales, como se verá posteriormente, pero ello no implica que el acto administrativo tácito pierda necesariamente esa calidad intrínseca para trocarse en un hecho administrativo, como parece desprenderse de la tesis sostenida por el señor Agente del Ministerio Público.

"De las anteriores premisas se deduce esta conclusión aplicable al caso controvertido: en la primera etapa del negocio estudiado se produjo un acto administrativo no escrito, constituido por la orden de retirar los árboles del predio arrendado, y en la segunda etapa un acto administrativo formado por las resoluciones acusadas (Anales del Consejo de Estado, Nos. 451 y 452, 1976, pág. 690). 2o. semestre 1976. Banco Bananero octubre 28/76. Jorge Valencia Arango.

"En el caso sub-judice se trata de una decisión de carácter general, porque ella está dirigida a todas las compañías de seguros que afiancen el cumplimiento de obligaciones para con el Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Así, pues, que se trata de un acto administrativo de contenido general".

2. El otro hecho en que se funda la excepción de inepta demanda, que pretende apoyarse en la providencia de la Sala de Decisión de 1 de marzo de 1982, consiste en que los documentos que se citan contemplan diversos temas y aspectos, no habiendo el actor delimitado expresamente contra cuáles de esos temas y aspectos se dirige la acción.

En relación con el hecho anterior observa la Sala que el petitum de la demanda es muy claro y preciso en el señalamiento de la norma acusada al expresar lo siguiente:

"Que se declare la nulidad de la regla, norma o precepto general, originario del Ministerio de Obras Públicas, conforme al cual esa agencia pública deniega la aprobación de Pólizas de Seguros otorgadas por compañías aseguradoras que tengan pleito pendiente con ese Ministerio".

Lo que sucede es que la parte impugnadora ha confundido el acto administrativo acusado con su prueba. Ya se ha expresado que el acto administrativo objeto de la acción de simple nulidad es verbal, y así lo aceptó la Sala de Decisión en la providencia antes citada. Lo que sucede es que las pruebas de la existencia y vigencia de la norma acusada son, como bien lo expresa el demandante, las comunicaciones Nos. 1628 de agosto 13 de 1981 y MJ-1830 de septiembre 11 de 1981, dirigidas al doctor Carlos Galindo Pinilla por la Asesora Jurídica del Ministerio de Obras Públicas, doctora Carmen Elvira Reyes R. (fl. 9).

No se necesita de mucho esfuerzo intelectual para comprender que un documento puede contener diversas normas o tratar de diversas materias o puntos, lo cual no obsta para que una persona pueda solicitar la nulidad

únicamente de una sola de esas normas o decisiones. Justamente eso es lo que ha acaecido en el asunto sub-judice, ya que en el petitum de la demanda, antes transcrito, se concreta la pretensión a uno solo de los puntos sobre que versen los oficios 1628 y MJ-1830 de 1981.

Por las razones expuestas no puede prosperar la excepción formulada por la parte impugnadora, debiéndose, en consecuencia, analizar los cargos de ilegalidad hechos a la decisión administrativa de carácter general impugnada en el presente proceso.

B. LOS CARGOS DE ILEGALIDAD CONTRA EL ACTO ACUSADO

El actor le hace a la decisión administrativa acusada, cuyo contenido ha sido precisado antes, varios cargos para cada uno de los cuales hace confluir varias normas jurídicas del orden nacional e internacional.

Primer Cargo: *Violación de los artículos 26 y 45 de la C.N., 8o. y 10o. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 66, 67 y 109 del C.C.A. y 567 del C. de P.C.* Sostiene el actor, en síntesis, que el C.C.A. reguló el derecho de acción cuando en los artículos 66 y 67 dice que cualquier persona puede requerir la actividad de la jurisdicción especial para obtener la anulación de los actos de la Administración, ya sea porque los considere lesivos del ordenamiento jurídico general o porque estime que lesionan injustamente su derecho, y que basta esa propia estimación para que pueda reclamarse con toda legitimidad la actuación jurisdiccional. De igual manera el mismo Código en desarrollo del artículo 26 de la Carta prevé la posibilidad de que quien ha sido demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo pueda proponer las excepciones que se opongan a lo sustancial de la pretensión (Art. 109 C.C.A.), sobre las cuales deberá pronunciarse el juez en la sentencia definitiva (artículo 111 C.C.A.), y que el artículo 567 del C. de P.C. prevé que en los procesos para el cobro de deudas fiscales el demandado pueda proponer excepciones de las cuales conocerán los órganos de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por tanto, el ejercicio de la acción o la proposición de excepciones es un poder legítimo derivado de una garantía fundamental de la Constitución, que no está ni podría estar condicionado por la ley. El ejercicio de tal poder legítimo puede conducir a una situación de pleito pendiente con la Administración pública, la cual no debe servir para que ésta impida o menoscabe el derecho de acción o de defensa, como lo hace la norma general impugnada.

Sobre el anterior cargo la Sala se permite hacer las siguientes consideraciones:

El artículo 45 de la Constitución Política consagra el derecho de petición en los siguientes términos:

"Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular y de obtener pronta resolución".

Los autores han distinguido varias clases de peticiones, entre las cuales está como una de las más importantes la llamada "petición-demanda", que es

la que se dirige ante las autoridades jurisdiccionales con el objeto de solicitar del Estado el reconocimiento de un derecho que según el peticionario le ha sido conculcado o amenazado por alguien o para pedir el simple restablecimiento de la legalidad quebrantada por un acto administrativo (Véanse a Hernando Morales, *Curso de Derecho Procesal Civil*, Parte General, 4a. ed., Ediciones Lerner, Bogotá, 1960, y Alvaro Leal Morales, *Teoría del Proceso*, Tomo I, La Acción, Editorial Diario Jurídico, Bogotá, 1959, pág. 17). Así, pues, que la petición de justicia es una modalidad evidente del derecho individual de petición, el cual han desarrollado y reglamentado los códigos de procedimiento y para el caso los citados por el demandante (artículos 66, 67 y 109 del C.C.A. y 567 del C. de P.C.).

También han consagrado la Constitución y nuestras leyes el derecho de defensa (artículo 26 de la Constitución, 109 a 112 del C.C.A. y 92 del C. de P.C.).

En virtud del ejercicio legítimo del derecho de accionar o de excepcionar ante los jueces se crea una situación de pleito pendiente. Puede la ley tener en consideración esta situación para condicionar o subordinar ciertos actos de las personas, pero jamás puede hacerlo autoridad distinta del legislador y ello siempre y cuando no implique la negación o menoscabo de un derecho consagrado en nuestra Carta Fundamental. De esto se tiene que las normas que dispongan o establezcan condiciones que puedan interpretarse o conducir al no ejercicio del derecho de petición, y específicamente del de accionar o excepcionar ante los Tribunales judiciales, estarán violando necesariamente los artículos 45 y 26 de la Carta y las normas legales, como las ya señaladas, que los desarrollan.

En el caso sub-judice la norma o regla general impugnada, según las palabras de la Asesora Jurídica del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, consiste en "no aceptar pólizas de compañías que demostrando carencia de la seriedad que se supone deben tener las aseguradoras, han incumplido sus compromisos contractuales como garantes. Todo ciudadano debería sentirse orgulloso de que la administración convierta en práctica generalizada el cumplimiento de sus obligaciones morales y legales", lo cual explica en otro mensaje diciendo que "El contenido del telegrama No. 890 del 19 de septiembre de 1980 de ninguna manera 'obedece a una regla diferente', ni a 'regla de excepción' pues si usted repara con más atención, hallará necesariamente que cuando el texto del telegrama señala 'favor acercarse activar póliza Nro. 22755 por cuanto Aseguradora tiene pleito pendiente con este Ministerio', allí está ínsita la indicación de un incumplimiento por la Aseguradora de sus obligaciones como garante, ¿pues a qué puede entonces deberse la existencia de ese pleito pendiente?

"El pleito pendiente, tratándose de este Ministerio, es resultado del incumplimiento del garante y está definido en Resoluciones administrativas ejecutoriadas.

"No hay pues imperio de dos reglas, sino de una sola a la cual el telegrama y el oficio referidos obedecen, y extraña que en este su último escrito pregunte usted si la decisión contenida en el telegrama fue excepcional, siendo que usted mismo, en su primer escrito (el de agosto 11/81), literal b), señala que tiene informaciones de que lo expresado en ese telegrama 'se ha convertido en

práctica generalizada de ese Despacho" (fl. 6). Es decir, que el hecho de tener un pleito pendiente una Aseguradora cualquiera con el Ministerio de Obras Públicas y Transporte le impide, por decisión del Asesor Jurídico de esa agencia gubernamental, ejercer su legítima actividad de servir de garante ante el Ministerio, lo cual indirectamente conduciría, sin lugar a dudas, o bien a no ejercer los derechos de acción o excepción ante los jueces en relación con dicho Ministerio para poder ser garante, o bien a que ejerciendo dicho derecho no pueda garantizar las obligaciones de las personas contraídas con esa Cartera Ministerial porque sería rechazada. Esto evidentemente viola las normas constitucionales y legales señaladas por el actor, además de lo dispuesto en el artículo 6o. de la Resolución No. 6772 de 6 de agosto de 1981, en virtud del cual se delega en el Asesor Jurídico del Ministerio únicamente "la facultad de aprobar toda clase de garantías que se constituyan en desarrollo de los contratos que celebre el Ministerio de Obras Públicas, Fondo Vial Nacional y el Fondo de Inmuebles Nacionales, y las que se otorguen en los casos de permisos que conceda el Ministerio de Obras Públicas para el transporte por carreteras nacionales de carga extrapesada y extralarga, y los que se otorguen para la instalación provisional de tuberías y otras canalizaciones por puentes y estructuras que hagan parte de las carreteras". Pues la norma transcrita no le permite al Asesor Jurídico del Ministerio de Obras Públicas y Transporte tomar decisiones generales, como las que él afirma haber tomado, en relación con todas las aseguradoras. Si bien es un deber moral y jurídico del Asesor estudiar las pólizas y sólo aprobar aquéllas que se ajusten a las leyes y reglamentos pertinentes, no puede por consideraciones distintas a dichas normas negar su aprobación a una Póliza de Seguros porque para ello no se le ha facultado por disposición alguna que se sepa.

La obligación de proteger los intereses nacionales no puede conducir jamás a desechar garantías por la existencia de pleitos pendientes con el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, porque el incumplimiento en este caso debe ser establecido por los jueces ante quien se ha llevado la controversia existente entre la agencia gubernamental y una aseguradora. Lo que ahora viola la Constitución y las leyes no es la necesidad de hacer pronunciamientos en casos concretos el Asesor Jurídico Ministerio, que pueden estar o no ajustados a derecho, sino que en la decisión cuestionada se expresa no admitir las compañías aseguradoras como garantes de las obligaciones de los particulares con dicho Ministerio cuando tengan *pleitos pendientes.*

Por las razones expuestas este cargo debe prosperar.

Otros cargos: Habiendo prosperado el primer cargo, la Sala considera que no debe entrar a analizar los demás que le hace el actor a la decisisión administrativa acusada.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con su colaborador Fiscal,

FALLA:

1o. Declárase no probada la excepción de inepta demanda propuesta por la parte impugnadora.

2o. Declárase nula la decisión de carácter general tomada por el Asesor Jurídico del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, según la cual se deniega la aprobación de Pólizas de Seguros otorgadas por Compañías Aseguradoras que tengan pleito pendiente con el Ministerio, y cuya existencia y vigencia actual se deduce de las comunicaciones Nos. 1628 de 13 de agosto y MJ-1830 de 11 de septiembre de 1981 dirigidas al doctor Carlos Galindo Pinilla por la Asesora Jurídica del Ministerio de Obras Públicas, doctora Carmen Elvira Reyes R.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha cuatro de febrero de mil novecientos ochenta y tres.

Mario Enrique Pérez V., Jacobo Pérez Escobar, Samuel Buitrago Hurtado, Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

COSA JUZGADA.

1. El artículo 447 del C.P.C. es aplicable al caso por remisión analógica del artículo 282 C.C.A.

2. Elementos para que se dé la cosa juzgada.

3. Cómo opera en la acción de plena jurisdicción y en el de nulidad.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.E., veintidós de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Proyectó: **Dr. José Gabriel Salom**, Abogado Asistente

Actor: **Luis Alfonso Giraldo Marín**

Referencia: Expediente No. 6.755 Resoluciones Ministeriales

En demanda presentada ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, el señor Luis Alfonso Giraldo Marín, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 67 del C.C.A., solicitó de esa Corporación que mediante sentencia se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. Que, habiendo sido retirado del Ministerio de Justicia el señor Luis Alfonso Giraldo Marín, como Cabo I-8 de Prisiones, con base en la Resolución No. 5533 de 15 de octubre de 1975 del Ministerio de Justicia, que lo destituyó, sin que dicha resolución se encontrase ejecutoriada, como no lo está hasta este momento, por no haber sido notificada personalmente al interesado,

tal como lo dispone el Art. 68 del Decreto 2655 de 1973, para que éste pudiese interponer el recurso de reposición que consagra el Art. 69 del susodicho decreto, y sin que, por lo mismo, se pudiera cumplir dicha resolución, tal proceder del Ministerio de Justicia constituyó un hecho u operación administrativo de éste que causó una violación del derecho de mi patrocinado Luis Alfonso Giraldo Marín de no ser retirado del servicio del Ministerio de Justicia sino hasta tanto la resolución que lo destituyó, la aludida, quedase ejecutoriada y no antes como efectivamente sucedió".

"Segunda. Que, como consecuencia de lo anterior, se disponga que se paguen al señor Luis Alfonso Giraldo Marín, como restablecimiento del derecho y a título de indemnización, por parte del Ministerio de Justicia, los sueldos, primas, bonificaciones y vacaciones que haya dejado de percibir, con cargo al Tesoro Nacional (Ministerio de Justicia), desde la fecha en que fue retirado del servicio oficial ilegalmente, que lo fue desde el 15 de octubre de 1975, fecha de la Resolución No. 5533 por la que el Ministerio de Justicia lo destituyó, hasta la fecha en que dicha resolución quede ejecutoriada, momento en que legalmente podrá cumplirse lo ordenado en dicha resolución y en ningún caso antes".

"Tercera. Que se reconozca el tiempo que medie entre el retiro de mi patrocinado, 15 de octubre de 1975, hasta la ejecutoria de la Resolución No. 5533 del 15 de octubre de 1975 del Ministerio de Justicia, sin solución de continuidad para efecto de prestaciones sociales, ascensos y escalafón".

"Cuarta. Que es indispensable para que se surta la ejecutoria de la Resolución No. 5533 de 15 de octubre de 1975 del Ministerio de Justicia que éste le notifique legalmente la susodicha resolución a Luis Alfonso Giraldo Marín, de conformidad con los Arts. 68 y 69 del Decreto 2655 de 1973, y así se ordene".

Como hechos constitutivos de la acción ejercitada se indican en el libelo los que aparecen relacionados a folios 3 a 6, donde igualmente se invocan las normas violadas y se expresa el concepto de su violación.

Después de que se practicaron las pruebas solicitadas en la primera instancia y una vez que se produjo concepto Fiscal adverso a las pretensiones de la demanda, el Tribunal del conocimiento pronunció la sentencia que ahora ha venido en apelación, y en ella se declaró inhibido para conocer del mérito de la acción propuesta, por ineptitud de la demanda.

La Fiscalía Cuarta de la Corporación en su vista reglamentaria, es de concepto que se revoque la sentencia recurrida, por las razones allí expresadas.

Rituado el juicio dentro de las prescripciones de ley y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, la Sala procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

En el proceso se constituyó como parte impugnadora el Ministerio de Justicia, quien por conducto de apoderado se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de caducidad de la acción y cosa juzgada.

En vista de lo anterior y antes de proceder a estudiar el fundamento de la demanda, procede la Sala a decidir previamente lo relacionado con el problema de la "reo judicata", que plantea tanto el abogado impugnante como el Tribunal del conocimiento.

Sobre este aspecto del debate litigioso, la Sección Primera de la Corporación, en sentencia de diciembre 4 de 1970, tuvo oportunidad de fijar su criterio cuando expresó:

"*Criterio para evaluar la cosa juzgada en lo contencioso administrativo.* Hay dos concepciones sobre la cosa juzgada en la doctrina actual: a) Doctrina Clásica (Savigny, Chiovenda, Couture), que conceptúa que para saber si hay cosa juzgada debe tomarse en cuenta tanto la parte dispositiva como la motiva de la sentencia. Savigny decía que la sentencia es un todo único e inseparable y que por consiguiente, la cosa juzgada se extiende a toda ella. Esta es la doctrina dominante. b) Concepción según la cual la cosa juzgada solamente acompaña a la decisión, sin tener en cuenta los considerandos del fallo en donde se le anuncia. Los criterios para evaluar la cosa juzgada en lo contencioso administrativo se distinguen, a saber: 1o.) Cuando se ha declarado la nulidad de un acto administrativo que ha sido acusado, la cosa juzgada se declara con la simple verificación de la parte resolutiva y en atención a la acción propuesta; 2o.) Cuando, mediante sentencia se ha negado la declaratoria de nulidad, la cosa juzgada se evalúa mediante la comparación de la parte resolutiva con la parte motiva a consideración. De acuerdo con el artículo 474 del Código de Procedimiento Civil, para que la cosa juzgada surta efecto en otro juicio, se necesitan los siguientes requisitos: a) Identidad del sujeto (cadam personae) es decir que haya identidad jurídica entre las personas de los litigantes; b) Identidad de cosa (cadam res), o sea que el objeto del litigio debe ser el mismo; c) Identidad de causa (cadem causa), o sea que los motivos alegados en ambos litigios sean idénticos. A la luz de lo dispuesto en el artículo 474 del C. de P.C. se deben examinar los expedientes en los juicios administrativos. En puro derecho privado se requiere que haya identidad jurídica entre las personas de los litigantes en ambos juicios. Y esto es así, porque en derecho privado las sentencias solamente tienen efecto entre las partes que intervinieron en el juicio. No sucede lo mismo en cierto tipo de juicios del derecho administrativo. En los juicios contencioso administrativos de nulidad pura del artículo 66 del C.C.A., la sentencia dictada tiene un valor "erga omnes", es decir que afecta no solamente a las partes que intervinieron en el juicio sino a todas. En este tipo de juicios el demandante aparentemente no obra en interés personal sino en interés de la norma violada. Si logra obtener que el Tribunal anule una disposición por ser considerada violatoria de otra norma de superior jerarquía la sentencia que así lo declare tiene un valor absoluto y es oponible a cualquier otro demandante que pretendiera, por los mismos motivos, reabrir la discusión judicial. Por consiguiente, el requisito de la identidad de sujeto no tiene aplicación para configurar la cosa juzgada en este tipo de juicios administrativos".

Ahora bien, de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 447 del C. de P.C., aplicables al caso por remisión analógica del artículo 282 del C.C.A., para que se configure el fenómeno de la cosa juzgada, es menester que haya identidad de sujeto, identidad de objeto o identidad de causa. En cuanto

al primer requisito, éste solo puede darse en los procesos donde se ventilen controversias de derecho privado o donde se formulen pretensiones en ejercicio de la acción subjetiva que consagra el artículo 67 del C.C.A., por cuanto en los procesos instaurados en ejercicio de la acción popular, la sentencia tiene un valor erga omnes y, por consiguiente, el requisito de la identidad de sujetos no tiene aplicación para configurar la cosa juzgada.

En cuanto a los otros dos elementos, o sea, la identidad del objeto y la identidad de la causa es conveniente destacar que el objeto de la demanda, es la pretensión, la cual está contenida en la parte petitoria; y la causa de pedir, que se relaciona con los hechos de la demanda, consiste en el fundamento inmediato del derecho que se ejerce. Es la razón de la pretensión aducida en el juicio anterior.

No debe confundirse ésta con los fundamentos de derecho que sirven de apoyo a la pretensión. "La pretensión procesal —enseña Sechavab— es el objeto del litigio, pero también de la resolución, pues es sobre el objeto del litigio sobre el que el Tribunal debe resolver" (El objeto litigioso, pág. 6).

Para Rosemberg, de acuerdo con cita que hace el autor antes referido, el objeto litigioso debe definirse como "la petición dirigida a obtener la declaración, susceptible de autoridad de cosa juzgada, de una consecuencia jurídica y que es necesario, por el estado de cosas expuesto para fundamentarla" (ibídem, pág. 39).

Según Rosemberg "los procesos stienen un mismo objeto litigioso, cuando se acciona por la declaración de un mismo derecho o de una misma relación jurídica o se presenta la misma solicitud sobre la base de un mismo suceso. Por eso, si un mismo actor presenta contra el mismo demandado, a base de un mismo estado de cosas (por ejemplo el accidente de tránsito), la misma solicitud (por ejemplo la indemnización de daños y perjuicios) que en otro litigio todavía pendiente, la excepción de litio pendencia... está fundada... aunque en el segundo proceso se haga valer otro criterio jurídico que en el primero (por ejemplo contrato en el primero y responsabilidad legal o delito en el segundo) y por consiguiente se destaquen, conforme a los distintos tipos de las normas jurídicas aplicables, distintos aspectos del mismo suceso histórico (en un caso, el contrato, en el otro la empresa responsable, o la culpa) y aun cuando en el primer proceso haya sido excluido expresamente por el actor el criterio jurídico (el del contrato) empleado en el segundo" (ibídem pág. 47).

Visto lo anterior, es procedente estudiar si el objeto del presente proceso ya fue materia de decisión en otro litigio similar.

En la demanda que dio origen al presente proceso, el actor solicita se le paguen, a título de indemnización los haberes dejados de percibir desde la fecha en que fue retirado del servicio hasta que se ejecutorie la Resolución 5533 del 15 de octubre de 1975 y se le reconozca dicho lapso "sin solución de continuidad para efectos de prestaciones sociales, ascensos y escalafón".

Y en el proceso anterior, el mismo demandante impetró la nulidad de la Resolución 5533 que lo destituyó del cargo de guardián y como restablecimiento del derecho solicitó el reintegro al cargo y el pago de todos los haberes dejados de percibir hasta cuando fuera restituido "considerándose igualmente

que para efectos de prestaciones sociales no ha existido solución de continuidad" pretensiones sobre las cuales el Tribunal del conocimiento se pronunció en sentencia de fecha 17 de septiembre de 1977, negando el aludido derecho.

Y aunque no obstante que la formulación de las pretensiones, la redacción de los hechos, los argumentos expuestos y la forma en general, son diferentes, la causa que motiva la demanda es la misma, o sea, que la Resolución 5533 le ocasionó perjuicios al demandante. Y como quiera que no puede decirse que los argumentos aducidos en la demanda sean iguales, no por ello la causa deja de ser la misma. La diferencia en el planteamiento de los hechos, no modifica el estado de la causa.

Todo lo anterior, que sería de indiscutible aceptación en los procesos de carácter civil, presenta, sin embargo, alguna dificultad de encuadramiento en los procesos contenciosos administrativos, en cuanto se refieren a la diferencia en la indicación de las normas jurídicas violadas, ya que en ellos, el fallador en verdad, no puede salirse del marco de las normas que como violadas lo indique el demandante, doctrina reiterada de la Corporación, motivo por el cual basta únicamente limitarse a su simple alusión recordatoria.

Ahora bien, respecto de las normas que en las dos demandas se indican como violadas, en ambos se coincide en el señalamiento de los artículos 26 de la Constitución Nacional, 68 y 69 del Decreto 2655 de 1973.

Así las cosas y resumiendo, es evidente que entre los dos juicios existe identidad de partes; identidad de objeto; la indemnización a que cree tener derecho el demandante como consecuencia de la expedición de la Resolución 5533 de 1975. Igualmente se verifica que entre ellos existe identidad de causa, porque las nociones se fundan en las afirmaciones consistentes en la violación de los artículos 68 y 69 del Decreto 2655 de 1973 y 26 de la Constitución Nacional. De manera que, demostrada como está la expedición de la cosa juzgada, será preciso declararla en la sentencia al tenor de lo dispuesto en el artículo 109 del Código Contencioso Administrativo.

Finalmente, esta Sala, con ponencia del Magistrado Reyes Posada, al dirigir el juicio promovido por Jorge Humberto Figueroa Vega, expresó:

"Sin embargo, la Sala no puede pasar por alto el insólito fundamento de las pretensiones de la demanda, la que, reconociendo la existencia de la Resolución No. 3503 de 30 de mayo de 1977, pretende que el retiro del servicio del actor se produjo como consecuencia de un hecho u operación administrativa, afirmando erróneamente, como se ha visto, que ésta no fue notificada al actor. La notificación no es otra cosa que el medio para poner en conocimiento de la persona los actos administrativos que produzcan situaciones jurídicas que lo afecten, de suerte que conocido por el interesado el acto administrativo correspondiente, éste se entiende notificado por conducta concluyente sin que haya lugar a alegar la falta de ejecutoria por este aspecto; y menos aún calificar como hecho u operación administrativa la consecuencia de un acto en que la Administración expresó clara y definitivamente su voluntad, como en el presente caso, para pretender una indemnización pecuniaria. Es de observarse cómo en las pretensiones del libelo no está el reintegro del actor, para lo cual habría sido necesario desvirtuar las justas causas que movieron a la Administración para la destitución del guardián, sino que tan sólo se pide la indemnización

equivalente a los sueldos y prestaciones desde la fecha del retiro hasta que se hubiere cumplido la notificación del acto administrativo correspondiente, lo que revela la imposibilidad de destruir mediante proceso la existencia de la justa causa que motivó el retiro".

"Todo ello conduce a la Sala a observar que las normas procesales tienden a obtener la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial, pero no pueden ser instrumento dúctil para obtener beneficios que no correspondan a la realidad de los derechos subjetivos. La utilización de los procedimientos judiciales en la forma descrita constituye un típico abuso del derecho que esteriliza las pretensiones incoadas".

En tan virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca el día 9 de octubre de 1981.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 11 de febrero de 1983.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

RECURSO DE REPOSICION EN VIA GUBERNATIVA. Artículo 15 del Decreto 2733/59. No es obligatorio.

SUELDO EN DOLARES. El pago de un porcentaje del sueldo en dólares ordenado por el Decreto 610 de 1977, tiene por objeto corregir un posible desequilibrio en la situación económica del empleado enviado en comisión al exterior, en razón de la diferencia que se puede presentar entre el valor de la moneda en que obtiene sus ingresos y de aquella con que ha de pagar sus gastos.

PRESTACIONES EN DOLARES. Ninguna norma legal establece que al liquidar las correspondientes prestaciones sociales, se debe tener en cuenta la parte del sueldo pagado en dólares (Decreto 610/77. Artículo 127).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.E., nueve de marzo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Joaquín Vanín Tello**

Actor: **Elsa María Ramírez de Vélez**

Referencia: Expediente No. 6.532 Res. Ministeriales

Actuando por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, la señora Elsa María Ramírez de Vélez, solicitó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que se hicieran las siguientes declaraciones:

"*Primera.* Es nulo el artículo 2o. de la Resolución No. 6513 de octubre 23 de 1978 por medio del cual se reconoció para la actora Elsa Ramírez de Vélez, una pensión mensual de jubilación en cuantía notoriamente inferior a la que realmente le corresponde.

"*Segunda.* Como consecuencia de la anterior nulidad el Ministerio de Defensa Nacional reajustará la pensión de jubilación de mi mandante Elsa Ramírez de Vélez, en la cuantía que resulte de incluir los haberes percibidos en moneda extranjera, US dólares, al respectivo cambio oficial, durante el tiempo de permanencia en comisión en el exterior, en el último año de servicio.

"*Tercera.* El Ministerio de Defensa Nacional dará de los treinta (30) días siguientes a su ejecutoria en los términos del artículo 121 del C.C.A.".

Al relatar los hechos en que se fundamenta la demanda, dice la actora que estando al servicio del Ministerio de Defensa Nacional fue destinada en comisión a los Estados Unidos de Norteamérica, a partir del 15 de febrero de 1977 y hasta el 15 de febrero de 1978 y que durante su permanencia en el exterior devengó el veinticinco por ciento (25%) de su sueldo en dólares y el resto en pesos colombianos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 del Decreto 610 de 1977. Sin embargo, a su retiro del Ministerio de Defensa Nacional, mediante la resolución acusada se le reconoció una pensión de jubilación "únicamente con base en los haberes del cargo, haciendo caso omiso de lo recibido durante la comisión".

Como disposiciones violadas señala los artículos 57, 82 y 85 del Decreto 610 de 1977, 17 y 30 de la Constitución Nacional.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia de fecha 11 de septiembre de 1981, se declaró "inhibido para fallar en el fondo del asunto por falta de agotamiento de la vía gubernativa".

Apelada la sentencia por la parte actora, conoce el Consejo de Estado en segunda instancia, dentro de la cual se ha producido el concepto del señor Fiscal Cuarto de la Corporación, quien considera que el fallo del a-quo debe revocarse, pero que se impone una decisión desfavorable a las súplicas de la demanda, por las razones que se habrán de analizar posteriormente.

Habiéndose surtido la actuación en forma legal, procede la Sala a decir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Tiene razón el señor Fiscal Cuarto de la Corporación cuando solicita que se revoque el fallo apelado, pero que se nieguen las súplicas de la demanda.

En cuanto a lo primero, ciertamente carece de soporte legal el fallo del a-quo, pues de conformidad con el artículo 15 del Decreto 2733 de 1959, "el recurso de reposición no es obligatorio para el ejercicio de la acción contencioso administrativa". Por consiguiente, la actora podía acudir directamente a la jurisdicción contencioso administrativa sin haber pedido la reposición de la resolución acusada, ya que, habiendo sido expedido por el Ministro de Defensa Nacional, no cabía contra ella el único recurso obligatorio para demandar ante esta jurisdicción: el de apelación.

En lo que atañe a la cuestión de fondo, es correcta la interpretación que hace el señor Fiscal de los textos legales al decir: "si a quienes estando devengando en dólares en el momento del retiro, se les liquida sus prestaciones sobre el supuesto de que estuvieran prestando servicios en la guarnición de Bogotá, es decir, como si no devengaran en moneda extranjera, a fortiori no puede tenerse en cuenta conversión monetaria alguna para el servicio que en el momento de su retiro ya no devengaba en aquella moneda (texto 127 del Decreto 610 de 1977)".

El pago de un porcentaje del sueldo en dólares ordenado por el Decreto 610 de 1977, tiene por objeto corregir un posible desequilibrio en la situación económica del empleado enviado en comisión al exterior, en razón de la diferencia que se puede presentar entre el valor de la moneda en que obtiene sus ingresos y de aquella con que ha de pagar sus gastos. Pero ninguna norma legal establece que en ese caso, al liquidar las correspondientes prestaciones sociales, se debe tener en cuenta la parte del sueldo pagada en dólares. Y si en el caso de empleados del Ministerio de Defensa o de la Policía Nacional que se hayan retirado o hayan fallecido mientras estaban en comisión en otro país, se deben liquidar las correspondientes prestaciones sociales en pesos colombianos, como lo dispone el artículo 127 del Decreto 610 de 1977, más razón hay para obrar en esa forma respecto de las prestaciones de quienes se encuentran en el país después de haber cumplido su misión en el exterior.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, de acuerdo con su fiscal colaborador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Revócase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 11 de septiembre de 1981 y en su lugar se dispone:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 21 de enero de 1983.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

CARRERA PENITENCIARIA. DESTITUCIONES. Por participación en hechos culposos v. gr. "facilitar por omisión o negligencia la evasión o fuga de reclusos" (Decreto Extraordinario 1817 de 1964, artículo 129; Decreto 2655 de 1973). Derecho de Defensa.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.E., seis de mayo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Joaquín Vanín Tello**

Actor: **Luis Alberto Guerra Parada**

Referencia: Expediente No. 7.830 Resoluciones Ministeriales

Consulta el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la sentencia que profirió el 27 de agosto de 1982 respecto de la demanda que por intermedio de apoderado presentó el señor Luis Alberto Guerra Parada, con el objeto de obtener de dicha Corporación las siguientes declaraciones:

"*Primera.* Que son nulas las Resoluciones Nos. 5146 de 3 de octubre de 1978 y 6334 de 15 de noviembre del mismo año expedidas por el señor Ministro de Justicia, por medio de las cuales se destituyó al señor Luis Alberto Guerra Parada del cargo de Cabo de Prisiones Grado V de la Cárcel del Distrito Judicial de Bogotá "La Modelo" dependiente de la Dirección General de Prisiones.

"*Segunda.* Que como consecuencia de lo anterior se declare que el señor Luis Alberto Guerra Parada, tiene derecho a ser reintegrado al cargo del cual fue removido ilegalmente o a uno de igual o superior categoría y remuneración.

"*Tercera.* Que igualmente se declare que el señor Luis Alberto Guerra Parada, tiene derecho a que por la Nación —Ministerio de Justicia— oficina pagadora correspondiente, se le paguen los sueldos, primas, vacaciones y demás prestaciones dejados de percibir, desde el día en que fue removido, hasta que sea reintegrado en forma legal.

"*Cuarta.* Que igualmente se disponga para los efectos de prestaciones sociales que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios de mi poderdante, a partir de la fecha en que quedó separado del cargo, hasta que sea reintegrado legalmente.

"*Quinta.* Que a las anteriores declaraciones se les deberá dar cumplimiento dentro del término consagrado en el artículo 121 del C.C.A.".

Al consignar los hechos en que se fundamenta la demanda, afirma el actor que prestaba sus servicios en el Ministerio de Justicia como Cabo de Prisiones de la Cárcel del Distrito Judicial de Bogotá "La Modelo", dependiente de la Dirección General de Prisiones, cuando fue destituido "con el argumento de que... había descuidado al interno Luis Alfonso Moreno Vargas, dando lugar a que el preso en mención aprovechara la ocasión y emprendiera la fuga". El demandante pertenecía a la carrera penitenciaria y se había distinguido por su eficiencia y buena conducta.

La relación de los hechos, (fls. 5 a 9 de la demanda) son del siguiente tenor:

"5. Cuando ocurrieron los hechos en que se apoya la Resolución impugnada, el señor Luis Alberto Guerra Parada se encontraba cumpliendo la función de administrador del casino de la guardia de la Cárcel Nacional Modelo y además encargado del mencionado interno que había sido puesto a su servicio para colaborarle en la atención del casino que es muy amplio y está destinado a la atención de víveres y comestibles para el personal de guardia.

"6. La fuga del interno se produjo cuando mi poderdante estaba atendiendo el pedido de servicio de tinto al Cabo Juan de Dios Bautista Munévar y al guardián Joselín Niño Díaz en las inmediaciones del mostrador del establecimiento y mientras el recluso se encontraba aseando el casino. Es de anotar que los internos puestos al servicio del administrador del casino son considerados de confianza, próximos a obtener la libertad y que han observado un buen comportamiento en el centro de reclusión.

"7. Entre el momento de la intempestiva y sorpresiva fuga y el de la búsqueda por parte del señor Luis Alberto Guerra Parada transcurrió un corto lapso de tiempo y no más de los que usualmente se toma el interno que colabora con la administración del mencionado casino, en lavar los alrededores del establecimiento, los implementos de aseo.

"8. Desde el momento en que se presentó la fuga, mi poderdante comenzó a buscarlo por todos los sitios aledaños y procedió a informar a sus superiores, colaborando activamente en la recaptura del prófugo, habiendo adelantado averiguaciones con familiares del recluso el mismo día de los hechos y con autorización del Director del Establecimiento y con base en los datos de los familiares que le fueron suministrados por personal de guardia, lo que determinó la localización del paradero del recluso al día siguiente de emprender la fuga.

"9. Las anteriores situaciones fueron puestas de presente al Ministerio de Justicia por mi poderdante al interponer el recurso de reposición contra la resolución enjuiciada, pero éste no obstante lo anterior confirmó la resolución mencionada, por medio de la No. 6334 de 16 de noviembre de 1978, sin haber practicado las pruebas que expresamente le fueron solicitadas en el memorial de reposición, para demostrar su inocencia habiéndose quebrantado el derecho de defensa plenamente consagrado en las normas constitucionales".

Como disposiciones infringidas se señalan en la demanda las siguientes: "Artículos 100, 101, 102, 103, 104, 107, 118, 122, 124, 129 del Decreto No. 1817 de 1964; los artículos 27 y 28 del Decreto No. 1661 de 1965 y artículos 7o., 35, 53,

54 y 49 del Decreto 2665 de 1973, además de los artículos 2o., 16, 17, 26 y 30 de la Constitución Nacional".

El concepto de la violación aparece expuesto a folios 8 y 9 del expediente y estriba esencialmente en que para destituir al demandante no se llenaron las correspondientes formalidades ni se le dio posibilidad de ejercer el derecho de defensa, no se aplicó la sanción "en forma proporcional al carácter" de la falta, ni teniendo en cuenta la circunstancia en que fue cometida ni su buena conducta anterior.

El Tribunal accedió a las súplicas de la demanda en los siguientes términos:

"1. Declárase la nulidad de las Resoluciones Nos. 5146 de 3 de octubre de 1978, y 6334 de 15 de noviembre de 1978 del Ministerio de Justicia, por las cuales destituyeron a Luis Alberto Guerra Parada del cargo de Cabo de Prisiones, Grado 5, de la Cárcel del Distrito Judicial de Bogotá "La Modelo", dependiente de la Dirección General de Prisiones.

"2. El Ministerio de Justicia, procederá a reintegrar a Luis Alberto Guerra Parada, al cargo que desempeñaba de Cabo de Prisiones Grado 5, de la Cárcel del Distrito Judicial de Bogotá, "La Modelo", dependiente de la Dirección General de Prisiones, o a otro de igual o superior categoría.

"3. El Ministerio de Justicia, la Nación, procederá a reconocer y pagar a Luis Alberto Guerra Parada, los sueldos, primas y prestaciones sociales que se hubiesen causado y dejadas de percibir por el actor desde el día en que surtió sus efectos legales los actos administrativos que se anulan en esta providencia y la fecha en que fuere reintegrado.

"4. Declárase que no ha habido solución de continuidad en la prestación de los servicios del actor, durante el período a que se refiere el ordinal anterior.

"5. Se dará cumplimiento al presente fallo dentro del término legal del artículo 121 del C.C.A.".

El Tribunal acepta como un hecho probado que contra el demandante se adelantó la correspondiente investigación administrativa, en donde se le dio la oportunidad de pedir pruebas y "rendir descargos". Hizo esto último y si no pidió pruebas fue porque no quiso hacer uso de ese derecho. Por ese aspecto, según el Tribunal, los actos administrativos no están afectados de nulidad".

En lo que concierne "al punto litigioso" dice, en lo pertinente, el Tribunal:

"Según las probanzas que obran en el proceso, entre otras, las declaraciones de Joselín Niño Díaz y José Vicente Mora González que se encontraban presentes en el momento en que se efectuó la fuga del recluso Moreno Vargas, pero sin darse cuenta de ella personalmente, el demandante desempeñaba las funciones de Administrador del Casino, quien debía atender a las personas que requerían los servicios, sin ayuda de otra persona: el recluso referido era destinado a hacer el aseo del Casino, sin tener alguna persona encargada de su custodia.

"De las pruebas aportadas, también se puede determinar que el interno Moreno Vargas obtenía permiso de los funcionarios de la Cárcel pertinente,

para hacer el aseo en el Casino, a solicitud del Administrador de dicho establecimiento, sin destinarse personal para efectuar vigilancia sobre el detenido en el citado Casino.

"De las pruebas aportadas al proceso, se puede concluir que la evasión o fuga de Moreno Vargas del Casino, no fue facilitada por el demandante como se dice en los actos administrativos demandados al invocarse la causal de destitución, sino que ella fue debido a diversos factores que no son imputables al demandante.

"En efecto, los funcionarios de la Cárcel Modelo pertinentes, concedieron permiso para sacar a Moreno Vargas de la Cárcel para efectuar el aseo del establecimiento referido, sin haberse puesto vigilancia alguna que impidiera la fuga del mismo; la puerta de entrada que a la vez es de salida del Casino, da a la calle, lo cual facilitaba la fuga del interno, máxime si se tiene en cuenta que el demandante, como administrador de dicho Casino, no tenía personal para que le ayudara en sus actividades para atender al personal que allí concurría, sino que tenía que hacerlo personalmente.

"Llama mucho la atención: la irregularidad presentada consistente en permitir salir a un recluso de la Cárcel a pasar al Casino, sin vigilancia alguna.

"Todas esas situaciones colocaban al demandante en un estado que le impedían ejercer la vigilancia sobre Moreno Vargas. Por tanto, la fuga de este último no puede imputarse a un descuido, negligencia u omisión del demandante, sino que se debió a los factores que se han indicado anteriormente.

"Como la sanción máxima impuesta al actor por medio de los actos administrativos demandados, no encaja dentro de la causal invocada por los actos administrativos demandados y no guarda proporcionalidad, éstos están afectados de nulidad, y por consiguiente, las pretensiones de la demanda prosperan".

No observándose causal alguna de nulidad que invalide la actuación, procede la Sala a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La Sala comparte la apreciación del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en cuanto a que efectivamente al actor se le siguió la correspondiente investigación administrativa, se le oyó en diligencia de descargos y se le dio la oportunidad de defenderse, de suerte que los actos acusados no fueron expedidos, como sostiene el actor, en forma irregular.

Pero no ésta de acuerdo con la forma como se aprecia, de conformidad con las pruebas que obran en el expediente, las circunstancias en que se produjo la fuga del recluso puesto bajo la custodia del demandante, ni con la valoración que hace de la falta en que incurrió este último. Para la Sala no queda la menor duda de que el actor incurrió en falta grave en el cumplimiento de su deber de vigilar a quien se había colocado bajo su cuidado a fin de evitar que se fugara de la cárcel y que ella fue la causa de la evasión.

Con las pruebas que obran en el expediente y a las cuales se refiere el Tribunal, queda demostrado que el recluso Luis Alfonso Moreno Vargas fue

puesto a disposición del actor, pero para que prestara servicios de aseo en el Casino de la Guardia de la Cárcel; en ningún caso se le autorizó para que enviara o saliera con él a hacer compras. En la sentencia se acepta que el interno Moreno Vargas "obtenía permiso de los funcionarios de la Cárcel pertinente, para hacer el aseo en el casino, a solicitud del Administrador de dicho establecimiento". Que Moreno Vargas fue puesto a disposición del señor Guerra Parada únicamente para realizar labores de aseo en el casino, se comprueba con las declaraciones del mismo actor, del recluso, de los señores Juvenal Ochoa y Vicente Mora (folios: 49 y 52 del cuaderno correspondiente a la investigación administrativa, 37, 50 y 53 del cuaderno principal). En su declaración de descargos el recluso evadido y recapturado manifestó que "solía salir solo a la calle a comprar pan para el casino", me mandaba el Cabo Guerra yo iba y no me demoraba" (fls. 50/51 del cuaderno que corresponde a la investigación administrativa). El mismo recluso manifiesta que se evadió mientras compraba pan y carne para el casino por orden del demandante (fol. 50 de dicho cuaderno).

La testigo Inés de Pardo declaró que el recluso "siempre iba a comprar la leche y el pan en las horas de la mañana, él es un viejito de algunos 68 años de edad"; dijo que supo que Moreno estaba detenido en la cárcel Modelo "por un guardián creo que del casino que lo llevó por primera vez y me dijo que él era el señor que iba por la leche y el pan acá de la Modelo. A veces lo veía con el guardián y otras veces solo (fol. 126 del mencionado cuaderno). En la diligencia de descargos, el demandante negó que dejara salir solo al recluso, pero aceptó que salía con aquél a hacer compras. Son sus palabras textuales: "Sí debo agregar que algunas veces salí yo con él a este barrio a comprar un pan que nos hizo falta y una leche, más o menos una tres ocasiones" (fol. 55 del mismo cuaderno).

Leído lo anterior, no se puede negar que el demandante enviaba o sacaba al recluso, destinado exclusivamente al aseo del Casino, a hacer compras, sin ninguna autorización de los competentes funcionarios de la Cárcel y con grave violación de las normas reglamentarias pertinentes.

Según el artículo 129 del Decreto Extraordinario 1817 de 1964, es causal de destitución "la participación en hechos delictuosos o *culposos*, desde un punto de vista administrativo" (se subraya). Y de conformidad con el artículo 49 del Decreto 2655 de 1973, constituye falta grave, sancionable con la destitución, "la participación en hechos delictivos o culposos desde el punto de vista administrativo", entre los cuales se incluye el de "facilitar por omisión o negligencia la evasión o fuga de reclusos" (literal a), numeral 6o.).

Aún teniendo en cuenta las actividades que habían sido encomendadas al señor Guerra Parada, determinadas circunstancias del local en que él prestaba sus servicios y la confianza que suscitaba el recluso, examinando el cuaderno de la investigación administrativa y especialmente las declaraciones antes reseñadas, especialmente la del propio actor, lo mismo que las normas legales pertinentes, no es posible llegar a la conclusión a que llegó el Tribunal en el sentido de que la fuga "no puede imputarse a un descuido, negligencia u omisión del demandante, sino que se debió a los factores que se han indicado anteriormente" y que "la sanción máxima impuesta al actor por medio de los actos administrativos demandados, no encaja dentro de la causal invocada por

los actos administrativos demandados y no guarda proporcionalidad". Por el contrario, lo que se deduce de las pruebas aportadas al expediente es que el actor faltó gravemente al cumplimiento de su deber de vigilancia sobre el recluso evadido, sin que el empeño que posteriormente puso para la aprehensión de él, disculpe su negligencia.

En su concepto de fondo, dijo el señor Fiscal Cuarto del Tribunal Administrativo de Cundinamarca: "A primera vista, para este despacho no se ha desvirtuado la presunción de legalidad del acto acusado". La Sala, después de un detenido examen del expendiente, puede afirmar en forma categórica que esa presunción no ha sido desvirtuada de ninguna manera. Y, desde luego, solo en el evento de que se logre desvirtuarla, procede la nulidad del acto acusado.

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

FALLA:

Revócase la sentencia consultada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 27 de agosto de 1982 y en su lugar se dispone:

Niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día cuatro (4) de marzo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

SUSPENSION COLECTIVA DEL TRABAJO. MAYORIA QUE VOTA LA DECISION. (Artículo 31 del Decreto 2351 de 1965 que subrogó el artículo 444 del C. S. del T.).

Como el texto del artículo 444 del Código es claro y no permite interpretaciones ni exclusiones que no están contenidas en su texto, por "TRABAJADORES DE LA EMPRESA", deben entenderse todos aun los de "DIRECCION, CONFIANZA Y MANEJO".

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.E., primero de junio de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Ignacio Reyes Posada**

Actor: **Sindicato de Industrias Metalúrgicas de Colombia "Sintramecol"**

El Sindicto de Industrias Metalúrgicas de Colombia, "Sintramecol", por conducto de apoderado, solicita de esta Corporación se haga las siguientes declaraciones:

"Primera. Que es nula la Resolución No. 1072 de marzo 30 de 1977, proferida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, providencia que calificó como ilegal la suspensión colectiva de labores que realizaron los trabajadores de la empresa Fábricas de Tornillos y Remaches "Gutemberto Ltda.", "Talleres Gutemberto", entre el 12 y el 30 de marzo de 1977, y que previno a esa empresa, en el sentido de que la facultad que la ley le confiere para despedir a los trabajadores que participaron en el paro, podrá ejercerse "previo concepto favorable de las autoridades administrativas del trabajo, de acuerdo con el procedimiento señalado en las Resoluciones 1064 y 1091 de 1959, modificadas por los artículos 5o. y 6o. de la Resolución 342 de 9 de febrero del año en curso y por el Decreto 2164 de 1959".

"Segunda. Que como consecuencia de la nulidad de la Resolución No. 1072 de marzo 30 de 1977, emanada del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y en restablecimiento del derecho en favor del Sindicato de Trabajadores de las Industrias Metalúrgicas de Colombia, "Sintramecol", y de sus afiliados —que dicho Sindicato representa con arreglo al ordinal 5o. del Art. 373 del Código Sustantivo del Trabajo".

"a) La administración deberá indemnizar a dicho Sindicato por los perjuicios, pericialmente estimados, que se han derivado para él y sus representados, de la declaratoria de ilegalidad del cese colectivo de labores que realizaron los trabajadores de la empresa arriba mencionada, entre el 12 y el 30 de marzo de 1977, en tanto esa declaración redujo seriamente la capacidad de negociación del Sindicato dentro del correspondiente conflicto y afectó en detrimento de los trabajadores, el resultado de la contratación colectiva".

"b) Los despidos que efectúe la empresa Fábrica de Tornillos y Remaches "Gutemberto Ltda." - "Talleres Gutemberto", con base en la declaratoria de ilegalidad del cese colectivo de labores que efectuaron sus trabajadores entre el 12 y el 30 de marzo de 1977, tienen el carácter de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del patrono".

"Tercera. Que como consecuencia de la nulidad de la Resolución No. 1072 de marzo 30 de 1977, emanada del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y en restablecimiento del derecho a favor de mis poderdantes, señores Luis Eduardo Acosta, Isidro Alarcón, Héctor Josué Arenas, Arturo Avila, Jorge Cárdenas, Campo Elías Pinzón, Alfonso Quevedo y César Augusto Sánchez, el despido que llegue a hacérseles por haber participado, voluntariamente o no, en el cese colectivo de labores que se presentó entre el 12 y el 30 de marzo de 1977 en la empresa Fábrica de Tornillos y Remaches "Gutemberto Ltda." - "Talleres Gutemberto", tiene el carácter de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del patrono".

Los hechos en que se fundó el libelo son los siguientes:

"1o. El domingo 6 de marzo del presente año, los trabajadores de la Fábrica de Tornillos y Remaches "Gutemberto Ltda." - "Talleres Gutemberto"

afiliados a Sintramecol, celebraron una Asamblea General, que contó con el quórum y estatutario, y en desarrollo de la cual decidieron efectuar la huelga que contempla la ley, dentro del conflicto colectivo de trabajo que venía enfrentándolos a su patrono".

"2o. Para la fecha en que se votó la huelga habían precluido, con arreglo a la ley, dentro del aludido conflicto colectivo, las etapas de arreglo directo y conciliación".

"3o. La empresa ocupaba por entonces 161 personas, de las cuales 37 eran empleados de dirección, confianza o manejo, 10 se encontraban en período de prueba y uno era aprendiz del Sena, y el Sindicato contaba con 71 afiliados. De manera que, excluyendo el personal de dirección, confianza o manejo, el Sindicato disponía de un número de afiliados superior a la mitad de los trabajadores de la empresa".

"4o. El cese colectivo de actividades se inició, cumplido el período de "prehuelga" de que trata la ley, el 12 de marzo de 1977, y fue debidamente comprobado por los inspectores 5o. y 8o. de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca, el 14 de marzo".

"5o. Mediante Resolución No. 1072 de marzo 30 de 1977, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social declaró ilegal la aludida suspensión colectiva de labores, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 450 del Código Sustantivo del Trabajo, aduciendo que, al efectuarlo los trabajadores habían pretermitido lo dispuesto por el Art. 31 del Decreto 2351 de 1965, puesto que los 71 sindicalizados, no alcanzaban a constituir la mitad más uno de los trabajadores que laboraban en la empresa, cuyo número ascendía a 161".

"6o. En desarrollo de las facultades que le confiere la declaración de ilegalidad del paro, según el Art. 450 del C.S.T., la empresa comunicó a la División Departamental del Trabajo los nombres de los 20 trabajadores que se proponía despedir. Y la División Departamental emprendió la investigación administrativa tendiente a determinar cuáles de ellos se encontraban amparados por la excepción de que trata el Art. 1o. del Decreto Reglamentario 2164 de 1959, de acuerdo con el cual "el Ministerio de Trabajo intervendrá de inmediato con el objeto de evitar que el patrono correspondiente despida a aquellos trabajadores que hasta ese momento hayan hecho cesación pacífica del trabajo pero determinada por circunstancias ajenas a su voluntad y creadas por las condiciones mismas del paro".

"7o. Por Resolución No. 6293 de junio 24 de 1977, la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca, declaró cubiertos por la mencionada excepción a 10 de los 20 trabajadores que se proponía despedir la empresa, de manera que esta última quedaba en libertad de terminar unilateralmente los contratos de trabajo de los siguientes señores: Luis Eduardo Acosta, Isidro Alarcón, Teodoro Alba Cortés, Héctor Josué Arenas, Arturo Avila, Jorge Cárdenas, Campo Elías Pinzón, Alfonso Quevedo, César Augusto Sánchez y Adolfo Vargas".

"8o. La Resolución 6293 de la División Departamental del Trabajo no se encuentra ejecutoriada, pues contra ella interpuse los recursos de reposición y apelación por la vía gubernativa, dentro del término legal, y en ejercicio del

poder conferido al efecto por Sintramecol y por los trabajadores últimamente mencionados. Por Resolución No. 6910 de julio 15 de 1977, el señor Jefe de la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca, confirmó en todas sus partes la recurrida Resolución 6293 y concedió el correspondiente recurso de apelación para ante el Director General del Trabajo, que se encuentra en curso".

En la demanda se citan como disposiciones violadas "el Art. 31 del Decreto 2351 de 1965, que subrogó el 444 del C.S.T., la huelga o la solicitud de arbitramento serán decidas en votación secreta, por la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa o por la Asamblea General del Sindicato o sindicatos a que estén afiliados más de la mitad de los trabajadores"... Según el Art. 450 del C.S.T., "La suspensión colectiva del trabajo es ilegal en cualquiera de los siguientes casos: ...d) Cuando ha sido declarada con violación de lo dispuesto en el Art. 444".

"Las aludidas disposiciones tienden a evitar que la huelga, con la paralización que implica de la totalidad de las actividades de la empresa, sea agenciada por un grupo minoritario de trabajadores. Ahora bien: sus alcances deben ser entendidos sin desmedro de otras disposiciones de la legislación laboral, so pena de restringir el derecho de huelga más allá del punto en que ha pretendido hacerlo el propio legislador. En particular, los Arts. 31 del Decreto 2351 de 1965 y 460 literal d) del C.S.T., deben armonizarse con las normas relativas a los empleados de dirección, confianza y manejo, que configuran un régimen específico dentro de la legislación del trabajo".

"Ese régimen particular está compuesto por numerosas disposiciones, dispersas a lo largo del Código. Comienza por insinuarse en la primera parte del mismo, dentro del "Derecho Individual del Trabajo", a través de reglas como los artículos 32, 162 literal a) y 191. La primera de ellas otorga el carácter de representantes del patrono, que lo obligan como tales ante los trabajadores, a los empleados de dirección o administración. El Art. 162 literal a), excluye a los empleados de dirección, confianza o manejo, de la regulación sobre jornada máxima legal de trabajo. El Art. 191 autoriza a los empleados de manejo que hacen uso de sus vacaciones, para dejar un reemplazo bajo su responsabilidad solidaria".

"En su parte segunda, el "Derecho Colectivo del Trabajo", el Código Sustantivo completa este régimen específico, dotándolo de sus mayores alcances para los efectos que nos ocupan, al dar la posibilidad de restringir por vía estatutaria la admisión de altos empleados en los sindicatos de base (Art. 358 numeral 2); al *prohibir* que formen parte de la junta directiva de un sindicato de base quienes representen al patrono o tengan funciones de dirección o de confianza personal o puedan fácilmente ejercer una indebida coacción sobre sus compañeros trabajadores (Art. 389) y al prescribir que no gozan de fuero sindical (Art. 409 ordinal 2o.)".

"De todo este complejo normativo se infiere que la ley ha reconocido un carácter jurídico particular a esta categoría de trabajadores".

"La Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de Casación del 1o. de junio de 1965, describía los cargos de dirección, en interpretación de la ley, como propios de quienes "actúan en función no simplemente ejecutiva, sino concepti-

va, orgánica y coordinativa, múltiple, esencialmente dinámica, que persigue el buen éxito de la empresa", y los contraponía a los de quienes ejecutan un trabajo ordinario "que no lleva sino su propia representación y cuya labor se limita a la ejecución concreta de determinada actividad dentro de los planos señalados de antemano por el impulso directivo". Los empleados de dirección "ocupan una posición especial de jerarquía", "están dotados de determinado poder discrecional de autodecisión y cuentan con facultadess disciplinarias y de mando sobre el personal ordinario, cuyos límites resultan el último término *"de la voluntad superior del empleador"*.

"Acogiéndose al tenor literal de las palabras, en Sentencia de Casación de julio 27 de 1953, la Corte consideraba empleados de confianza a quienes "pueden actuar con cierta libertad en el servicio a nombre del patrono". Y empleados de manejo a quienes se encargan de los fondos de dinero.

"La doctrina reciente, a partir de las elaboraciones de la moderna teoría jurídica de la empresa, agrupa estas diversas categorías bajo la denominación común de empleados de confianza, y distingue los de dirección, que configuran los niveles altos y medios de las líneas de mando, y los de manejo, cuya misión implica confianza calificada, relacionada no solo con la custodia de dinero, sino también de otros bienes y efectos, como los libros contables y papeles de archivo, de una parte, y los equipos, insumos y mercancías almacenadas, de la otra. Se incluye, por último, bajo la denominación común de "empleados de confianza", a los consejeros y asesores del patrono, en el diseño y ejecución de las actividades financieras, organizativas y técnicas de la empresa, así no estén dotados de mando".

"En todo caso, como lo ha dicho la Corte, "no es posible dar un criterio de las nociones de dirección, vigilancia, fiscalización, inspección de labores, confianza y demás similares, sino que debe estudiarse la relación de trabajo respectiva en cada empresa para catalogar al trabajador en cualquiera de estas clasificaciones, según las funciones" (Casación, octubre 5 de 1948). Lo importante es comprender que todas estas posibles facetas de los "empleados de confianza" redundan en la configuración de *tipo* particular de trabajador, cuya característica es la de corresponder a un desdoblamiento de la función patronal en múltiples actividades, que deben ser desempeñadas por agentes cada vez más diversos, a medida que la empresa crece y se torna más dinámica y compleja. El empleado de dirección, de confianza o de manejo, aparece, así, como una prolongación del empleador frente al conjunto de los trabajadores ordinarios, aunque mantenga con aquél relaciones definidas por un contrato de trabajo —las únicas de recibo en nuestro sistema económico laboral".

Plenamente justificada se encuentra, así la existencia de un régimen normativo especial, relativo a estas categorías de trabajadores. "Régimen que debe ser cuidadosamente ponderado, a efecto de armonizarlo con las disposiciones relativas a las organizaciones sindicales y a los conflictos colectivos de trabajo".

"Aquéllas están constituidas para propender al mejoramiento económico, social y cultural de sus afiliados, condiciones de autonomía ante el patrono y con capacidad de adelantar frente a él conflictos que redunden en contrataciones colectivas. La ley quiere impedir que los sindicatos se conviertan en

instrumentos dóciles del patrono por vía del acceso de su personal de confianza a las juntas directivas de aquéllos, según lo prevé explícitamente el Código Laboral. Y no quiere que sufra menoscabo la capacidad sindical de presión y negociación, a través de cualquier expediente que pueda inferirse de las prevenciones del propio legislador, como la alteración de las proporciones cuantitativas entre los trabajadores de confianza y los trabajadores ordinarios, por parte del patrono, en orden a obstaculizar la conformación de las mayorías necesarias para la toma de determinadas decisiones".

"De todo ello debe concluirse que, como emanaciones de la función patronal, los empleados de dirección, confianza o manejo, no están en capacidad jurídica de promover, apoyar o participar en un cese de actividades contra el patrono y se encuentran inhabilitados para votar la huelga. Y que, en consecuencia, para los efectos del Art. 37 del Decreto 2351 de 1965, deben descontarse como si se tratara del propio empleador, considerando trabajadores de la empresa, tan solo a los ordinarios, es decir, a los que no están comprendidos dentro de las mencionadas categorías.

"Este imperativo jurídico ha sido desconocido por la Resolución No. 1072 de marzo 30 de 1977, del Ministerio del Trabajo. En orden a su expedición, el Ministerio se abstuvo de apreciar cuáles trabajadores eran empleados de dirección, confianza o manejo, y de efectuar el cómputo de las mayorías necesarias para votar la huelga con las resultas de esa apreciación.

"INCONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO ACUSADO"

"Como se desprende de los artículos 17 y 32 de la Carta Fundamental, en procura del equilibrio de las fuerzas sociales, y sobre la base de que los trabajadores se hallan en manifiesta inferioridad económica, el Estado debe hacerlos objeto de una protección especial. La consagración del derecho de huelga, a que hace referencia el Art. 18 de la Constitución, debe apreciarse a la luz de lo anterior".

"La reglamentación de este derecho por vía legal, solo puede hacerse dentro del ámbito correspondiente a la salvaguardia del interés público. Así lo ha entendido el legislador, limitándose de una parte, a prohibir la huelga en tratándose de empleados públicos y trabajadores oficiales (Art. 416 C.S.T.) y en las actividades que constituyen servicio público (Art. 430, modificado por el Art. 1o. del Decreto Extraordinario 758 de 1956) y proscribiendo las huelgas que afectan los intereses de la economía nacional (Ley 48 de 1968, Art. 3o. numeral 4) y la prolongación de las que llevan determinada duración (Decreto-ley 939 de 1966, Art. 2o.). Y reglamentado, de otro lado, el ejercicio del derecho, para que, con arreglo a su naturaleza específica, solo pueda ejercerse cuando los sujetos del mismo, sin prohijamientos exteriores, cuenten con los recursos suficientes para dar al movimiento dimensiones colectivas, en su puja de fuerzas frente al patrono".

"Sólo a la luz de estas últimas limitaciones, cobra sentido la exigencia de determinadas mayorías para votar la huelga. Y es de allí de donde mejor puede colegirse que la inclusión de los empleados de dirección, confianza o manejo en el cómputo correspondiente, los convierte en juez y parte, y constituye un indebido apadrinamiento de la administración a una de las fuerzas económi-

cas en pugna, con menoscabo del derecho consagrado por el artículo 46 de la Constitución Nacional", y se analiza el concepto de la violación.

Acatado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad, oído el concepto de la fiscalía Quinta y ejecutoriado el auto de citación para sentencia, se procede a ello previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Mediante el presente proceso se pretende obtener la nulidad de la Resolución No. 1072 de marzo 30 de 1977, proferida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, mediante la cual se decretó la ilegalidad de la suspensión colectiva de labores realizadas por los trabajadores de la Empresa Fábrica de Tornillos y Remaches "Gutemberto Ltda." entre los días 12 y 30 de marzo de 1977.

El Ministerio declaró la ilegalidad en virtud de la norma del artículo 31 del Decreto 2351 de 1965, que subrogó el 444 del C. Sustantivo del Trabajo según el cual "la huelga o la solicitud de arbitramento serán decididas en votación secreta, por la mayoría absoluta de los trabajadores de la Empresa o por la Asamblea General del Sindicato o Sindicatos a que estén afiliados más de la mitad de los trabajadores en concordancia con el artículo 450 del C. del S. del T. que prescribe que la suspensión colectiva del trabajo es ilegal cuando ha sido declarada con violación de lo dispuesto en la norma anterior.

El actor en este proceso sostiene que para determinar la mayoría a que se refiere la norma antes citada es necesario "descontar" aquellos trabajadores que ejercen cargos de dirección o de confianza porque están sujetos a un régimen especial y pueden llegar a representar al patrono, confundiéndose, en consecuencia, con éste.

Refiriéndose a la tesis anterior la distinguida Fiscal Quinta de esta Corporación rinde un concepto que la Sala acoge integralmente por hallarlo ajustado a derecho y que por lo tanto servirá de fundamento a la decisión que va a tomarse. Dice así el concepto Fiscal en lo pertinente:

"Esta novedosa tesis, en opinión de la Fiscalía, no tiene asidero legal".

"En efecto, el artículo 444 del Código se refiere a la mayoría absoluta de los trabajadores de la Empresa, sin exceptuar a ninguno, o a la Asamblea General del Sindicato que agrupe más de la mitad de dichos trabajadores".

"Los empleados de dirección, confianza y manejo, ciertamente pueden llegar a considerarse representantes del patrono, y es precisamente por eso que la ley les prohíbe formar parte de las Juntas Directivas de los Sindicatos y no les concede fuero sindical pero no por ello pueden dejar de considerarse trabajadores de la empresa, pues lo son en todo momento. Pueden inclusive estar sindicalizados y participar en la huelga como los demás. Las únicas diferencias respecto a su situación laboral son las ya indicadas y aquella de que no están sometidos a la jornada máxima legal de trabajo, por razones obvias".

"Como el texto del artículo 444 del Código es claro y no permite interpretaciones ni exclusiones que no están contenidas en su texto, por "trabajadores de la empresa", deben entenderse todos aun los de dirección, confianza y manejo".

En mérito de las consideraciones anteriores el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Deniéganse las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día veinte (20) de mayo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

LICENCIAS NO REMUNERADAS. PRORROGAS.

1. La licencia ordinaria es un derecho incontestable del trabajador, que ha sido consagrado en forma reiterada en nuestra legislación y celosamente respetado por el empleador.

2. Características.

3. Si los empleados públicos, tienen derecho a solicitar licencia no remunerada por el término de 60 días, prorrogables por treinta más, implica la existencia de un derecho correlativo por parte de la Administración de resolver oportunamente tanto las peticiones de las licencias como los de su prórroga, si ha sido utilizada oportunamente. ABUSO DEL DERECHO.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.E., catorce de junio de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Alvaro Orejuela Gómez**

Demandante: **Lucía Orjuela de Moncayo**

Referencia: Juicio No. 5.968 Resoluciones Ministeriales

En demanda presentada ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, la señora Lucía Orjuela de Moncayo, por intermedio de apoderado y en acción de plena jurisdicción, solicitó que en sentencia se hicieran las siguientes declaraciones:

"*Primera.* Que es nula la Resolución número 12401 del 14 de septiembre de 1978, proferida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cuanto

por ella se resuelve declarar vacante el cargo de Economista II-21 de la Dirección General de Aduanas, desempeñado por la doctora Lucía Orjuela de Moncayo, a partir del día 5 de junio del mismo año.

"*Segunda.* Que se ha operado el fenómeno jurídico de agotamiento de la vía gubernativa por silencio de la Administración, en relación con el recurso de reposición interpuesto por la actora contra la precitada Resolución 12401 del 14 de septiembre de 1978, proferida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el día 8 de octubre del mismo año, lo cual la faculta para promover la presente acción de plena jurisdicción.

"*Tercera.* Que como consecuencia de los anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se ordene al Ministerio de Hacienda y Crédito Público reintegrar a la doctora Lucía Orjuela de Moncayo, al cargo de Economista II-21 de la Dirección General de Aduanas —División Arancel— u a otro de igual o superior categoría dentro del Escalafón de Carrera Administrativa.

"*Cuarta.* Que, igualmente, como consecuencia de las dos primeras declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Nación —Ministerio de Hacienda y Crédito Público— a reconocer y pagar a la doctora Lucía Orjuela de Moncayo, los sueldos, primas, bonificaciones, subsidios, vacaciones y demás emolumentos dejados de percibir en el cargo de Economista II-21 de la División de Arancel de la Dirección General de Aduanas, desde el día 6 de junio de 1976 hasta la fecha en que efectivamente sea reintegrada al servicio oficial.

"*Quinta.* Que no ha existido solución de continuidad a los servicios prestados a la Nación por la actora, para todos los efectos legales, y en especial para lo relacionado con prestaciones sociales".

Como fundamento de las anteriores peticiones, se aduce en el libelo una larga serie de hechos que el Tribunal transcribe en la sentencia recurrida y que esta Corporación estima innecesario insertar de nuevo, pero los tendrá en cuenta al pronunciar su decisión definitiva.

Se invocan en la demanda como disposiciones infringidas por la expedición del acto impugnado, los artículos 16, 17 y 30 de la Constitución Nacional; 1o., 7o., 11, 12, 13, 19, 25, 26, 27, 40 y 61 del Decreto-ley 2400 de 1968, modificado por el Decreto número 3074 del mismo año: 1o., 22, 58, 60, 61, 62, 64, 105, 110, 111, 112, 113, 114, 120, 127, 130, 131, 149 a 163 y 180 del Decreto Reglamentario número 1950 de 1973. Sobre cada una de las normas citadas, el apoderado de la actora realiza un detenido y acertado análisis jurídico, con el fin de demostrar el derecho que dice asistirle a su poderdante en la reclamación impetrada, como también expone los motivos de la violación de que fueron objeto los preceptos legales antes mencionados.

Al constituirse como parte impugnadora en el juicio, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público designó apoderado para que representara a la Entidad durante el trámite del mismo, lo que hizo, en efecto, al intervenir en las dos instancias del proceso, para oponerse a las súplicas del libelo y solicitar que fueran denegadas.

Por medio del fallo proferido con fecha 9 de mayo de 1981, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca. accedió a las pretensiones de

la accionante, siendo apelada esta decisión por el mandatario judicial del Ministerio de Hacienda.

Surtida la tramitación de la litis, sin que se observe causal de nulidad alguna que pudiese invalidar lo actuado, procede esta Sala a dictar la sentencia correspondiente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Para despachar favorablemente los pedimentos del libelo, el Tribunal del conocimiento sostuvo en la sentencia recurrida:

"Los hechos fundamentales en que se apoya la demanda están demostrados en el proceso. La demandante era funcionaria del Ministerio de Hacienda, en la Dirección General de Aduanas, inscrita en el Escalafón de la Carrera Administrativa. En Oficio del 26 de marzo de 1970 la trabajadora solicitó licencia no remunerada por 60 días a partir del 6 de abril siguiente y dicha licencia le fue concedida en providencia del 12 de abril con retroactividad al 6 del mismo mes. Estando disfrutando de su licencia la demadante solicitó, con más de 20 días de anticipación al vencimiento de su licencia, prórroga de la misma por 30 días más. En Oficio fechado el 5 de junio de 1976 que, como lo advierte la demandante en su memorial de reposición en la vía gubernativa, era sábado día no laborable en la Entidad empleadora y que, además, le fue entregado a la actora el día 18 de junio siguiente, se le comunicó que por necesidades del servicio "le ha sido negada la prórroga de la licencia". Esta comunicación fue recibida por la trabajadora más de 30 días después de solicitada la prórroga y cuando ya la trabajadora había presentado renuncia de su cargo, en nota del 4 de junio radicada el 8 del mismo mes, en consideración a la urgente necesidad de la prórroga de la licencia no tramitada oportunamente. En nota del 30 del mismo mes y año, la actora volvió a presentar renuncia irrevocable de su cargo, haciendo referencia a una comunicación del 18 de junio dirigida por el doctor Diego Guerrero e insistiendo en que le sea tenida en cuenta y surta los efectos correspondientes a partir del 4 de junio de 1976. Mediando esa solicitud de licencia y esa reiterada renuncia al cargo de la demandante, no resueltas oportunamente, la Administración profirió el 14 de septiembre de 1976, el acto que se impugna en este proceso declarando la vacancia del cargo de la demandante. Finalmente, ésta, interpuso recurso de reposición contra la declaratoria de vacancia con miras a obtener su revocatoria y en su lugar la aceptación de su renuncia.

"La licencia ordinaria es un derecho incontestable del trabajador, que ha sido consagrado en forma reiterada en nuestra legislación y celosamente respetado por el empleador, por cuanto se ha entendido siempre que el hecho de tener que privarse, durante la licencia, de la contraprestación vital de su trabajo, que es el salario, hace que el trabajador use en forma prudente de esta garantía que le otorga a la ley.

"A la licencia no remunerada recurre el trabajador para atender asuntos personales urgentes, emergencias familiares y justas aspiraciones de mejoramiento laboral.

"La licencia ordinaria es el medio por excelencia para ejercitar el derecho a la superación profesional, y es necesario reconocer que, en la práctica, esta finalidad constituye el más frecuente motivo para su utilización.

"Dice el artículo 19 del Decreto 2400 de 1968:

"Los empleados tienen derecho a licencias renunciables sin sueldo hasta por sesenta (60) días del año, continuos o divididos. Si concurre justa causa, a juicio de la autoridad nominadora, la licencia puede prorrogarse hasta por treinta (30) días más".

"Cuando la solicitud de licencia no obedezca a razones de fuerza mayor o caso fortuito, la autoridad nominadora decidirá sobre la oportunidad de concederla, teniendo en cuenta las necesidades del servicio".

"Durante la licencia los empleados no podrán ocupar otros cargos dentro de la Administración Pública. Esta licencia no se computará para ningún efecto como tiempo de servicio".

"Esta norma garantiza el derecho a licencia anual hasta por 60 días y faculta a la Administración para prorrogarla por 30 días más, si concurre justa causa a juicio de la autoridad nominadora.

"En el caso planteado, la demandante, con buena anticipación, solicitó la prórroga a la cual tenía derecho y ante el silencio prolongado de la Administración presentó renuncia irrevocable, alegando urgente necesidad. Esta renuncia motivada, si se considera que el vencimiento de la licencia de la demandante coincidió con un fin de semana, no tuvo la extemporaneidad que se le pretende dar en la decisión administrativa impugnada. Pero ante todo, la Administración, sin ocuparse de verificar si había o no justa causa para la prórroga de la licencia, en forma por demás extemporánea y mediando una renuncia al cargo que revelaba la urgencia aducida por la trabajadora, negó el derecho oportuno solicitado por la demandante, y continuó guardando silencio en relación con las renuncias, hasta proceder a subsanar su informalidad y su desidia con una extemporánea declaratoria de vacancia.

"Considera la Sección que la Administración no puede desvincular a un empleado por abandono del cargo cuando ha mantenido pendiente otras decisiones administrativas en relación con situaciones planteadas por dicho empleado que, justamente, ha estado en estrecha comunicación con la Entidad empleadora solicitando derechos respaldados en las leyes".

Esta Corporación está de acuerdo con las anteriores tesis y planteamientos del Tribunal, pues si los empleados públicos tienen derecho a solicitar licencia no remunerada por el término de sesenta días prorrogables por treinta más, ello implica la existencia de un deber correlativo por parte de la Administración de resolver oportunamente tanto las peticiones de las licencias como las de su prórroga, si ha sido solicitada oportunamente.

Ahora bien, el cumplimiento de esa obligación, no puede usarse en contra del empleado para declarar la vacancia del cargo, con las implicaciones que ello acarrea para el funcionario; concretamente por el registro de sus antecedentes ante el Departamento Administrativo del Servicio Civil. Afirmar lo contrario es abusar del derecho, lo que configura una modalidad de la desviación de

poder que hace anulables los actos proferidos por la Administración, pues todas las actuaciones de ésta deben estar sujetas al principio de legalidad, como lo tiene establecido esta Corporación en reiteradas providencias.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, con fecha nueve (9) de mayo de mil novecientos ochenta y uno (1981).

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el nueve (9) de junio de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Joaquín Vanín Tello, Alvaro Orejuela Gómez, Aydée Anzola Linares, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES. Si en el momento de proferir sentencias definitivas, el juez se encuentra con una demanda en que el actor ha acumulado objetivamente acciones que a primera vista son opuestas entre sí, ante todo debe aplicar las normas de interpretación racional de la demanda para ver cuál fue la intención del actor, debiendo preferir el sentido en que una petición pueda producir algún efecto a aquél en que no sea capaz de producir ninguno, y solo en el caso en que la interpretación no sea positiva y subsista la ineptitud de la demanda, debe dictar resolución inhibitoria. Inhibición Parcial (Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.E., quince de junio de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Ignacio Reyes Posada**

Proyectó: **Dr. José Gabriel Salom**, Abogado Asistente

Actor: **Sindicato Nacional de Trabajadores Alnon "Productos Alkalinos S.A."**

Referencia: Expediente No. 3.024

El Sindicato Nacional de Trabajadores Alnon "Productos Alkalinos S.A.", por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 67 del C.C.A., solicitó de esta Corporación que en sentencia definitiva se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera. Que es nula la Resolución No. 000853 del 9 de febrero de 1978, emanada del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y por medio de la cual se autorizó el despido colectivo de mis mandantes de la empresa Productos Químicos Panamericanos S.A.".

"Segunda. Que son igualmente nulas las Resoluciones números 002629 del 18 de abril de 1978 y 02332 del 21 de junio de 1978, emanadas del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y por medio de las cuales se confirmó la decisión contenida en la Resolución No. 000853 del 9 de febrero de 1978, contentiva de una autorización a la empresa Productos Químicos Panamericanos S.A. para despedir colectivamente a mis mandantes".

"Tercera. Que la nación colombiana, representada por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, es responsable administrativamente de los perjuicios que se derivaron o se deriven para los actores de la expedición y ejecución de los actos cuya nulidad se solicita en las dos peticiones anteriores".

"Cuarta. Que como consecuencia de la declaración anterior, la nación colombiana, pagará a los actores, los perjuicios derivados de las providencias que anulen los actos acusados, los que se estiman, provisionalmente en la cifra de un millón de pesos ($1.000.000.oo), o la que se establezca en el proceso, o en la etapa subsiguiente que ponga fin a esta acción".

"Quinta. Que, si a ello hubiere lugar, el H. Consejo de Estado, haciendo uso de los poderes que le confiere el artículo 69 del C.C.A., ordene el restablecimiento de los derechos de los actores, en especial quienes demuestren estar amparados por la inamovilidad que da el fuero sindical o el derecho al reintegro por más de diez o quince años de servicios continuos o ininterrumpidos a la empresa autorizada para despedirlos colectivamente".

Como hechos constitutivos de la acción ejercitada se indican en el libelo los que aparecen relacionados a folios 28 a 32 del expediente, donde igualmente se expresan las normas violadas y se omite el correspondiente concepto de violación.

Por auto de fecha 27 de enero de 1981, el suscrito Consejero Conductor del Proceso decretó la nulidad de la actuación, atendiendo la solicitud formulada por la agencia del Ministerio Público, en el sentido de que en el asunto sub judice se configuraba la nulidad procesal a que se contrae el numeral 3 del artículo 113 del Código Contencioso Administrativo, determinación que fue confirmada por la Sala de Decisión mediante providencia de 8 de mayo de 1981 (fol. 92).

De conformidad con lo anterior, se dispuso notificarle el auto admisorio de la demanda al señor Gerente de la Sociedad Productos Químicos Panamericanos S.A. (fol. 104) persona que en tal calidad, no tuvo ninguna actuación dentro del juicio.

La Fiscalía Cuarta de la Corporación en su vista reglamentaria, es de concepto que se profiera una decisión inhibitoria por indebida acumulación de pretensiones, por las razones allí expresadas.

Como el trámite del presente proceso se ha ceñido a los preceptos de ley no se observa causal de nulidad que pudiese invalidarlo, la Sala procede a proferir la correspondiente sentencia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Revisada la actuación dentro del trámite de la instancia se advierte, a primera vista, que corresponde a la Sala como cuestión previa al aspecto de fondo, pronunciarse sobre la excepción de ineptitud de la demanda, propuesta por la Agencia del Ministerio Público en su vista reglamentaria.

Considera la Fiscalía que la demanda que dio origen al presente proceso es inepta, toda vez que en el asunto sub judice no se configuran las hipótesis consagradas en el artículo 82 del C. de P.C. para que sea viable la acumulación de pretensiones, por cuanto las "cuatro primeras pretensiones son del resorte de esta jurisdicción y la última lo es de la justicia ordinaria laboral".

En lo referente a la excepción aludida, la Corte Suprema de Justicia ha tenido oportunidad de fijar su criterio jurisprudencial, cuando expresó:

"Respecto de la acumulación de pretensiones inacumulables, por ser opuestas o contradictorias, dijo la Corte en la primera sentencia en que estudió concretamente el tema de los presupuestos procesales (21 de julio de 1954), que "si en el momento de proferir sentencias definitivas, el Juez se encuentra con una demanda en que el actor ha acumulado objetivamente acciones que a primera vista son opuestas entre si, ¿qué es lo que debo hacer? Ante todo aplicar las normas sobre interpretación racional de la demanda para ver si esa oposición o contradicción es meramente aparente; así estará más a la intención del actor que a lo literal de las palabras, cotejará las distintas partes del libelo apreciándolo en su conjunto, preferirá el sentido en que una petición pueda producir algún efecto a aquél en que no sea capaz de producir ninguno, etc. De este examen se puede llegar a la conclusión de que la ineptitud de la demanda es aparente porque las acciones, aunque opuestas entre sí, están formuladas condicionalmente o subsidiariamente en forma *sucesiva, eventural o alternativa* (subrayado en el texto), y no en forma *concurrente*, a pesar de que el actor no lo haya dicho expresamente en el libelo con la técnica adecuada, mas si la interpretación no es posible y subsiste la ineptitud de la demanda por esta causa, el deber del juzgador es inhibirse de fallar el negocio en el fondo y no pronunciar una sentencia absolutoria declarando una excepción perentoria que no existe" (LXXVIII, pág. 103).

"De lo anteriormente transcrito se ve que el fallo inhibitorio es procedente cuando las pretensiones principales de la parte demandante no son acumulables, precisamente por ser opuestas o contradictorias entre sí, es decir, que una de ellas excluye a la otra, porque atentan contra el principio de contradicción. Tal sería el caso de que se pidiesen simultáneamente la declaración de nulidad y la resolución de un contrato, o que se impetrase a un mismo tiempo el

cumplimiento de obligaciones emanadas de un pacto contractual y la resolución del mismo".

"En cambio, cuando por no haberse aplicado oportunamente alguno de los remedios procesales antes comentados, el sentenciador encuentra que la actuación es válida y está debidamente tramitada pero que carece de competencia para decidir sobre una o más de las súplicas principales, aunque sí la tiene para pronunciarse sobrer las otras, puede muy bien dictar sentencia y decidir sobre el mérito de las pretensiones respecto de las cuales es competente e inhibirse parcialmente en cuanto a las demás".

"Esta situación suele presentarse cuando en una misma demanda se han formulado peticiones dentro del campo de la competencia de la justicia ordinaria y otras ajenas a ésta por estarlo dentro de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Es claro que tal acumulación es indebida y que por tanto el juez habría podido rechazarla de conformidad con el numeral 4o. del artículo 85 del C. de P.C., o que el demandado habría podido también pedir reposición del auto admisorio respectivo o proponer la excepción previa correspondiente, según el numeral 5o. del artículo 97. Sin embargo, si nada de ello ocurrió, y por el contrario, la litis se tramitó legalmente hasta quedar en estado de recibir sentencia, surge entonces el dilema que se plantea en el negocio que ahora se estudia: por razón de esa indebida acumulación de pretensiones la sentencia debe ser totalmente inhibitoria, como lo protende el recurrente, o tal inhibición puede ser parcial, como lo arguye el opositor, en cuanto a las súplicas para cuya decisión el juez carece de competencia y al mismo tiempo de mérito respecto de aquéllas para las cuales así la tiene".

"La jurisprudencia y la doctrina se han inclinado por el segundo extremo de la alternativa propuesta, es decir por la inhibición parcial, ya que por otra parte, ese tiempo de acumulación de pretensiones no acarrea la invalidez del proceso. En efecto, de acuerdo con el principio de la especificidad, no cabe anular una actuación por motivos distintos de los que taxativamente enumera la ley, ni cabe tampoco aplicar éstos, por analogía, a casos no contemplados expresamente en las normas legales".

"La Corte expuso a este respecto lo siguiente: *"Por razones de economía procesal* (se subraya) que no agravan las condiciones del demandado, la Sala insiste en que el proceso no es nulo cuando el juez es competente para conocer siquiera de una de las acciones entre las varias propuestas en la demanda. El proceso no es nulo en absoluto ni puede anularse para unas acciones y ser válido para otras, cuando el juez es competente para conocer de una de ellas. Porque es claro que, si al pronunciarse la sentencia de instancia el Tribunal... encuentra que no es competente para conocer de alguna de las acciones, pero que sí lo es para otras, así debe declararlo en el fallo y proceder en consecuencia" (31 de mayo de 1954 LXXVII, pág. 728). Esta doctrina originalmente expuesta en auto del 22 de abril del mismo año (G. J. cit. pág. 724), fue reiterada posteriormente, en providencia del 13 de agosto de 1954 (LXXXVI, pág. 363) y luego en sentencia del 11 de octubre de 1962 en la cual reiteró "la doctrina en que la incompetencia de jurisdicción respecto de una de las varias acciones que se acumulan en una misma demanda no genera la nulidad de toda ésta, si el juez o Tribunal la tiene para el conocimiento de las demás...", (C. pág. 109), en casos no sólo semejantes sino iguales al de que ahora se ocupa la Corte".

"En sentencia también de la Sala de Casación Civil había dicho "que la generalización del concepto sobre ineptitud sustantiva de la demanda no presta a errores ocasionados a denegación de justicia. Aunque se hayan acumulado de hecho dos o más acciones sin tratarse de lo autorizado por el artículo 299 del C. J., la secuela del juicio con claridad que arrojan las alegaciones y probanzas de las partes puede permitir el fallo de una de aquéllas... en vez de pronunciar *con olvido de la economía procesal* (se subraya) sentencia inhibitoria que anula esfuerzos, expectativa y erogaciones de los interesados. Naturalmente para ello se empieza por suponer la posibilidad legal de esa solución" (Cs. Ci. 12 de agosto de 1948, pág. 706). La Sala de Negocios Generales acogió integralmente lo que se deja transcrito en sentencia del 16 de agosto de 1955 (LXXXI, pág. 317)".

"Hernando Morales, en obra publicada estando ya en vigencia el Nuevo Código de Procedimiento Civil, al comentar la acumulación objetiva de pretensiones, dice sobre el tema en estudio lo siguiente: "Así, pues, el único caso en que la falta de competencia del juez produce inhibitoria parcial es cuando alguna pretensión no es de competencia del juez, pero las otras sí, caso en que debe pronunciarse sobre aquéllas que sí le corresponden, pues la nulidad se purga con éstas" (Curso de Derecho Procesal Civil 6a. Ed. Bogotá, 1973, Ed. A.B.C., pág. 384)".

De acuerdo con la doctrina de la Corte, es incuestionable que si al momento de proferir sentencia el fallador se encuentra con una demanda en que el actor ha acumulado objetivamente pretensiones que a primera vista son opuestas entre sí, ante todo debe aplicar las normas de interpretación racional de la demanda para saber cuál fue la intención del actor, debiendo proferir el sentido en que una petición pueda producir algún efecto a aquél en que no sea capaz de producir ninguno y solo en el caso en que la interpretación no sea positiva y subsista la ineptitud de la demanda, debe dictar resolución inhibitoria. De igual modo, cuando observe que no es competente para fallar sobre alguna de las pretensiones acumuladas, no debe inhibirse de conocer de todas sino solamente de aquellas para la cual no está investido de competencia y por ende, debe decidir acerca del mérito de las restantes.

En el asunto sub judice, como es fácil deducirlo, es incuestionable que las cuatro primeras pretensiones a que se contrae el libelo inicial, son de competencia de esta jurisdicción, mas no la última, que compete a la justicia ordinaria laboral. En tales condiciones y con apoyo en el criterio jurisprudencial que se ha visto, solo procederá una decisión inhibitoria en lo referente a la aludida pretensión.

Estas las razones por las cuales se desechará la excepción de inhibitoria total, propuesta por la Agencia del Ministerio Público en su vista reglamentaria.

Respecto del asunto de fondo del tema debatido, este se contrae a determinar si el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social al expedir las Resoluciones impugnadas en virtud de las cuales se autorizó a la Empresa "Productos Químicos Panamericanos S.A." para terminar colectivamente varios contratos individuales de trabajo que tenía suscritos con algunos asalariados, violó disposiciones de superior jerarquía que determinan la nulidad de dichos actos.

En los considerandos de la Resolución No. 000853 de 9 de febrero de 1978, se exponen con claridad los argumentos fácticos y jurídicos que justifican la determinación adoptada por la Administración. Sin embargo, la agremiación demandante afirma que la Empresa no se encontraba en ninguna de las causales aducidas por el Ministerio para autorizar el despido colectivo de sus trabajadores y para comprobarlo solicitó dentro del proceso reiteradamente del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social el envío de los antecedentes administrativos que dieron origen a las Resoluciones impugnadas, elementos de juicio indispensables para determinar la posible violación que se predica en la demanda.

Se tiene pues, que en el presente caso, ni el actor —por circunstancias ajenas a su voluntad— ni la administración, cuyos actos se pretenden anular, aportaron prueba alguna que sirviera para respaldar los hechos en que se funda la demanda, no obstante que al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social se le notificó el auto admisorio de la demanda (fol. 36-96), oportunidad que dejó pasar sin desvirtuar las afirmaciones que hacía la agremiación demandante. Se presenta, por consiguiente, un problema de carga de la prueba.

Es procedente entonces indagar a quién le corresponde la carga de la prueba, para lo cual se debe establecer si la afirmación que hace el demandante de que la Empresa Productos Químicos Panamericanos S.A., no se hallaba comprendida dentro de las causales consagradas en el artículo 6o., literal a) del Decreto 2351 de 1965, vale decir, que ésta no se encontraba en período de liquidación o clausura, constituye un hecho de carácter indefinido, cuya prueba no le corresponde aportar, o si a pesar de esto, por tratarse de un proceso contra un acto administrativo no existe propiamente una relación entre demandante y demandado, como en el juicio civil que permite desplazar hacia éste la carga de la prueba del hecho indefinido.

De conformidad con lo anterior, es bien sabido que en todas las épocas y más aún dentro de los avances del derecho procesal moderno, la carga de la prueba recae sobre el demandado cuando en el libelo se hacen afirmaciones o negociaciones de carácter indefinido, pues tan difícil es para el demandante probar lo uno como lo otro, siendo, por el contrario, muy fácil para la Administración, controvertir las afirmaciones o negaciones indefinidas hechas por el actor.

Y aunque en los procesos administrativos se dice que propiamente no existe parte interesada que pueda resultar perjudicada con la sentencia estimatoria de las pretensiones y si a tal interesado se le ha notificado el auto admisorio de la demanda, bien puede constituirse o no como parte impugnadora de la acción ejercitada, pero en todo caso a él le corresponde aportar todos los elementos de juicios tendientes a demostrar los fundamentos de hechos en que se fundamentan los actos acusados, máxime cuando el demandante en reiteradas oportunidades solicitó el envío de tales antecedentes administrativos, con resultados infructuosos.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consignan el efecto jurídico que ellas persiguen".

Como excepción a esta regla general se dispone en el inciso 2o. que "los hechos notorios y las afirmaciones y negaciones indefinidas no requieren prueba" lo que debe entenderse en el sentido de que basta la simple postulación por parte del demandante de la afirmación o negación indefinida para que la carga de la prueba se desplace hacia el demandado, y tratándose de procesos administrativos este desplazamiento se hace hacia la Administración que ha sido citada legalmente al proceso y que injustificadamente omitió el envío de los antecedentes administrativos, indispensables para decidir acerca de la legalidad o ilegalidad de las Resoluciones impugnadas y las aportadas por ella no demuestran la existencia de la causal de liquidación o clausura de la Empresa Productos Químicos Panamericanos S.A. En consecuencia, lo afirmado en la demanda se acepta porque de existir tales pruebas el Ministerio hubiera debido aportarlas en obedecimiento a los autos de fechas 29 de enero de 1979 (fol. 45); 5 de septiembre de 1979 (fol. 49); 23 de enero de 1980 (fol. 55); 2 de mayo de 1980 (fol. 68); 21 de septiembre de 1981 (fol. 106) y 13 de noviembre de 1981 (fol. 111); que así las decretaron.

En tales circunstancias, es preciso concluir que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social no fundamentó su decisión en hechos probados de que la Empresa Productos Químicos Panamericanos S.A., se hallaban en etapa de liquidación o en período de clausura, que le permitiera dar por terminados los contratos de trabajo con sus asalariados y esto naturalmente, conduce a decretar la nulidad de las Resoluciones acusadas.

En lo que respecta a las peticiones tercera y cuarta de la demanda, considera la Sala, que a ellas no debe accederse, toda vez que durante el debate probatorio propio del juicio, no se demostró perjuicio de ninguna clase y además, como es bien sabido, éstos no pueden presumirse para disponer una condena en abstracto. Del mismo modo, es inaceptable el desistimiento de la pretensión quinta a que se contrae el memorial visible a folio 146, porque una petición así formulada, evidencia una tardía corrección de la demanda. Para el demandante, el derecho a aclarar, corregir o enmendar la demanda conforme al rito procesal (artículo 128 del C.C.A.), va hasta el último día de fijación en lista.

En mérito de las consideraciones, anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído previamente el concepto de su colaborador Fiscal,

FALLA:

1o. Decrétase la nulidad de las Resoluciones números 000853 de 9 de febrero de 1978, 002629 de 18 de abril y 02332 del mismo año, expedidas por el Jefe de la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca y el Director General del Trabajo, respectivamente, en virtud de las cuales se autorizó a la empresa denominada "Productos Químicos Panamericanos S.A." para terminar colectivamente los contratos de trabajo que tenía suscritos con varios de sus empleados.

2o. Declárase inhibido para conocer acerca del mérito de la pretensión quinta a que se contrae el libelo de demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

3o. Niéganse las demás peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 27 de mayo de 1983.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO.

1. Criterios para determinar que un acto es administrativo. a) Criterio orgánico. b) Criterio material.

2. El acto administrativo unilateral sometido al control jurisdiccional es el acto jurídico, como manifestación de voluntad destinada a producir efectos de derecho, que contiene una decisión de naturaleza administrativa.

CIRCULARES. Pueden ser actos administrativos sujetos a control jurisdiccional.

PENSIONADOS NO AFILIADOS. Cuotas pensionales (Artículos 9o. y 10 de la Ley 4a./76, y Decreto 732 del mismo año). Sólo puede hacerlo el Congreso o el Presidente de la República cuando en los casos previstos en la Constitución Nacional, dicta decretos con fuerza de ley.

Declárase nulo el numeral 2o. literales a) y b) de la Circular expedida por el Director General de la Seguridad Social del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, el 7 de diciembre de 1979, dirigida a "las Confederaciones de Pensionados con personería jurídica vigente y a las empresas o entidades que satisfacen pensiones" y que se refieren a las "cuotas de que tratan los artículos 10 y 9 de la Ley 4a./76 y 732 del mismo año".

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.E., veinte de abril de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Joaquín Vanín Tello**

Actor: Asociación Nacional de Pensionados Ferroviarios
(Luis Felipe Torres)

Referencia: Expediente No. 6.273 Resoluciones Ministeriales

La Asociación Nacional de Pensionados Ferroviarios, actuando por intermedio de apoderado, en ejercicio de la noción consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, en demanda presentada ante el Consejo de Estado, ha solicitado que se declare la nulidad de la Circular expedida el 7 de diciembre de 1979 por el Director General de la Seguridad Social del Ministerio del ramo, dirigida a "Confederaciones de Pensionados con personería jurídica vigente y empresas o entidades que satisfacen pensiones", sobre "cuotas de que tratan los artículos 10 y 9 de la Ley 4a. de 1976 y Decreto 732 del mismo año".

El contenido de la Circular acuerda en el siguiente:

"Atendida la circunstancia de encontrarse en esta Dirección varias solicitudes formuladas por Empresas, Patrones, Entidades obligadas a pagar pensiones y por las mismas confederaciones de pensionados, encaminadas a que se determine por este Ministerio a qué Confederación de tipo nacional deben entregarse las cuotas a que se refieren los artículos 10 y 9o. de la Ley 4a. de 1976 y Decreto 732 del mismo año, en el evento de que los pensionados no indiquen a cuál organización de tipo nacional de tercer grado deben entregarse tales aportes, hacemos las siguientes precisiones:

"1. Si el pensionado no pertenece a organización alguna legalmente reconocida, la cuota mencionada en el segundo inciso del artículo 10 de la Ley 4a. de 1976 será entregada a la organización de tipo nacional de la misma industria o entidad que el pensionado designe.

"2. Si pasados sesenta (60) días, contados a partir de la fecha en que el trabajador empiece a disfrutar de su pensión, éste no decide a qué organización o entidad deben pasar las cuotas, éstas serán entregadas automáticamente en la forma siguiente:

"a) Si en la Empresa o Entidad que satisface la respectiva pensión opera organización de pensionados, las cuotas serán entregadas a la confederación de tercer grado y de carácter nacional de la cual sea filial la organización respectiva.

"b) Si en la Empresa no existe organización de pensionados legalmente reconocida, las cuotas referidas serán entregadas a la organización de tipo nacional de tercer grado que agrupa el mayor número de pensionados en el respectivo Departamento, Intendencia, Comisaría o Distrito Especial de Bogotá".

Los hechos en que se fundamenta la demanda, las disposiciones que se consideran infringidas y el concepto de la violación se encuentran consagrados a folios 7, 8 y 9 del expediente. Según la demandante, la Circular es violatoria de la ley por cuanto el funcionario que la expidió no tenía facultades para ello, es decir, infringió las normas sobre competencia, y dictó el acto en forma irregular, pues lo hizo sin que previamente se hubiera intentado realizar los acuerdos de que trata el artículo 9o. del Decreto Reglamentario 732 de 1976; además, la Circular, en los literales a) y b) de su numeral 2o., "hace ampliaciones y restricciones del alcance del artículo 10 de la Ley 4a. de 1976". Al reglamentar la norma, se alteraron las condiciones precisadas en ella.

En su concepto de fondo el señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado se expresa sobre el particular de la siguiente manera:

"La circular impugnada no es un mandato de la oficina que la expidió, sino un parecer, un concepto, una interpretación de la ley, que puede acatarse o no por los particulares a quienes va dirigido en forma general e impersonal, aspecto este que no se presenta con los actos administrativos en razón de su obligatoriedad por la presunción de legalidad que lo ampara.

"Y como esta jurisdicción solo conoce de la nulidad de los actos administrativos y no de las "Circulares conceptos", fuerza concluir que para el aumento de la referencia no existe competencia del Consejo de Estado".

Habiéndose surtido la actuación sin que se observen vicios que la invaliden, procede la Sala a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La cuestión de fondo exige que se dilucide si la circular impugnada infringe la ley por falta de competencia del funcionario que la suscribió, si contiene modificaciones a una disposición legal y si fue expedida irregularmente debido a que no se intentó realizar antes los acuerdos previstos en el artículo 9o. del Decreto 732 de 1976.

Pero teniendo en cuenta el criterio expresado por el señor Fiscal, precisa esclarecer previamente si él tiene razón al afirmar que la circular no es del conocimiento del Consejo de Estado por no tratarse de un acto administrativo, sino de "un parecer, un concepto, una interpretación de la ley, que puede acatarse o no por los particulares a quienes va dirigido en forma general e impersonal".

Conviene entonces determinar en qué consiste un acto administrativo, al cual el señor Fiscal le atribuye la característica de la "obligatoriedad", con el fin de establecer si la circular acusada corresponde o no a ese concepto.

Desde luego que, dentro del marco de esta controversia, el sucinto análisis que se hará en este fallo deja al margen los actos administrativos bilaterales, para circunscribirse a los que son de formación unilateral.

Cabe anotar, en primer lugar, que no existe en nuestro derecho un modelo consagrado, una forma predeterminada del acto administrativo, que permitan identificarlo. Solo algunos actos administrativos, como los decretos, las resoluciones, tienen una forma determinada. Además, los actos administrativos no son necesariamente formales, sino que los hay informales; pueden ser escritos, verbales y aun tácitos, por ejemplo, cuando el silencio de la Administración Pública ante un recurso interpuesto, hace suponer una decisión denegatoria.

Por eso, para identificar los actos administrativos, precisa aplicar otros criterios, como el orgánico y el material, que hacen referencia a su origen, el uno, y a su contenido, el otro.

En sentido orgánico, todo acto emanado de la Administración Pública es un acto administrativo, aunque no contenga una decisión, no consista en una

manifestación de voluntad destinada a producir efectos jurídicos; o sea que, en esas condiciones, no es un acto jurídico y, por consiguiente, se sustrae del control jurisdiccional.

En sentido material, el acto administrativo debe tener carácter decisorio; tiene que ser esencialmente un acto jurídico, esto es, una manifestación de voluntad —destinada a producir efectos de derecho. En este sentido, que atiende a condiciones intrínsecas, de las otras ramas del poder público pueden dimanar actos administrativos, es decir, contentivos de una decisión de naturaleza administrativa.

En conclusión, el acto administrativo unilateral sometido al control jurisdiccional, es el acto jurídico como manifestación de voluntad destinada a producir efectos de derecho, que contiene una decisión de naturaleza administrativa; en sentido orgánico y material es un acto decisorio de la Administración Pública, una manifestación unilateral de voluntad suya con el fin de producir efectos jurídicos.

Una circular de un funcionario administrativo, así como puede contener un simple concepto o una recomendación, por ejemplo, o sea que no es una manifestación de voluntad —dirigida a producir efectos de derecho, es posible que contenga una decisión que se pretende sea acatada por las personas a quienes va dirigida. En el primer caso, que la coloca al margen de la categoría de los actos jurídicos, no es objeto de conocimiento por esta jurisdicción, ni por ninguna otra; en el segundo sí, puesto que constituye un acto decisorio de la Administración.

Por último, con referencia a uno de los aspectos de la cuestión de fondo, cabe anotar que uno de los elementos o requisitos para la validez del acto administrativo es la competencia del funcionario que lo expide.

Con base en las anteriores premisas, procede examinar la Circular acusada, con el fin de esclarecer si ella constituye un acto jurídico, un acto decisorio de la Administración Pública y si contestado afirmativamente este interrogante, el funcionario que la expidió tenía competencia para ello.

Es obvio que se trata de un acto emanado de un funcionario administrativo y, como se establecerá en seguida, contiene una decisión, ostensiblemente violatoria de la Constitución y de la ley.

El numeral 1o. de la mencionada circular no hace sino repetir parcialmente la norma contenida en el inciso segundo del artículo 10 de la Ley 4a. de 1976. Pero otro es el contenido y otra la intención del numeral 2o., el cual, además de expresar una voluntad de naturaleza decisoria, modifica la citada disposición legal, con previsiones no establecidas en ella y restricción de sus alcances. En efecto, dispone el artículo 10 de la Ley 4a. de 1976 que si el pensionado no pertenece a una organización legalmente reconocida y si habiendo transcurrido sesenta (60) días, "contados a partir de la fecha en que el trabajador empiece a disfrutar de su pensión, éste no decide a qué *organización o entidad* deben pasar las cuotas, éstas serán entregadas automáticamente a la organización de tipo nacional de tercer grado *del sector correspondiente*" (subraya la Sala). Por su parte, la Circular prevé un evento no contemplado en la ley y prescribe dos soluciones no establecidas en ella, en contradicción con la única que da la

norma legal. En el literal a) del numeral 2o., dispone la Circular, para el mismo caso de no afiliación del pensionado a ninguna asociación y de falta de indicación por su parte de aquella a la que se deben entregar las cuotas correspondientes, que "si en la Empresa o Entidad que satisface la respectiva pensión *opera organización de pensionados*, las cuotas serán entregadas a la confederación (sic) de tercer grado y de carácter nacional *de la cual sea filial la organización respectiva*" y en el b), que "si *en la Emprea no existe organización de pensionados legalmente reconocida*, las cuotas referidas serán entregadas a la organización de tipo nacional de tercer grado *que agrupe el número de pensionados en el respectivo Departamento, Intendencia, Comisaría o Distrito Especial de Bogotá*" (Subraya la Sala).

Indiscutiblemente la Circular impugnada contiene una manifestación de voluntad de un funcionario administrativo, con el fin de producir efectos de derecho, una decisión administrativa, con la pretensión de que sea acatada por las entidades a las cuales fue dirigida "en forma general e impersonal".

Por otra parte, en lo que atañe a la cuestión de fondo, la Circular es abiertamente violatoria de la Constitución y de la ley, como ya se dijo, y del mismo Decreto Reglamentario 732 de 1976, del cual creyó el funcionario derivar facultad para sus determinaciones. No existe, y no puede existir, norma alguna que otorgue al Director General de la Seguridad Social facultad para dictar preceptos de esa índole y mucho menos para modificar una disposición legal, que solo puede hacerlo el Congreso o el Presidente de la República cuando, en los casos previstos en la Constitución Nacional, dicta decretos con fuerza de ley.

La disparidad entre lo que se dispone en la Circular impugnada y lo que ordena el artículo 9o. del Decreto Reglamentario 732 de 1976 es evidente. Basta confrontar el texto de la Circular con el de la disposición reglamentaria para comprobarlo. Esta última dice textualmente:

"Para efectos del Art. 10 de la Ley 4a. de 1976, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social hará los acuerdos apropiados tanto con las empresas, entidades y patronos obligados a los pagos como con los pensionados no afiliados, a fin de que se establezca un régimen uniforme y simplificado. En los casos en que no hubiera acuerdos, el ministerio dictará las medidas necesarias para la aplicación de dicho artículo". Lo cual es diferente de dictar medidas para su violación. En suma, la Circular contiene un acto administrativo, sujeto al control de esta jurisdicción, anulable por ella, y que debe declararse nulo, sin necesidad de entrar a verificar si el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social intentó realizar los acuerdos ordenados por el artículo 9o. del Decreto Reglamentario No. 732 de 1976, pues expresa una voluntad inconstitucionalmente sustitutiva de la del legislador, que no podía emitirla ni siquiera el Gobierno en uso de sus facultades reglamentarias, puesto que estaría desbordando el marco trazado por la Constitución, que es el mismo que determina la ley que se reglamenta.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en desacuerdo con el concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Declárase nulo el numeral 2o., literales a) y b) de la Circular acusada, expedida por el Director General de la Seguridad Social del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el 7 de diciembre de 1979, dirigida a "las Confederaciones de Pensionados con personería jurídica vigente y empresas o entidades que satisfacen pensiones" y que se refieren a las "cuotas de que tratan los artículos 10 y 9o. de la Ley 4a. de 1976 y Decreto 732 del mismo año".

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 11 de febrero de 1983.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

CAPITULO IV

RESOLUCIONES Y ACTOS DE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN NACIONAL

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE COOPERATIVAS.

1. NATURALEZA: Departamento Administrativo (Ley 24 de 1981).

2. Fue reestructurada por el Decreto 611 de 1974.

3. Funciones artículo 2o. Decreto 611 de 1974.

4. CARECE DE COMPETENCIA para declarar la validez o invalidez de las Asambleas que lleguen a celebrar los organismos a su control.

ASAMBLEAS DE ACCIONISTAS — ACTOS O DECISIONES DE ASAMBLEAS DE ACCIONISTAS Y DE JUNTAS DIRECTIVAS O DE SOCIOS.

1. El Código de Procedimiento Civil en sus artículos 414-14 y 436 establece que la impugnación de actos o decisiones de asambleas de accionistas y de Juntas directivas o de socios, corresponden a la Justicia Ordinaria.

2. Término para la impugnación.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sesión del día 14 de enero de 1983. Bogotá, D.E., diecinueve de enero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Roberto Suárez Franco.** (Con la colaboración del Dr. Carlos Urán).

Demandante: **Guillermo Blanco y otros**

Referencia: Expediente No. 4.025

El señor Guillermo Blanco y otros, solicitan que el Consejo de Estado declare la nulidad de la Resolución 2640 de 30 de octubre de 1980 expedida por el Superintendente Nacional de Cooperativas, por medio de la cual se declaró "sin validez legal la Asamblea General Ordinaria de Socios celebrada el 29 de junio del mismo año por la Cooperativa de Trabajadores de Icollantas Limitada domiciliada en Bogotá", y que en consecuencia se decrete la validez de dicha Asamblea, se reconozca y registren los cuerpos de dirección y control elegidos en la misma y se declare sin efecto alguno los actos ejercidos por los cuerpos de dirección y control con posterioridad a la celebración de la asamblea ordinaria antes mencionada.

I. LA DEMANDA

1. Relata el actor, en el capítulo sobre hechos relacionados con la demanda, que por medio de la Resolución 2116 de 10 de septiembre de 1980 se declaró válida la Asamblea General aludida y se ordenó reconocer y registrar los cuerpos de control y dirección elegidos en ella; pero que, a raíz de la impugnación suscrita por cinco personas quienes manifestaron ser socios activos, se dictó la resolución acusada, 2640 de 30 de octubre del mismo año, por medio de la cual se revocó la Resolución 2116 en el sentido de declarar "como en efecto se declara, sin validez legal la Asamblea en General Ordinaria de socios celebrada el 29 de junio de 1980 por la Cooperativa de Trabajadores de Icollantas Limitada".

2. Como normas violadas se citan las siguientes:

Los artículos 26, 45 y 63 de la C.N., los artículos 11, 12, 13, 14, 17 del Decreto 2733 de 1959, el artículo 42 del Decreto 1598 de 1963 y el artículo 2o. del Decreto 611 de 1974, el artículo 62 de la Ley 167 de 1941, el artículo 4o. inciso 2o. de la Resolución 759 bis emanada de la Superintendencia Nacional de Cooperativas y los artículos 65 literal f) y 66 de los estatutos de la Cooperativa.

a) La violación referida de los artículos del Decreto 2733 de 1959, radica según el demandante, en que por el artículo 2o. de la resolución acusada se dio por agotada la vía gubernativa negando, por tanto, la posibilidad de los recursos pertinentes; igualmente, en que se dio trámite sin ser procedente, a los recursos presentados con la Resolución 2116 que habían creado una situación jurídica impersonal y abstracta puesto que se refiere a la validez de una Asamblea de socios y en que se dio trámite a la impugnación a pesar de que se presentó más alla del término permitido; finalmente, en que se omitió la notificación de la resolución acusada a las personas que intervinieron en el procedimiento gubernativo en su calidad de terceros. De esta violación el demandante hace derivar la violación de las normas constitucionales citadas, referidas a la garantía del debido proceso.

b) En cuanto a las normas estatutarias de Coopillantas que se mencionan como violadas (en concordancia con el artículo 42 del Decreto 1598 de 1963), se sostiene que el quórum requerido para la toma de decisiones por parte de la Asamblea no es el que el señor Superintendente de Cooperativas tuvo en cuenta como base para dictar la resolución.

c) El artículo 2o. del Decreto 611 de 1974 se cita en concordancia con el artículo 63 de la Constitución Nacional, en el sentido de que dicho artículo 2o. no incluye entre las funciones de la Superintendencia "la de estudiar y revocar la validez de las asambleas que celebran los entes cooperativos ya que su validez ha sido decretada y conceptuada por los funcionarios competentes para ello, esto es, el delegado y visitador de la Superintendencia Nacional de Cooperativas". Luego, agrega el demandante: "el error del funcionario consistió en decretar la validez de un evento para el que la ley no lo había facultado ya que carecía de competencia para ello pues hizo caso omiso de los informes presentados por el delegado y visitador de la Superintendencia". El concepto de violación reproduce dichos informes (fol. 87 C. 1).

d) En el mismo sentido que las normas anteriores, se cita el artículo 62 de la Ley 167 de 1941 para decir que el Superintendente solo podía actuar dentro de su órbita de competencia si hubiera acusado previamente ante el Consejo de Estado la ilegalidad de los informes antes mencionados, lo que él no hizo.

II.

En representación de la Cooperativa de Trabajadores de Icollantas Limitada fue aceptado como impugnador el doctor Ismael Enrique Márquez Correal; a su vez las partes presentaron en oportunidad los alegatos de conclusión visibles a folios 312 a 322 y el Fiscal Primero de la Corporación emitió su concepto a folio 330 y ss.

Se anota que el presente proceso fue tramitado, hasta el concepto fiscal de fondo, por la Sección Segunda de esta Corporación, cuando la Fiscalía Cuarta del Consejo (fol. 324 C. 1), conceptuó que la Sección Primera era la competente para ello, por tal motivo le corresponde a esta Sección dictar la sentencia de fondo de acuerdo con el auto visible a folio 326 C. 1.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como uno de los cargos formulados contra el acto acusado se refiere a la competencia de la Superintendencia para dictar el acto acusado corresponde, en primer lugar, hacer referencia a este cargo.

1. La Superintendencia Nacional de Cooperativas (hoy departamento administrativo en virtud de la Ley 24 de 1981), fue restructurada por medio del Decreto No. 611 de 1974 en el cual se dispone que tal entidad es un organismo adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que goza de la autonomía establecida en tal decreto y de las disposiciones legales, y que tendrá a su cargo la dirección y ejecución de la política cooperativista del Gobierno, el fomento, la educación y la asistencia técnica cooperativa y la vigilancia y control de todas las sociedades cooperativas, de los organismos cooperativos de grado superior, de las instituciones auxiliares del cooperati-

vismo de los grupos precooperativos, de los institutos de financiamiento, educación, investigación y desarrollo cooperativo, de los fondos de empleados, sociedades mutuarias y entidades similares.

2. Por medio del artículo 2o. del mismo decreto se definieron las atribuciones de la Superintendencia, correspondientes a la función general que se acaba de describir.

3. Del examen de los diez numerales que integran este artículo 2o., referido a las funciones, no se encuentra que la Superintendencia tenga la atribución de declarar la validez o invalidez de las asambleas que lleguen a celebrar los organismos sometidos a su control. La función más acorde sería la que se refiere a vigilancia de las actividades cooperativas (numeral 4) y a las investigaciones administrativas de oficio o a petición de parte e imposición de sanciones previstas en las leyes cooperativas (numeral 10 a), b), pero se repite, en ninguna aparece la atribución expresa de declarar la validez o invalidez de los organismos sometidos a su control.

4. No podía ser de otra manera, porque el Código de Procedimiento Civil en sus artículos 414-14 y 438, establece que la impugnación de actos o decisiones de asambleas de accionistas y de juntas directivas o de socios, corresponden a la justicia ordinaria. El citado artículo 438 estatuye que tal impugnación solo podrá posponerse entre los dos meses siguientes a la fecha de expedición del acto respectivo y deberá dirigirse contra la sociedad; en la demanda podrá pedirse la suspensión del acto impugnado y el juez la decretará si la considera necesaria para evitar perjuicios graves y el demandante presta caución en la cuantía que aquél señale todo, dentro de un proceso abreviado de acuerdo con la estipulación del artículo 414 mencionado.

Por ello, no podía, el Superintendente pronunciarse por medio de una resolución, sobre la invalidez de la Asamblea General Ordinaria de la Cooperativa de Trabajadores de Icollantas Limitada, motivo por el cual la resolución acusada en los hechos de la demanda adolece de falta de soporte legal.

En cuanto a la Resolución 2116 de 10 de septiembre de 1980 no puede pronunciarse la Sala por cuanto al no haber sido demandada, carece de competencia para ello, al ser esta jurisdicción rogada y no oficiosa.

5. En reciente sentencia de 10 de marzo de 1981 (expediente 3266, actor Ismael Enrique Márquez Correal, ponente Dr. Jacobo Pérez Escobar) en la que se solicitó la nulidad de dos resoluciones de la misma Superintendencia Nacional de Cooperativas, por medio de las cuales se reglamentaba lo relacionado con el desarrollo de las asambleas ordinarias, sobre la validez o invalidez de las mismas y también de las decisiones que en ellas se tomaran, esta sección declaró la incompetencia de la Superintendencia Nacional de Cooperativas para el efecto.

En el citado fallo se sostuvo que la Superintendencia Nacional de Cooperativas "no puede dictar reglamentos sobre el funcionamiento de las Cooperativas y las otras entidades a que se refiere el Decreto-ley 611 de 1974. Por consiguiente las normas acusadas que reglamentan la celebración de asambleas ordinarias y extraordinarias de las sociedades cooperativas y las elecciones para asambleas de delegados son normas de carácter general que no

pueden ser expedidas sino por el legislador y por el gobierno en ejercicio de la facultad reglamentaria en cuanto al desarrollo de los principios contenidos en la ley o derivados de ella".

Aplicando lo anterior al caso sub-judice, se tiene que concluir que si la Superintendencia carecía de competencia para pronunciarse sobre la celebración de asambleas ordinarias y extraordinarias y sobre validez o invalidez de ellas, y si el Decreto 611 de 1974 que era la norma vigente en el momento de dictarse la resolución acusada, no le confiere expresamente la atribución de pronunciarse sobre la validez o invalidez de las mismas y ante lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil que atribuye dicha competencia a la justicia ordinaria, se llega a la conclusión de que la resolución acusada debe ser anulada por falta de competencia del Superintendente Nacional de Cooperativas para dictarla.

La verificación de la anterior violación hace innecesario el estudio de los demás cargos formulados contra el acto acusado.

En cuanto a las demás peticiones de la demanda es lógico concluir que ellas no pueden ser concedidas por cuanto, como acaba de expresarse, la declaratoria de validez o invalidez de las asambleas ordinarias o extraordinarias no es competencia de la entidad estatal que profirió el acto acusado.

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

FALLA:

1. Se decreta la nulidad de la Resolución 2640 de 30 de octubre de 1980 expedida por el Superintendente Nacional de Cooperativas.

2. No se accede a las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Roberto Suárez Franco, Samuel Buitrago Hurtado, (no asistió); **Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez Velasco.**

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

ACCION DE PLENA JURISDICCION. CADUCIDAD. ADJUDICACION DE BALDIOS.

Término: 2 años (Ley 135/61 artículos 38 y 42), contados a partir de la publicación de la resolución de adjudicación en el Diario Oficial.

LEGITIMATIO AD CAUSAM. SUCESION.

Cuando una sucesión actúa como parte procesal, su comportamiento presenta estas dos modalidades:

a) Por activa la sucesión puede estar representada por todos o algunos de los herederos, que piden para ella.

b) Por pasiva, deberá demandarse a todos los que ostentan ese carácter de herederos.

ADJUDICACION DE BALDIOS.

Término de caducidad. Posesión de inmuebles.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, D.E., veinticuatro de enero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Carlos Betancur Jaramillo**

Actor: **Alirio Enrique Baute Redondo**

Referencia: Expediente No. 3.122 Ordinario Apelación

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 17 de noviembre de 1980 dictada por el Tribunal Administrativo del César. Mediante ese proveído, se denegaron las excepciones de pleito pendiente y caducidad de la acción; se decretó la nulidad de la Resolución No. 0605 de 25 de octubre de 1976 expedida por el Incora, mediante la cual se adjudicó a la señora Ladys Baute de Rodríguez el baldío "La Esperanza", situada en Valledupar, vereda "Los Venados" y como consecuencia, se ordenó la cancelación de la inscripción del acto mencionado.

El Tribunal denegó las excepciones de pleito pendiente y caducidad de la acción propuestas por la parte impugnadora señora Ladys Baute de Rodríguez. La primera por cuanto el artículo 97 numeral 8 del C. de P.C. exige para su procedencia que debe haberse instaurado el nuevo litigio entre las mismas partes y sobre el mismo asunto, extremo este último que no se da en la presente oportunidad, ya que si bien en ambos procesos se persigue la nulidad de la Resolución 0605, las partes no son idénticas. Mientras en el primer proceso (decidido por esta misma Corporación el 12 de julio de 1979) el actor fue el señor José Manuel Baute Redondo, en ejercicio de la acción de nulidad, en éste los actores son Alirio Enrique y María Petronila Baute Redondo y la parte demandada la señora Ladys Baute de Rodríguez. Procesalmente son diferentes. El hecho de ser todos hermanos entre sí, no varía esta conclusión.

Se denegó, igualmente, como se dijo, la excepción de caducidad, con base en los artículos 14 del Decreto 389 de 1974 y 38 de la Ley 135 de 1961. Según estas normas la declaratoria de nulidad de una adjudicación de baldíos puede demandarse ante el Tribunal Administrativo correspondiente dentro del término de dos años contados a partir de su publicación o notificación. De allí que hecha la publicación el 31 de enero de 1978, el lapso venció el 31 de enero de 1980, muchos días después de la presentación del libelo ante el Tribunal, la que se hizo el 8 de noviembre de 1979.

La Sala comparte este primer enfoque hecho por el Tribunal y se aparta, asimismo, del concepto fiscal rendido en esta instancia, en el cual la señora

agente del Ministerio Público propone las excepciones de ineptitud sustantiva de la demanda y de la caducidad de la acción. Esta por cuanto al instaurarse como acción de plena jurisdicción, el término para su formulación era de 4 meses, los que vencieron un año y seis meses antes de la fecha de su presentación. En cuanto a la ineptitud estima que los señores Alirio Enrique y María Petronila demandaron en nombre y representación de la sucesión de su padre José Manuel Baute Torres (no Manuel Baute Redondo como lo dice la señora fiscal) como herederos reconocidos y no demostraron su calidad con documentación idónea tal como lo exige el artículo 86 del C.C.A.

Para la Sala no asiste la razón a la señora fiscal. Basta recordar que la controversia que aquí se decide fue propuesta una vez fracasó la de simple nulidad formulada por el señor José Manuel Baute R. cuando esta misma Sala le indicó a los interesados la viabilidad de la acción de plena jurisdicción como la única posible, dentro del término de dos años contados a partir de la publicación de la resolución de adjudicación en el Diario Oficial.

Mal haría esta Sala en esta oportunidad, intentar otra solución diferente con base en una nueva interpretación de los artículos 38 y 42 de la Ley 135 de 1961.

Pero sí cree la Sala, que cualquiera que sea el alcance que tengan esas normas, no tendría sentido que los particulares y los procuradores agrarios tuvieran dos años para demandar la nulidad de los actos de adjudicación y que los interesados, o sea aquellas personas directamente afectadas con el acto no tuvieran sino los 4 meses que se desprenden de una interpretación meramente literal del artículo 42 de la mencionada ley. No, nada repugna que los afectados puedan intentar la acción de plena jurisdicción con miras de restablecimiento dentro de los 2 años siguientes a la publicación de la resolución en el Diario Oficial o a partir de su notificación. Sería este un caso de excepción a la regla general de los 4 meses contemplada en el artículo 83 del C.C.A.

Tampoco se configura la ineptitud sustantiva de la demanda. Alirio y Petronila Baute R. demandaron a nombre de la sucesión de su padre José Manuel Baute Torres y para el efecto acompañaron la documentación de rigor. Obran en el expediente no sólo la escritura No. 386 de 24 de julio de 1959 de Valledupar (a folios 693 del C. No. 1) mediante la cual su padre los reconoció como hijos naturales, sino las copias de los autos mediante los cuales los Baute Redondo fueron reconocidos como herederos (ver documentos a folios 36, 40, 43 y 52 del C. No. 2); la copia de la demanda de sucesión en la que la propiedad objeto de la adjudicación, fue denunciada como bien relicto (a folios 30 y 35 del C. No. 2) y la partida de defunción del causante (a folios 691 C. No. 2).

Todo da a entender que la señora fiscal no vio estos documentos. De lo contrario, otro hubiera sido su concepto.

Sobra agregar que cuando una sucesión actúa como parte procesal, su comportamiento presenta estas dos modalidades: Por activa la sucesión puede estar representada por todos o algunos de los herederos, que piden para ella. Por pasiva, deberá demandarse a todos los que ostentan ese carácter de herederos.

En el caso subjudice, dos de los herederos, demandaron para la sucesión y demostraron no sólo esa calidad sino un interés particular y concreto en las resultas del juicio.

Rechazadas las excepciones propuestas, la Sala entra a estudiar la sentencia de fondo dictada por el a-quo. Este estudió las irregularidades que se cometieron durante el trámite de la adjudicación, y que aparecen narrados en detalle en los hechos de la demanda y en especial en los distinguidos con los Nos. 7, 8, 9, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 20. Además estudió el cargo de la demanda relacionado con el hecho de no ser baldío el terreno adjudicado, por haber salido con anterioridad del patrimonio del Estado y haber sido materia de adjudicación para los vecinos del corregimiento "Venados" conforme a escritura No. 19 de 1933.

El Tribunal estudio los dos aspectos y concluyó que la resolución de adjudicación era nula por defectos en el procedimiento y ordenó la cancelación de su registro. Rechazó, sí, el segundo cargo porque no se demostró en forma plena la extensión superficiaria del inmueble adjudicado a los vecinos del corregimiento de "Los Venados", ni si el lote adjudicado a la señora Ladys Baute estaba incluido en aquél.

La Sala comparte esta apreciación y reduce su estudio a los vicios de procedimiento constatados por el Tribunal.

Dice este organismo, en planteamientos que prohija esta Sección, dada la seriedad y lo cuidadoso de su enfoque desde el punto de vista legal:

"Mediante providencia fechada el veintitrés de junio de mil novecientos setenta y seis, el Jefe de la Comisión de Titulación de Baldíos del Incora, Proyecto Cesar en Valledupar, aceptó la solicitud que le había elevado la señora Ladys Baute de Rodríguez en el sentido de que se le adjudicara el baldío denominado "La Esperanza" y en consecuencia ordenó llevar adelante la práctica de algunas pruebas.

"En providencia fechada el diecinueve de julio de mil novecientos setenta y seis, para dar cumplimiento a lo ordenado en el artículo 6o. del Decreto 389 de 1974, se dispuso la práctica de una inspección ocular (judicial) con intervención de los peritos Julio Simón Castro Ayala y Eduardo Mendoza, señalando como fecha el día tres (3) de agosto de mil novecientos setenta y seis (1976) a los once horas (11 a.m.).

"Como quiera que esa diligencia no pudo practicarse en la fecha indicada, se señaló por auto de 29 de julio de 1976 como nueva fecha para ello, el día lunes nueve (9) de agosto de mil novecientos setenta y seis, pero sin señalar la hora en que debía darse principio a la diligencia y no obstante lo anterior en los edictos visibles a folios 102 a 106 del expediente se consigna que la práctica de la diligencia debía tener ocurrencia a las diez a.m. (en letras) y a las diez y media $10^{1}/^{2}$ (en número) en uno de ellos y en los otros dos a las $10^{1}/^{2}$ (en número) del día nueve de agosto.

"Pero es más, el auto que señaló nueva fecha para la práctica de la inspección ocular (judicial) debió ser notificado necesariamente al Agente del Ministerio Público, al Inspector de Recursos Naturales y a los colindantes, por

expreso mandato del artículo 6o. del Decreto 389 de 1974 y sin embargo de ello, se omitió ese requisito toda vez que no fueron notificadas las personas allí señaladas. Cabe anotar que la notificación tanto al Agente del Ministerio Público como al Inspector de Recursos Naturales debió hacerse en forma personal como lo dispone el artículo 314-3 del Código de Procedimiento Civil.

"De otra parte, el citado artículo 6o. dispone que "cuando no fuere posible la notificación personal a los colindantes se dejará constancia de ello en el expediente y se surtirá mediante edicto..."; pero tanto en los edictos fijados en Valledupar en la Oficina de la Comisión de Titulación de Baldíos No. 45 y en la Alcadía Municipal, como el fijado en la Inspección de Policía del Corregimiento de Los Venados se afirma claramente que fueron fijados para notificar solamente al colindante Oswaldo Mestre, con lo cual obviamente quedaban sin notificación los restantes colindantes señores Murivia Fragozo, Luis Eduardo Rodríguez, Ana Ramona Arzuaga de Mestre, Rafael Soto y Pedro Morales con flagrante violación de la disposición citada.

"En el auto calendado el día diecinueve (19) de julio de mil novecientos setenta y seis (1976), fueron designados como peritos que intervendrían en la inspección ocular los señores Julio Simón Castro Ayala, experto agrícola y Eduardo Mendoza, topógrafo (véase folio 73 del expediente) y es lo cierto que en la diligencia de inspección ocular tantas veces citada aparecen actuando como peritos los señores Juan Bautista Pumarejo y Manuel Alvarez Ruiz (véase folio 108 del expediente), sin haber sido designados previamente por el Jefe de la Comisión como lo ordena el artículo 7o. del Decreto 389 de 1974.

"Sin embargo, riñendo con la verdad procesal en el encabezamiento de la diligencia de inspección practicada al nueve de agosto de mil novecientos setenta y seis se lee "los suscritos jefe de la Comisión de Titulación de Baldíos No. 45 y su secretario, en asocio de los peritos designados para tal efecto...".

"Practicada la inspección ocular y rendido el dictamen pericial correspondiente visible a folio 113, fue proferido el auto de fecha doce (12) de agosto de mil novecientos setenta y seis (folio 717) corriendo traslado a las partes por el término de tres (3) días hábiles, sin haberse puesto en conocimiento del agente del Ministerio Público esa providencia, que en entre otras cosas no fue suscrita por el funcionario competente, sino por el secretario de la Comisión.

"Concluida la tramitación correspondiente, el Gerente Regional del Proyecto Cesar del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, por medio de la Resolución número 0605 de 25 de octubre de 1976 adjudicó definitivamente a la señora Ladys Baute de Rodríguez el terreno baldío denominado "La Esperanza" cuyos linderos y extensión superficiaria fueron relacionados anteriormente.

"Pues bien, con violación ostensible del artículo 13 del Decreto 389 de 1974, la resolución de adjudicación fue registrada en la oficina de registro de instrumentos públicos de Valledupar, sin haber sido publicada previamente en el Diario Oficial como tajantemente lo ordenaba el artículo 13 citado. En efecto, la resolución fue expedida el 25 de octubre de 1976; su inscripción tuvo ocurrencia el día 26 del mismo mes y año (véase certificado 2023, a folio 8) y la publicación fue efectuada el día treinta y uno (31) de enero de mil novecientos

setenta y ocho (1978) en el Diario Oficial número 34943 (véase folio 2 del expediente).

"En el curso del proceso administrativo fueron puestas de presente por el señor Procurador Agrario, algunas de las irregularidades relacionadas en este proveído y no obstante lo anterior, fueron desoídas por parte de los funcionarios encargados de la tramitación cuyo deber era enmendar tales anomalías.

"Consta en el expediente administrativo, que la solicitud inicial de adjudicación presentada por la señora Ladys Baute de Rodríguez ante el Jefe de Adjudicaciones del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Proyecto Cesar, fue hecha por ciento cincuenta (150) hectáreas señalándose de manera clara y precisa el nombre de los colindantes y de esa manera, relacionando la extensión superficiaria y el nombre de los colindantes fueron fijados y publicados los avisos como puede verse a folio 62 a 68 del expediente.

"Posteriormente, el apoderado de la peticionaria modificó la solicitud, limitando la petición de adjudicación a cien (100) hectáreas, haciendo la manifestación que cedía el hectareaje restante al señor Luis Eduardo Rodríguez (véase folio 71).

"Por auto de fecha dieciséis de junio de mil novecientos setenta y seis (1976) (folio 72) se accedió a la solicitud anterior continuando la tramitación para la adjudicación de cien hectáreas, providencia que no fue notificada tampoco al Agente del Ministerio Público, ni a las demás partes del proceso.

"Al modificarse la solicitud de adjudicación de ciento cincuenta hectáreas a cien, obviamente al segregarse esa porción de tierra, tenía que modificarse también los colindantes por cuanto se trataba de dos fundos diferentes, con cabida y linderos diferentes y en consecuencia debió retrotraerse el procedimiento, haciendo nuevas publicaciones y fijando nuevos avisos para dar estricto cumplimiento al artículo 3o. del Decreto 389 citado especialmente en el numeral 5o. del literal b).

"Obsérvese cómo a folios 77 a 81 del expediente se fijaron edictos avisando la práctica de la inspección ocular señalando el nombre de los colindantes de lote de ciento cincuenta hectáreas y más tarde a folios 102 a 106 del expediente en la fijación de los edictos se modificaron los nombres de los colindantes del nuevo lote de cien hectáreas apareciendo Luis Eduardo Rodríguez y Ana Ramona Arzuaga de Mestre como colindantes por el lindero sur y oeste. De esta manera se violó el artículo 3o. del Decreto 389 de 1974 en su numeral 5o. literal b).

Finalmente anota la Sala. Todo demuestra dentro de este proceso que la adjudicataria quiso sacar partido de las ventajas iniciales que su padre le otorgó frente a sus hermanos al entregarle en tenencia el lote La Esperanza. Ella misma reconoce dominio ajeno en la demanda de simulación del contrato de arrendamiento que dijo celebrar con su padre el 7 de abril de 1972 al confesar en uno de los hechos que recibió el inmueble en usufructo y para que se beneficiara de sus frutos. Aunque la simulación fue declarada judicialmente (a folios 704 y siguientes del C. No. 2) este hecho pone de relieve que la adjudicataria explotaba ese bien a nombre ajeno (el de su padre) y que no tenía

derecho alguno a solicitar la adjudicación como poseedora exclusiva o personal del inmueble. Por eso aparece reñida con la verdad la declaración que hace en la petición de adjudicación ante el Incora cuando habla de más de 10 años de explotación.

Destaca la Sala la seriedad del estudio hecho por el Tribunal.

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

FALLA:

1. Declárase no probadas las excepciones propuestas por el Ministerio Público en esta segunda instancia.

2. Confírmase en todas sus partes la sentencia de 17 de noviembre de 1980 dictada por el Tribunal Administrativo del Cesar.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 20.1.83.

Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Dangond Flores, Eduardo Suescún Monroy, Jorge Valencia Arango.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

FEDERACIONES DEPORTIVAS.

Integración. Decreto 1387/70, artículo 11. Clubes Deportivos. Formación.

JURISDICCION ROGADA.

Es la contenciosa administrativa.

ACTO ADMINISTRATIVO. PRESUNCION DE LEGALIDAD.

Mientras no se desvirtúe la legalidad.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sesión del día 21 de enero de 1983. Bogotá, D.E., veintisiete de enero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Roberto Suárez Franco**

Demandante: **Jaime Ramírez Martínez**

Referencia: Expediente No. 3.726

El abogado Jaime Ramírez Martínez, en su propio nombre, solicita que el Consejo de Estado haga la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 0542 del 22 de septiembre de 1970 expedida por el Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte Coldeportes, por la cual se "reglamenta el funcionamiento de la Federación Colombiana de Tiro".

Pide además que "como consecuencia de lo anterior, la Federación Colombiana de Tiro, debe dar cumplimiento al Decreto 1387 de 1970, reformando sus estatutos para ponerles acordes con la ley".

I. En la demanda se relatan, a través de 8 numerales los hechos que sirvieron como sustento para dictar la Resolución acusada así como en los que se fundamentan las pretensiones del actor.

Por su parte en capítulo referente "a las normas violadas y al concepto de la violación", aunque de manera bastante confusa, se formulan unas afirmaciones y se plantea una serie de postulados, de tal manera redactados, que se torna en labor bastante compleja precisar cuáles son las normas que se consideran como violadas y los alcances de la violación.

No obstante lo anterior, se llega a la conclusión de que el demandante considera como vulnerados en primer término, los Arts. 19 y 20 del Decreto 1387 de 1970 que contemplan cuál es el órgano de gobierno de toda Federación Deportiva, cómo debe procederse a su composición y a quién está reservada la atribución para designar Presidente de tales asociaciones, y, los artículos 101 y 103 del mismo decreto últimamente que se refieren a la constitución y control de los clubes deportivos.

II. OBSERVACIONES AL PROCESO

Según constancia secretarial, de fecha 19 de julio de 1982 visible a folio 94, las partes adujeron al proceso sus alegatos en tiempo; pero a folio 100 aparece una constancia del 14 del mismo mes según la cual, en esta fecha, se recibió el alegato escrito de la parte demandante.

Tales anotaciones aparentemente contradictorias llevarían a que solo se debe tener en cuenta el escrito presentado por la parte demandante; pero, de la notificación practicada por estado el 7 de julio de 1982 (folio 93 vuelto), se desprende que el término vencía el 13 de dicho mes. Por lo cual la presentación del alegato el día 14 de julio se practicó fuera de tiempo y debe ser desatendido.

III. CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Primero de la Corporación considera que no deben prosperar las pretensiones de la demanda, porque según él, con el "devenir del tiempo" se subsanó la anomalía existente en el acto acusado, al haberse expedido en 1974 unos nuevos estatutos de la Federación.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El acto acusado.

El acto cuya nulidad impetra la parte actora dentro del presente proceso, es la Resolución 0542 de 22 de septiembre de 1970 por la cual se "reglamenta el funcionamiento de la Federación Colombiana de Tiro".

La resolución consta en su parte motiva de diez considerandos, concluye en su parte dispositiva con el siguiente texto:

"Primero. La Federación Colombiana de Tiro estará integrada por Clubes de Tiro, los cuales serán reconocidos directamente por las Juntas Municipales de Deportes o las Juntas Administradoras de Deportes según el caso.

"*Artículo segundo.* El Presidente de la Federación Colombiana de Tiro será el Comandante General de las Fuerzas Militares o su representante.

"*Artículo tercero.* Todo lo referente a control, comercio de armas, municiones y explosivos, Clubes de Tiro, porte de armas y municiones, importación de armas, expedición y revalidación de salvoconductos se seguirá por las disposiciones señaladas en la Ley 56 de 1962, los Decretos Reglamentarios de esta ley, y las normas legales que sobre este particular señala el Ministerio de Defensa".

Teniendo en cuenta el texto transcrito, así como su correspondiente análisis frente a las normas superiores de derecho que se invocan como transgredidas y a las que se ha hecho referencia en capítulo anterior, se llega a las siguientes conclusiones:

1a. Según lo establecido por el parágrafo primero del artículo 11 del Decreto 1387 de 1970, las Federaciones deportivas pueden estar integradas con clubes dedicados a esas actividades cuando a juicio de Coldeportes no sea posible o conveniente la constitución de Ligas Deportivas Seccionales. Por otra parte, es cierto que los artículos 101 y 102 del citado decreto determinaban que tales clubes deportivos tendrán que establecerse de acuerdo a las normas señalas por las respectivas federaciones, que debían formar parte de los Comités Deportivos Municipales respectivos, si los hubiere y de la Liga correspondiente así como las condiciones que crea menester cumplir por parte de los clubes deportivos para poder ser reconocidos por el Comité Deportivo Municipal.

Pero resulta que, conforme a lo dispuesto por el Art. 15 del Decreto 886 de 1976, los artículos 101, 102 y 103 del Decreto 1387 de 1970 citados, fueron derogados.

De lo expuesto se tiene entonces que, cuando el Art. 1o. de la resolución acusada establece que la Federación Colombiana de Tiro estará integrada por Clubes de Tiro, se ajusta cabalmente a lo prescrito en el parágrafo primero del artículo 11 del Decreto 1387 de 1970 citado.

En cuanto a la segunda parte del artículo primero que considera el reconocimiento de los Clubes de Tiro por las Juntas Municipales de Deportes, y cuya ilegalidad se invoca por el demandante con fundamento en el Art. 103 del Decreto 1387 de 1970, se observa que tal pretensión no puede admitirse por cuanto las disposiciones que se citan como violadas fueron expresamente derogadas como ya se dijo por el Art. 15 del Decreto 886 de 1976, decreto que, por lo demás, entró en vigencia con anterioridad a la presentación de la demanda.

No debe olvidarse que esta jurisdicción es rogada y no oficiosa, motivo por el cual no le es dable al juzgador pronunciarse sobre cuestiones que concretamente no le han sido sometidas a su consideración en la demanda, como sería el

pronunciarse sobre la violación de normas legales distintas a las relatadas en el libelo.

2. En lo que respecta al Art. 2o. de la resolución acusada, la Sala considera que debe accederse a la nulidad propuesta por cuanto, sin necesidad de entrar a grandes lucubraciones jurídicas, se aprecia la violación del Art. 20 del Decreto 1387 de 1970. En efecto, según la norma citada en último término, el Presidente del Comité ejecutivo de las Federaciones Deportivas, será elegido por la Asamblea General ordinaria. Por el contrario, la Resolución de Coldeportes, que es un estatuto de gradación jurídica inferior, dispuso que el Presidente de la Federación Colombiana de Tiro fuese, motu proprio, el Comandante General de las Fuerzas Armadas. Obviamente se encuentra una contradicción, lo que origina que la norma de categoría inferior deba desaparecer y en su defecto subsista la Superior que es de carácter general.

Por tal motivo, en este aspecto, la demanda debe prosperar.

En cuanto a la deficiencia del Acto proferido por Coldeportes se hubiere saneado según el señor Fiscal con la expedición de los estatutos por parte de la Asamblea General de la Federación Colombiana de Tiro, allegados al proceso en ejemplar carente de toda autenticidad, se tiene que este acto no se encuentra trabado en la presente litis motivo por el cual no puede la Sala pronunciarse sobre el particular; ello sería motivo de otro proceso cuyo conocimiento podría aún llegar a corresponder a otra jurisdicción.

De consiguiente, en principio, toda norma legal o toda disposición de carácter contractual, como consecuencia del principio de la buena fe que enmarca nuestro sistema legal, va amparada con la presunción de legalidad, motivo por el cual, mientras la autoridad competente del Estado no se pronuncie sobre su invalidez, ha de estarse por su vigencia. En nuestro caso, la Sala solo se ha pronunciado sobre el Art. 2o. de la resolución acusada mas no sobre otras disposiciones que incluso, pueden referirse al mismo tema.

3. Finalmente, en cuanto al Art. 3o. de la resolución acusada se observa que se trata de una disposición de carácter inocuo, en razón de que se limita a disponer la aplicabilidad de la ley 56 de 1962 y demás decretos reglamentarios. lo cual, aun no se hubiera consagrado se entendería vigente dado que el ámbito de aplicación de una ley así como su observancia y obligatoriedad se derivan de la misma ley con respaldo en la Constitución Nacional, a las cuales deben acomodarse las normas que dice el Ministerio de Defensa Nacional.

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

FALLA:

1. Se anula el artículo 2o. de la Resolución 0542 de 22 de septiembre de 1970 dictada por el Director Ejecutivo del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte.

2. No se accede a las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Mario Enrique Pérez Velasco, Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, (ausente); **Roberto Suárez Franco.**

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

POTESTAD REGLAMENTARIA. SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE COOPERATIVAS. Tal Superintendencia no puede por medio de resolución ocuparse de establecer los "requisitos y procedimientos para la adquisición y pérdida de la calidad de socio", "los derechos y obligaciones de los socios", la "forma de constitución e incremento del patrimonio social, valor de los certificados de aportación, forma de pago y de devolución de su importe, así como el procedimiento de avalúo de bienes y servicios en caso de que se aporten y el "régimen de responsabilidades, tanto de la cooperativa como de los socios", ni menos tratar de hacerlo a manera de reglamentación de normas legales, como es la contenida en el artículo 52 del Decreto-ley 1958 de 1963, ya que la potestad reglamentaria le está atribuida exclusivamente al Presidente de la República por el Ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución.

Declárase nula la Resolución No. 1294 de 1972 expedida por el Superintendente Nacional de Cooperativas.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Bogotá, D.E., veintiocho de enero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Jacobo Pérez Escobar**

Actor: **Fernando Arturo Vallejo Ortiz**

Referencia: Expediente No. 3.940

El abogado Fernando Arturo Vallejo Ortiz, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 66 del C.C.A., ha demandado de esta Corporación la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 1294 de 1972 expedida por el Superintendente Nacional de Cooperativas. Esta demanda fue coadyuvada por el señor Ismael Márquez, a quien se le aceptó como tal.

I. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

El demandante señala como disposiciones violadas por el acto acusado los artículos 120, ordinales 3o. y 14 de la C.N.; 2000, 1995, 2218, 1929, 2285, 2188, 970, 859 y 1882 del Código Civil, y 31 y 52 del Decreto-ley 1598 de 1963.

En cuanto al concepto de la violación de las normas antes indicadas, la demanda expresa lo siguiente:

"*Primero.* La potestad Reglamentaria: El Decreto-ley 1598 de 1963 es un acto que por naturaleza puede ser reglamentado por el ejecutivo pero median-

te el uso de las atribuciones conferidas, en este caso por la Constitución Nacional en su artículo 120, ordinal 3o. que atribuye esta potestad al presidente de la República como su máxima autoridad administrativa. El Decreto-ley 1598 de 1963, no autoriza al señor Superintendente para hacerle reglamentaciones de esa naturaleza.

"*Segundo.* El Código Civil Arts. 2000, 1995, 2218, 1929, 2285, 2188, 970, 859, 1882, crea el derecho de retención en favor de las personas allí taxativamente señaladas, es decir, en favor del arrendador, arrendatario, comodatario, usufructuario, poseedor vencido, vendedor, comprador, depositario. La Resolución se toma atribuciones del Código Civil y lo que éste no hizo, lo hace la providencia al crear un nuevo derecho de retención, esta vez, en favor de la sociedad respecto de su socio y por el solo hecho de la responsabilidad. De acuerdo con eso, en las cooperativas de responsabilidad suplementaria, es decir, en aquellas en las cuales el socio responde con el valor de sus aportes y una suma adicional, la Cooperativa estaría autorizada para retener el valor aportes y acudir sin juicio, sin debido proceso, arbitrariamente y por las vías de hecho, a posesionarse o tener para sí, otros bienes del socio retirado, para satisfacer así la equivocada interpretación o creencia digo yo, de que cuando se dice responsabilidad consecuencialmente se traduce en la retención de algo, según la opinión de la Superintendencia.

"*Tercero.* Viola el artículo 31 del Decreto-ley 1598/63 que textualmente señala que es la cooperativa quien debe indicar en sus estatutos lo relativo a la devolución de los aportes a capital. El Superintendente no respetó este precepto legal y reguló a su arbitrio la forma de devolución de aportes.

"*Cuarto.* Viola el mismo artículo 52 el Decreto-ley 1598 de 1963, sobre el cual se cimenta, porque le crea dos situaciones no previstas en él, a saber:

"a) Derecho de retención.

"b) Modifica los dos años de que trata dicho artículo 52 y lo transforma así: 120 días para devolver aportes; 1 año para devolverlos si la mayor parte del capital de la cooperativa está en activos fijos; y más de dos años si hay pérdidas.

"c) Fija intereses no siendo atribución suya.

"Por lo demás el artículo 3o. da un plazo de 120 días para devolver los aportes y permite a la cooperativa conservarlos al disponer que si no se devuelven en ese término, la cooperativa pagará un interés del 1% mensual, con lo cual se da la opción a la cooperativa de continuar en poder de esos valores y a ello se concluye si observamos que ese exsocio no cuenta con forma alguna para hacer exigibles sus aportes.

"El mismo artículo 3o. da un plazo de un año para devolver los aportes y obliga al cobro de una tasa de interés del 18% anual, con la cual se tomó atribuciones hasta de fijar interés.

"*Quinto.* La Resolución acusada viola ostensiblemente el artículo 120 ordinal 14 de la Constitución Nacional, en cuanto que abusa de los poderes presidenciales para regular lo relativo con la actividad bancaria, sus tasas de interés ya que estipula tasas sin que sea de su competencia establecerlas. En el mismo orden a la Ley 45 de 1923 que atribuye estas funciones de inspección y

vigilancia de la actividad Bancaria, la captación del ahorro, las tasas de interés, a la Superintendencia Bancaria, y Decreto-ley 444/67 de facultades de la Junta Monetaria de la República de Colombia".

II. CONCEPTO DEL FISCAL

El señor Fiscal Primero de la Corporación en su concepto de fondo solicita a esta Sala que acceda a las súplicas de la demanda por encontrar que evidentemente el acto administrativo acusado viola los artículos 31 y 52 del Decreto-ley 1598 de 1963. Considera que "por una simple Resolución no se podía entrar a dictar normas sobre Cooperativas, normas que de otro lado ya están contempladas en el Decreto 1598 de 1963; así, pues, se excedió el señor Superintendente de Cooperativas".

III. CONSDIERACIONES DE LA SALA

Habiéndose ejecutoriado el auto de citación para sentencia y no hallándose causal de nulidad que invalide lo actuado en el presente juicio, se procede a decidirlo previas las siguientes consideraciones:

En el escrito de demanda el actor solicitó que se decretara la suspensión provisional del acto acusado. La Sala Unitaria del ponente accedió a tal solicitud mediante providencia de 4 de mayo de 1982, en la cual se expresó lo siguiente:

"El artículo 31 del Decreto-ley 1598 de 1963, 'por el cual se actualiza la legislación cooperativa', expresa lo siguiente:

"Artículo 31. Los Estatutos de toda Cooperativa deberán contener:

"a) Denominación, domicilio y ámbito territorial de operaciones de la cooperativa;

"b) Objeto de sus actividades;

"c) Requisitos y procedimiento para la adquisición y pérdida de la calidad de socio;

"d) Derechos y obligaciones de los socios y forma de ejercicio del derecho de voto;

"e) Forma de dirección, organización y administración;

"f) Manera de ejercer la vigilancia interna;

"g) Composición de los órganos de dirección, administración y vigilancia, sus facultades y procedimientos;

"h) Forma de constitución e incremento del patrimonio social, valor de los certificados de aportación, forma de pago y de devolución de su importe, así como el procedimiento de avalúo de bienes y servicios en caso de que se aporten;

"i) Forma de constitución e incremento de las reservas y fondos sociales, su destinación e inversión;

"j) Duración de cada ejercicio económico y financiero;

"k) Forma y reglas para la distribución entre los socios de los excedentes cooperativos;

"l) Régimen de responsabilidades tanto de la cooperativa como de los socios;

"m) Reglas para la disolución y liquidación;

"n) Obligación de someter a arbitramento las diferencias o conflictos a que se refiere el artículo 14 de este Decreto;

"o) Procedimiento para la reforma de los Estatutos;

"p) Las demás estipulaciones que se consideren necesarias para asegurar el buen funcionamiento social de la cooperativa".

"La resolución impugnada se ocupa, como su mismo título lo indica, de establecer 'normas sobre la devolución de aportes a socios que se retiren de las sociedades cooperativas'. Su articulado es del siguiente tenor:

"Artículo 1o. El Consejo de Administración de las Cooperativas tendrá un plazo máximo de treinta (30) días para resolver las solicitudes de retiro de los socios.

"Artículo 2o. Para el estudio y resolución de las solicitudes de retiro de los socios deberán llenar los siguientes requisitos:

"a) Solicitud escrita ante el Consejo de Administración.

"b) Estar a paz y salvo de todas las obligaciones contraídas con la Cooperativa.

"Artículo 3o. Aceptado el retiro o decretada la exclusión de un socio, la Cooperativa dispondrá de un plazo máximo de 120 días para proceder a la devolución de los aportes a capital. El Consejo de Administración deberá expedir el reglamento en que se fije el procedimiento para satisfacer las obligaciones sin que éste sobrepase el término establecido anteriormente.

"Parágrafo: Las Cooperativas que por su naturaleza tengan la mayor parte de su capital en activos fijos pueden previo concepto de la Superintendencia Nacional de Cooperativas devolver los aportes en obligaciones pagaderas en un plazo no mayor de un año y con reconocimiento de un interés del 18% anual.

"Artículo 4o. Si en la fecha de retiro o exclusión de un socio, la Cooperativa dentro de su estado financiero y de acuerdo con el último Balance producido, presenta pérdidas el Consejo de Administración podrá ordenar la retención de los aportes en forma proporcional a la pérdida registrada y hasta por el término de expiración de la responsabilidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto-ley 1598 de 1963.

"Artículo 5o. Si dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha del balance en que se reflejaron las pérdidas, la Cooperativa no demuestra recuperación económica que permita la devolución de los aportes retenidos a los socios

retirados, la siguiente Asamblea General deberá resolver sobre el procedimiento para la cancelación de las pérdidas previo concepto favorable de la Superintendencia Nacional de Cooperativas.

"Artículo 6o. Si vencido el término fijado para la devolución de los aportes a, al te (sic) del artículo 3o., la Cooperativa no ha procedido de conformidad, el valor de los aportes correspondientes empezarán a devengar un interés de mora del 2% mensual.

"Artículo 7o. Las Cooperativas actualmente existentes deberán acomodar sus reglamentos a las disposiciones de la presente Resolución".

"Si según el artículo 31 del Decreto-ley 1598 de 1963 corresponde a los Estatutos de las Cooperativas establecer los 'requisitos y procedimientos para la adquisición y pérdidas de la calidad de socio' (literal c); los 'derechos y obligaciones de los socios' (literal d); la 'forma de constitución e incremento del patrimonio social, valor de los certificados de aportación, *forma de pago y de devolución de su importe*, así como el procedimiento de avalúo de bienes y servicios en caso de que se aporten (literal h), y el 'régimen de responsabilidades, tanto de la cooperativa como de los socios', resulta evidente para esta Sala Unitaria que el Superintendente Nacional de Cooperativas no puede por medio de resolución ocuparse de esos mismos temas ni menos tratar de hacerlo a manera de reglamentación de normas legales, como es la contenida en el artículo 52 del Decreto-ley 1958 (sic) de 1963, ya que la potestad reglamentaria le está atribuida exclusivamente al Presidente de la República por el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución".

No habiéndose producido ninguna variación desde el punto de vista fáctico y jurídico en el presente proceso, y compartiendo la Sala las razones dadas para decretar la suspensión provisional de la Resolución 1294 de 1972 expedida por el Superintendente Nacional de Cooperativas, procede la declaratoria de nulidad de dicho acto.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con su colaborador Fiscal,

FALLA:

Declárase nula la Resolución No. 1294 de 1972 expedida por el Superintendente Nacional de Cooperativas.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintiuno de enero de mil novecientos ochenta y tres.

Mario Enrique Pérez V., Jacobo Pérez Escobar, Samuel Buitrago Hurtado, Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

IMPUESTOS. UTILIDADES.

Término utilidades (Ley 20 de 1979); concepto. Decreto 2053 de 1974 (literal 1-b).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Bogotá, veintiocho de enero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Enrique Low Murtra**

Demandante: **Jesús Vallejo Mejía**

Referencia: Radicación 8562. Nulidad del concepto No. 29 de mayo 6 de 1980 expedido por el Subdirector Jurídico y el Relator de la Dirección General de Impuestos Nacionales. Autoridades Nacionales.

El ciudadano Jesús Vallejo Mejía, actuando en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda ante esta Corporación con el fin de obtener que se declare la nulidad del concepto circular número 29 del 6 de mayo de 1980 proferido por la subdirección jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

El acto acusado interpreta el alcance del artículo 13 de la Ley 20 de 1979 que consagra una deducción fiscal a favor de las empresas que realicen "inversiones en acciones de nuevas sociedades anónimas, o en la suscripción de nuevas emisiones de acciones de sociedades anónimas ya existentes que incrementen capital para la realización de ensanches". Establece igualmente el artículo 13 en mención que dicha deducción "no podrá exceder del 20% de las utilidades que sobrepasen la renta presuntiva de la sociedad que realice la inversión".

El acto acusado precisa que para calcular el tope máximo del beneficio fiscal que consagra el artículo 13 en mención, debe tomarse en cuenta la *renta o utilidad fiscal* y no las *utilidades comerciales* (que bien pueden diferir de aquella). También precisa el acto acusado que las utilidades fiscales denominadas ganancias ocasionales por ser de naturaleza diferente a la renta no pueden tampoco incluirse dentro de la base del cálculo del tope máximo del beneficio.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Considera el demandante que el acto acusado viola el parágrafo 1o. del artículo 13 de la Ley 20 de 1979 "al darle a la expresión 'utilidades' que emplea dicho parágrafo un sentido diferente al que le dan la legislación comercial y la ciencia contable, con lo cual también resultan violados los artículos 151, 445 y 450 del Código de Comercio.

También considera el actor que el acto acusado viola indirectamente el artículo 15 del Decreto 2053 de 1974 por cuanto asimila el concepto de renta fiscal al de utilidades, contrariando la letra misma de este artículo que define con precisión los conceptos de renta bruta, líquida y gravable.

En tercer lugar el demandante arguye que el acto acusado es violatorio del artículo 13 de la Ley 20 de 1979 al excluir del cálculo del tope máximo del beneficio las ganancias ocasionales que son utilidades en el sentido contable.

En cuarto lugar considera el demandante que el acto acusado viola los artículos 1o. y 34 del Decreto 74 de 1976 al exceder las facultades de interpretación de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

Corrido el traslado a la señora fiscal sexto ante esta Corporación se obtuvo de ella dictamen favorable a las pretensiones de la demanda por cuanto la señora agente del Ministerio Público considera que el término 'utilidades' que se incorpora en el tenor del artículo 13 de la Ley 20 de 1979 (parágrafo primero) debe cobijar todos los elementos que tal término contiene en el código de comercio y en la técnica contable y no el sentido restrictivo de renta fiscal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. Es evidente que el punto central de la controversia consiste en determinar si el término *utilidades* que se consagra en la Ley 20 de 1979 debe interpretarse dentro de un alcance restrictivo como lo hace el acto acusado para limitar el beneficio fiscal que se da al que invierte en acciones nuevas para la ampliación de sociedades existentes o en acciones de nuevas sociedades, o si debe dársele un alcance más amplio e incorporar en ese término todas las utilidades comerciales aun cuando en tales utilidades se encuentren elementos que no son considerados como renta para la tasación del tributo.

2. La legislación tributaria no tiene una definición expresa del término utilidad para los fines fiscales o tributarios. Así lo consideran tanto el actor como la señora agente del Ministerio Público. Sin embargo, varias de las disposiciones de los decretos legislativos y de las leyes que regulan el impuesto de renta y complementarios hacen referencia a la utilidad o utilidades obtenidas en el ejercicio fiscal. Basten algunas ilustraciones: el artículo 5o. del Decreto 2053 de 1974 asimila las utilidades a las participaciones de los socios de sociedades de responsabilidad limitada o asimiladas; en el artículo 14 del mismo estatuto legal al hablar de las rentas de fuente nacional se incorporan "las utilidades" (numerales 2-3-11-12) provenientes de enajenación de bienes o de explotación de fincas, minas, depósitos naturales o de fábricas... según su ubicación. Vale decir se equipara el término utilidades al término 'renta'. En el artículo 16 del Decreto 2053 de 1974 (literal 1-b) se utiliza el término utilidad para determinar el momento de realización de la *renta*. En el artículo 32 ibídem también se usa con alcance análogo, calificando la utilidad de *bruta*. En otros artículos del Decreto 2053 de 1974 el término utilidad se reitera en contextos diferentes: "Constituye dividendo o utilidad" (artículos 40-90-91); participaciones (artículo 43); y ganancia ocasional (artículos 102-133); ganancias (artículo 35). Significa esto, como bien lo sostiene la señora fiscal, que no siempre que la ley tributaria utiliza el término utilidad lo hace en un mismo sentido y con un mismo alcance. Por ello es necesario interpretar el alcance del término dentro del contexto de la disposición o grupo de disposiciones que regulan el tema específico. En algunos casos la utilidad se asimila a ingreso bruto; en otros es claro que se trata de utilidad neta. En otros finalmente se trata de una verdadera renta.

3. Así pues es pertinente analizar en el caso de autos el término utilidad a la luz del contexto del artículo 13 de la Ley 20 de 1979. Es claro que en ese artículo la palabra utilidad está estrechamente ligada a la renta presuntiva de las sociedades que realicen la inversión. Se trata de un límite a un beneficio fiscal, el que no puede exceder del 20% de las *rentas* que sobrepasen la renta presuntiva. Debe entenderse que la palabra utilidades se utiliza como sinónimo de rentas pues se presenta frente al término ficto de la renta presuntiva, vale decir, se hace comparable a ella. Luego, la interpretación que hace el acto acusado parece correcta.

4. Estas reflexiones de tipo gramatical o semántico se refuerzan con otras de naturaleza económica, mirando el sentido teleológico de la norma. ¿Por qué quiso el legislador limitar el beneficio fiscal que se consagró en la Ley 20 de 1979? Porque consideró prudente estimular la inversión en nuevas actividades en nuevas empresas, pero sin que tal estímulo fuese fuente de evasión o de un desproporcionado costo fiscal. Por lo tanto, el límite debe considerarse ligado al monto de las utilidades o rentas de tipo tributario y no a las rentas comerciales que no se controlan por el propio estado, ni sirven de base para el tributo. Si se le diese a la norma el alcance que quiere el actor se pondría en peligro este propósito claro del legislador; perdería sentido el límite creado por la ley. A la ley hay que interpretarla buscando siempre que su letra tenga vigencia, aplicación, realidad, vida. Debe colegirse por ello que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

Por lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la sección cuarta de su Sala de lo contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA:

Niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese y archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Gustavo Humberto Rodríguez, Bernardo Ortiz Amaya, (ausente); **Carmelo Martínez Conn, Enrique Low Murtra.**

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

EMPLEADOS PUBLICOS. RETIRO DEL SERVICIO. Por cualquier medio incluyendo la declaratoria de insubsistencia del nombramiento fue regulado íntegramente por disposiciones posteriores y de superior jerarquía a los Acuerdos 20 de 1964 y 43 de 1965 de la Junta Directiva del Instituto Nacional de Radio y Televisión, como son los Decretos Extraordinarios 2400 de 1968 y 3074 del mismo año

y el reglamentario 1950 de 1973, dictados con base en la Ley 65 de 1967; y de conformidad con normas constitucionales que establecen que el régimen del empleado público es estrictamente legal, que el Presidente de la República puede ser legislador extraordinario y le corresponde reglamentar las leyes para su cumplida ejecución.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.E., cinco de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Joaquín Vanín Tello**

Actor: **Eduardo Nieto Navia**

Referencia: Expediente No. 6.327 Autoridades Nacionales

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Instituto Nacional de Radio y Televisión —INRAVISION— contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual dicha corporación accedió a las súplicas de la demanda presentada por el señor Eduardo Nieto Navia y que su apoderado expresó en la siguiente forma:

"1o. Que es nula la Resolución 01440 del 10 de noviembre de 1978, proferida por el Director del Instituto Nacional de Radio y Televisión, mediante la cual fue declarado insubsistente el nombramiento del señor Eduardo Nieto del cargo de Jefe de Sección IV, Sección Servicios Generales, Sub-Dirección Administrativa de Inravisión.

2o. Que como consecuencia de la nulidad a que se refiere la petición anterior, ese H. Tribunal ordene la reparación de los derechos de mi poderdante quebrantados por la providencia impetrada, es decir, reintegrar al demandante señor Eduardo Nieto Navia al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría y remuneración. Asimismo a ordenar al Instituto Nacional de Radio y Televisión a reconocerle al señor Nieto Navia, todos los sueldos, primas, bonificaciones, subsidios y demás emolumentos dejados de percibir desde su separación del servicio hasta el día en que sea efectivamente reintegrado al cargo.

3o. Que para todos los efectos legales se considere que no ha habido solución de continuidad en el desempeño del cargo".

Según los hechos en que se fundamenta la demanda, el actor desempeñaba en INRAVISION el cargo de Jefe de Sección IV (Sección de Servicios Generales, dependiente de la Sub-dirección Administrativa) cuando, mediante el acto acusado, su nombramiento fue declarado insubsistente, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973 y demás disposiciones concordantes. En los considerandos de la Resolución acusada se invoca el Decreto Legislativo 2132 de 1978, mediante el cual el Gobierno suspendió los derechos, garantías y demás efectos de las carreras administrativa, docente, carcelaria, penitenciaria, diplomática y consular, mientras subsistiera turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional; también se aduce la condición de empleados públicos de libre nombramiento y remoción declarada por Acuerdo No. 43 de 1965, emanado de la correspondiente Junta

Directiva, que tienen los servidores de INRAVISION, los cuales, según el Decreto 1400 de 1978 (Estatutos), "estarán subordinados al Director y actuarán bajo su responsabilidad".

Al indicar las normas violadas y desarrollar el concepto de la violación, dice el actor en su demanda:

"1o. Artículo 46 del Acuerdo 20 de 1964 de la Junta Directiva del Instituto Nacional de Radio y Televisión y artículo 2o. del Acuerdo 43 de 1965, de la misma Junta, por cuanto en estas normas se consagra la estabilidad para los empleados de Inravisión al indicar la primera de las normas reseñadas las causales de retiro en especial la declaratoria de insubsistencia y sus requisitos, y al preceptuar la segunda de las normas mencionadas que se garantiza "la estabilidad en el empleo a todo el personal del Instituto, teniendo en cuenta su conducta y su idoneidad. Ningún trabajador podrá ser despedido sin que previamente se le oiga en la Comisión de Personal para presentar los descargos correspondientes, conforme a lo previsto en el Reglamento de Trabajo..." El señor Nieto Navia fue retirado del servicio desconociendo el Instituto aquella estabilidad y los mencionados requisitos y procedimientos.

"2o. Decreto Legislativo 2132 del 7 de octubre de 1976, por cuanto al considerarlo como uno de los fundamentos para la Declaratoria de Insubsistendcia del señor Eduardo Nieto Navia le da un alcance que la mencionada norma no establece. En efecto, no es aplicable este Decreto ya que él exige la participación del funcionario público en "huelgas o reuniones tumultuarias o que entraben o impidan la prestación del servicio o que inciten a participar en los hechos aquí expresados" para suspender las normas concernientes a los derechos, garantías y demás efectos de las carreras administrativas, docente, carcelaria, penitenciaria, diplomática y consular. El funcionario separado del cargo no incurrió en ninguna de esas actividades por lo cual no se le podía aplicar el Decreto mencionado, existiendo por tanto una falsa motivación que hace incurrir al Director de Inravisión en una desviación de poder al apartarse de la finalidad que aquel decreto consagra. Como consecuencia de tal motivación, se viola asimismo el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, al declarar la insubsistencia del nombramiento por un motivo inexistente. En efecto, al vincular a la declaratoria de insubsistencia del señor Nieto Navia las actividades contempladas en el Decreto 2132 de 1976, que no se dan en este caso, se presenta una desviación de la finalidad que consagra aquella facultad de la administración por cuanto el acto acusado obedece a imputaciones contra el empleado que no han sido investigadas y probadas previos los procedimientos legales.

"3o. Como consecuencia de la vinculación de la declaratoria de insubsistencia del señor Nieto Navia con las actividades enumeradas en el Decreto 2132 de 1976, se violaron asimismo los artículos 16, 17, 20, 26 y 30 de la Constitución Nacional, por cuanto no se probaron uno o alguno de los hechos a que se refiere aquella disposición excepcional ni se le permitió al señor Nieto el ejercicio del derecho de defensa el no hacérsele conocer los cargos que se le imputaron.

"4o. Violación del artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, por cuanto la providencia impetrada tiene como fundamento igualmente el artículo 1o. del

Acuerdo 43 de 1965 de la Junta Directiva de Inravisión que según aquélla, estableció sobre la calidad de los empleados del Instituto la condición de libre nombramiento y remoción. Sin embargo dicha norma no establece ni se refiere de ninguna manera a aquella calidad; por el contrario, el Acuerdo 43 citado reafirma la estabilidad de los empleados de Inravisión. Se observa cómo la finalidad de la declaratoria de insubsistencia del señor Nieto Navia no era otra que la de causarle un daño a su patrimonio material y moral al fundamentar aquel acto en conceptos inexistentes y en desconocerse su estabilidad".

Son fundamentos del fallo del Tribunal: 1) "El artículo 46 del Acuerdo No. 20 de 1964 preceptúa que la declaratoria de insubsistencia procede por las causas taxativamente señaladas en esa disposición, entre las cuales figuran, entre otras, el abandono del cargo, la desobediencia habitual de los reglamentos y las órdenes que se imparten..." 2) El artículo 2o. del Acuerdo 43 de 1965 cobijó con la garantía de la estabilidad en el empleo a todo el personal del Instituto, teniendo en cuenta su conducta y su idoneidad, dispuso que solo podrá terminarse la relación de trabajo con los empleados al servicio del Instituto por las causales y previo el procedimiento que establece el Reglamento Interno de Trabajo. 3) De conformidad con las anteriores disposiciones el Instituto implantó en los años de 1964 y 1965 una garantía de estabilidad relativa para todos sus servidores, cuyos nombramientos no pueden ser declarados insubsistentes sino en ciertos casos y con arreglo a un procedimiento, "por lo cual, ciertamente, surge una limitación en la facultad del nominador para decretar la desvinculación del servicio de los empleados públicos no escalafonados en la carrera administrativa". 4) En la sentencia del 13 de diciembre de 1972, mediante la cual se declaró inexequible el artículo 38 del Decreto 3130 de 1968, dijo la Corte Suprema de Justicia que las atribuciones que daba dicha disposición a las Juntas o Consejos Directivos de entidades oficiales descentralizadas "corresponden, privativamente, al Congreso, como legislador ordinario, o al Presidente de la República, como legislador extraordinario". 5) "Como *las condiciones de acceso y desvinculación del servicio son aspectos que deben quedar comprendidos en los estatutos de personal* de los establecimientos públicos y de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, *se deduce* que solamente el Congreso o el Gobierno Nacional pueden modificar o aclarar las normas que regulen esas materias. En consecuencia, no son válidas las modificaciones realizadas por medio de Acuerdos de las Juntas o de los Consejos Directivos y en el evento de que se expidan disposiciones de esa naturaleza procede la inaplicabilidad de las mismas" (se subraya). 6) Según el artículo 39 del Decreto 3130 de 1968, "las normas vigentes sobre las materias de que trata el artículo 38 del presente Decreto, continuarán rigiendo en cada organismo hasta *la aprobación por el Gobierno de los proyectos a que se refiere el artículo anterior*" (subraya la Sala). 7) *En consecuencia*, "los Acuerdos 20 de 1964 y 43 de 1965 mantienen su vigencia en relación con la regulación sobre la declaratoria de insubsistencia, pues se convirtieron en norma obligatoria por mandato legal hasta que *se dicten por el Congreso o por el Gobierno Nacional* con facultades extraordinarias aquéllas que las modifiquen o aclaren" (Se subraya). 8) Los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973 no revocaron ni siquiera tácitamente los Acuerdos 20 de 1964 y 43 de 1965 por cuanto "dichas normas no son imperativas en el sentido de establecer una facultad inquebrantable como para entender que las situaciones reguladas con anterioridad por las entidades de derecho público en una forma distinta o con limitaciones a esa

atribución quedaron modificadas, pues del texto de esas disposiciones se desprende la facultad discrecional mas no obligatoria para declarar insubsistencias cuando se utilizan las palabras 'puede' o 'podrá'. 9) Como lo sostuvo el Fiscal Cuarto del Consejo de Estado en otro proceso, si hay enfrentamiento entre el artículo 26 del Decreto 2400 y el 39 del Decreto 3130, de 1968 ambos, se debe preferir la última disposición por ser más favorable al trabajador. 10) Con base en los anteriores planteamientos, INRAVISION solo podía declarar la insubsistencia del nombramiento del demandante por alguna de las causales señaladas en el artículo 45 del Acuerdo 20 de 1964 y con el debido procedimiento.

En su concepto de fondo, la señora Fiscal Quinto de la Corporación opina que el fallo del a-quo debe mantenerse puesto que el nombramiento del actor no podía ser declarado insubsistente sino por alguna de las causales contempladas en el artículo 4o. del Acuerdo No. 20 de 1964.

Habiéndose adelantado la actuación en forma legal, procede la Sala a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La Sala se encuentra en desacuerdo con el criterio expresado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en su sentencia y por la señora Fiscal Quinto de la Corporación en su concepto, según el cual los Acuerdos 20 de 1964 y 43 de 1965, dictados por la Junta Directiva del Instituto Nacional de Radio y Televisión se hicieron inderogables por el artículo 26 del Decreto Extraordinario 2400 de 1968, ante el cual permanecen incólumes, sin que puedan ser derogados ni modificados por una ley de carácter general sino por una que expresamente se refiera a ellos.

Sin embargo, una norma de rango inferior, anterior o posterior, no puede subsistir contrariando a la de superior jerarquía y claramente dice el artículo 3o. de la Ley 153 de 1887: "Estímase insubsistente una disposición por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería".

Es de advertir que lo relativo al retiro de los empleados públicos del servicio, por cualquier medio, incluyendo la declaración de insubsistencia del nombramiento, fue regulado íntegramente por disposiciones posteriores y de superior jerarquía a los citados acuerdos, como son los Decretos Extraordinarios 2400 de 1968 y 3074 del mismo año y el Reglamentario 1950 de 1973, dictados con base en la Ley 65 de 1967 y de conformidad con normas constitucionales que establecen que el régimen del empleo público es estrictamente legal, que el Presidente de la República puede ser legislador extraordinario y le corresponde reglamentar las leyes para su cumplida ejecución (artículos 62, 76, atribuciones 9a., 10, 12, artículo 120, ordinal 3o., entre otras disposiciones de la Constitución Naiconal). Particularmente, el inciso segundo del artículo 62 de la Constitución Nacional dispone que "el Presidente de la República, los Gobernadores, los Alcaldes y en general todos los funcionarios *que tengan facultad de nombrar y remover empleados administrativos, no podrán ejercerla sino dentro de las normas que expida el Congreso, para establecer y regular* las

condiciones de acceso al servicio público, de ascensos por mérito y antigüedad, de jubilación, *retiro o despido"* (subraya la Sala).

De suerte que, como lo dice el Tribunal, aquella de que se trata es una materia reservada por la Constitución Nacional al Congreso y al Presidente de la República, en cuanto actúe como legislador extraordinario. Lo que olvida el Tribunal es que ni una ley, como el Decreto Extraordinario 3130 de 1968, podía mantener en vigencia, dar fuerza obligatoria a unas disposiciones, como las de los acuerdos en mención, en contra de lo que establece la propia Constitución Nacional. Pueden dictarse reglamentos sobre esa materia, pero sin rebasar el marco de la respectiva ley. El Acuerdo de la Junta Directiva de un establecimiento Público puede también contener disposiciones en lo tocante a retiro del servicio de sus empleados, pero ellas no podrán ser otra cosa que una reproducción de los textos legales, y ese es el contenido del Acuerdo No. 10 de 1973, expedido por la Junta Directiva del Instituto Nacional de Radio y Televisión y que es objetado por la sentencia recurrida. Y precisa recordar que los establecimientos públicos pueden dictar normas atinentes a su personal, conforme a las disposiciones legales sobre la materia, con las cuales no pueden estar en contradicción, es decir, ser incompatibles, (artículo 5o. del Decreto Extraordinario 3135 de 1968, v. gr.).

Desde luego, es un error pensar que el Congreso tiene que y va a dictar los estatutos de cada establecimiento público, sociedad de economía mixta y empresa industrial o comercial del Estado; además, los estatutos básicos a que se refiere la Constitución Nacional en el numeral 10 de su artículo 76 están constituidos por leyes o decretos extraordinarios de carácter general, es decir, aplicables a todos los establecimientos públicos, o a todas las empresas oficiales o a todas las sociedades de economía mixta, o a todas las entidades descentralizadas. Es, por ejemplo, el caso del Decreto Extraordinario 3130 de 1968.

Está en grave error el Tribunal al considerar que los Acuerdos 20 de 1964 y 43 de 1965, expedidos por la Junta Directiva del Instituto Nacional de Radio y Televisión, que contradicen ostensiblemente el artículo 26 del Decreto Extraordinario 2400 de 1968, habrán de mantener su vigencia en forma indefinida, mientras se dicten por el Congreso o por el Presidente de la República, como legislador extraordinario, normas que quizás no habrán de dictarse nunca, para modificarlos expresamente, porque según dicha Corporación, ni con el respaldo de la Constitución Nacional pueden ni podrán hacerlo las disposiciones legales de carácter general, es decir, aplicables a todos los empleos y empleados públicos del orden nacional, que rigen o habrán de regir en el país. Olvida el Tribunal que solo mediante una norma legal se pueden establecer excepciones a una ley. Un acuerdo de Junta Directiva no puede erigirse en un régimen exceptivo, pues ello socava el orden jurídico del país. Más adelante habrá de hacerse notar que el error del Tribunal estriba en una equivocada interpretación de un precepto de dudosa constitucionalidad, el artículo 39 del Decreto 3130 de 1968, que se refería al 38 del mismo decreto, que al ser declarada inexequible esta última disposición sufrió una evidente sustracción de materia. Ese precepto no dijo nunca lo que entendió el a-quo.

También es errónea, y por esa causa, la tesis del Tribunal de que el Acuerdo No. 10 de 1973, expedido por la Junta Directiva de dicho Instituto, no podía modificar el Acuerdo No. 43 de 1965, que precisamente se dictó para

ajustarlo a las leyes vigentes. No advirtió el a-quo que no fue el Acuerdo 10 de 1973 el que modificó el No. 43 de 1965, sino la ley. Dicho acuerdo no hizo sino repetir normas legales vigentes sobre la materia. Sus disposiciones serán inválidas en la medida en que lo sean las del Decreto Extraordinario 2400 de 1968.

Transcribe el Tribunal el texto del artículo 39 del Decreto 3130 de 1968, pero no se percata que la disposición dice: "las normas vigentes sobre las materias de que *trata el artículo 38* del presente decreto, continuarán rigiendo en cada organismo hasta la aprobación por el Gobierno de *los proyectos a que se refiere el artículo anterior*" (subraya la Sala).

No tomó en cuenta el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que el artículo 39 del Decreto 3130 de 1968 depende necesariamente del artículo 38 del mismo decreto y que al no existir o dejar de existir éste, como sucedió en virtud de la declaración de inexequibilidad del mismo, el precepto primeramente citado no tiene o pierde sentido, carece de eficacia. Porque, ¿cómo pueden seguir rigiendo unas disposiciones hasta que se aprueben unos proyectos que no podrán, que no habrán de ser elaborados ni aprobados nunca? ¿No se hizo inaplicable el artículo 39 del Decreto 3130 de 1968 por sustracción de materia? ¿No habían pasado ya varias veces los doce meses de plazo que puso el artículo 38 del citado decreto y no declaró la Corte Suprema de Justicia inexequible dicha disposición?

Pero el Tribunal salva la dificultad estableciendo lo que la norma no dice. En efecto, como el artículo 39 dispone que mientras el Gobierno no apruebe los proyectos de estatuto de personal a que se refiere el artículo declarado inexequible por la Corte, regirán las normas vigentes sobre las materias de que trata el mismo artículo, es decir, el 38, los Acuerdos 20 de 1964 y 43 de 1965 mantendrán su vigencia *"hasta que se dicten por el Congreso o por el Gobierno Nacional con facultades extraordinarias* aquellas que las modifiquen o aclaren".

Bien distintos son los proyectos de acuerdo de Junta Directiva a que se refiere el artículo 39 del Decreto 3130 de las leyes, los decretos extraordinarios de que habla el Tribunal.

Pero entonces, como no es imaginable que se haya de dictar una ley que expresamente diga: "deróganse los artículos 46 del Acuerdo No. 20 de 1964 y 2o. del Acuerdo No. 43 de 1965, dictados por la Junta Directiva del Instituto Nacional de Radio y Televisión", conforme a la tesis del Tribunal, esas disposiciones internas de INRAVISION permanecerán indefinidamente rigiendo por encima de la Constitución y de las leyes del país.

Suponiendo que es constitucional el artículo 39 del Decreto 3130 de 1968 y que la declaración de inexequibilidad del artículo 38 no lo hizo ineficaz, hay que anotar que el Tribunal no reparo que el asunto sub judice nada tiene que ver con la materia de que tratan dichas disposiciones. Lo relativo a retiro de los empleados públicos del servicio, por cualquier medio, incluyendo la declaración de insubsistencia de su nombramiento, no está señalado por la norma citada en segundo término como materia de los estatutos de personal que habrían de someter a la aprobación del gobierno nacional las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y

comerciales del Estado. Léase detenidamente el texto del artículo declarado inexequible para comprobarlo. Decía así:

"Las Juntas o Consejos Directivos de los Establecimientos Públicos y de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, dentro de los doce meses siguientes a la fecha de expedición del presente Decreto, elaborarán para aprobación del Gobierno el proyecto de estatuto de su personal en que se determinen las condiciones para la creación, suspensión y fusión de cargos y de acceso al servicio; las situaciones administrativas y el régimen disciplinario; el campo de aplicación de la carrera administrativa y los correspondientes procedimientos; lo mismo que todo lo referente a la clasificación y remuneración de los empleos, primas o bonificaciones, gastos de representación, viáticos, horas extras, prestaciones sociales y requisitos para el otorgamiento de comisiones en el interior o en el exterior del país".

¿Dónde o cuándo hablaba dicha disposición de retiro del empleado públicos del servicio o de remoción del mismo o de insubsistencia de su nombramiento, que es el caso?

Entonces, si el artículo 39 se refiere a las materias de que trataba el artículo 38 y éste no tocaba en forma alguna lo atinente a remoción de un empleado público, especialmente por el medio consistente en la declaración de insubsistencia del nombramiento, ¿cómo puede entenderse que el artículo primeramente citado, por referencia al segundo, dejó vigentes, convirtiéndolas en normas obligatorias, las disposiciones de los Acuerdos de Juntas o Consejos Directivos de establecimientos públicos, que regulaban lo concerniente a remoción del empleado público, especialmente en virtud de la declaración de insubsistencia de su nombramiento?

La tesis del Tribunal no encuentra fundamento ni siquiera en disposiciones inconstitucionales o que perdieron toda eficacia en virtud de la inexequibilidad declarada por la Corte Suprema de Justicia, pues el artículo 39 no dijo que continuarían vigentes las disposiciones internas de los establecimientos públicos atinentes a retiro de empleados del servicio, especialmente por medio de la declaración de insubsistencia de su nombramiento, pues, se repite, la disposición a que se refería no tocaba esa materia.

Si el citado artículo 39 hubiera ordenado que continuaran vigentes en las entidades descentralizadas del orden nacional las disposiciones internas de ellas sobre retiro de empleados públicos del servicio, especialmente en lo que respecta a su remoción, habría infringido la Constitución Nacional, que reservó esa materia para el legislador. Adviértase, además, que la norma contenida en el artículo 62 de la Constitución Nacional, que dispuso que lo relativo a "retiro o despido" de empleados públicos es de competencia exclusiva del legislador es anterior al Decreto 2400 de 1968, a la reforma constitucional de ese año y a los acuerdos Nos. 20 de 1964 y 43 de 1965, pues corresponde al artículo 5o. del Plebiscito de 1957. Por otra parte, cuando se dictaron tales Acuerdos estaba vigente el Decreto Extraordinario 1732 de 1960 "sobre servicio civil y carrera administrativa", que regulaba la materia.

Pero ahí no paran los errores del Tribunal, suponiendo que todo lo que se dijo antes no es cierto, que los mencionados acuerdos no se dictaron, en cuanto hace relación a retiro de empleados, en contradicción con la Constitución y con

las normas legales entonces vigentes y que el artículo 38 del Decreto 3130 de 1968 si hablaba de retiro del empleado del servicio, cabría a la tesis del Tribunal la objeción de que mal puede continuar vigente aquello que ha sido derogado. En efecto, el Decreto 3130, dictado el 26 de diciembre de 1968, es obviamente posterior al Decreto 2400, expedido el 19 de septiembre de dicho año. Este decreto derogó las disposiciones contrarias a las suyas, como lo dice expresamente el artículo 65 del mismo estatuto, modificado por el Decreto 3074 de 1968, con algunas excepciones, que no se refieren a normas distintas de las del Decreto 1732 de 1960. Dice así la disposición:

"El presente decreto deroga las disposiciones que le sean contrarias y en especial el Decreto número 1732 de 1960, salvo los artículos 178 y 179 y las disposiciones del mismo Decreto que hacen relación a los empleados del orden departamental y municipal".

Pero si no existiera esa norma, tendría aplicación, por lo menos, lo dispuesto en los artículos 2o. y 3o. de la Ley 153 de 1887, según los cuales, "la ley posterior prevalece sobre la anterior" y se estima "insubsistente una disposición legal... por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería". Y lo cierto es que el Decreto 2400 de 1968, posterior a los Acuerdos 20 de 1964 y 43 de 1965, dictados por la Junta Directiva de INRAVISION, regula íntegramente la materia relativa a la cesasión definitiva de funciones o retiro del servicio. De todos modos, esas disposiciones de INRAVISION fueron derogadas por el Decreto 2400 de 1968.

Entonces, cuando entró a regir el ineficaz artículo 39 del Decreto 3130, no podía prorrogar la vigencia de los artículos 46 del Acuerdo 20 de 1964 y 2o. del Acuerdo 43 de 1965 y otorgarles fuerza obligatoria, pues *no existían.* Fueron derogados, se repite, por mandato del artículo 65 del Decreto 2400 de 1968, modificado por el artículo 1o. del Decreto 3074 de 1968, y además, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 2o. y 3o. de la Ley 153 de 1887.

Legal y jurídicamente es imposible sostener, siquiera enunciar la tesis de que el Decreto Extraordinario 2400 de 1968, que pudo abolir leyes y decretos extraordinarios, no hubiera tenido la fuerza o la autoridad suficiente para derogar unas disposiciones dictadas por la Junta Directiva de un establecimiento público, indiscutiblemente de inferior jerarquía.

Pero entonces surge el argumento de que los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973 no pudieron derogar ni siquiera tácitamente los Acuerdos 20 de 1964 y 43 de 1965 pues sus disposiciones *"no son imperativas* en el sentido de establecer una *facultad inquebrantable* como para entender que las situaciones reguladas con anterioridad por las entidades de derecho público *en una forma distinta* o *con limitaciones a esa atribución quedaron modificadas*, pues del texto de esas disposiciones se desprende la facultad discrecional mas no obligatoria para declarar insubsistencias cuando se utilizan las palabras 'puede' o 'podrá' (subraya la Sala).

Según el anterior criterio, si existe una norma de carácter subalterno o subordinado, como lo es la de un acuerdo de una Junta Directiva, que establece que la entidad respectiva no puede retirar de su servicio a empleados públicos vinculados a ella sino por determinadas causas y se dicta una ley que dispone

que las autoridades nominadoras pueden declarar insubsistente el nombramiento hecho a uno de tales servidores públicos, aquélla se estrella contra el acuerdo, que la deja sin aplicación alguna dentro de la respectiva entidad, debido a que la disposición legal no impone una obligación sino que concede una facultad. Nada diferente se dice si se afirma que las leyes que conceden facultades a los empleados públicos, porque no se expresan en forma de mandato obligatorio, pueden ser violadas por disposiciones de inferior jerarquía.

Pero no es así como está organizado nuestro régimen legal. Ciertamente quien está investido de una facultad discrecional puede usarla o no, pero no puede comprometerse a no usarla, ni puede una disposición de jerarquía inferior a la que se le otorgó, arrebatarle esa facultad o impedir su uso.

Se observa que el Tribunal confunde el hecho de que una norma otorgue facultad a un empleado público para hacer algo sin obligarlo a ello, con el carácter meramente facultativo que pueden asumir disposiciones que pertenecen al ámbito del derecho privado. Como es bien sabido, según el grado de su coercibilidad, las normas legales se clasifican en dos categorías: 1) las llamadas imperativas, con más exactitud, absolutamente imperativas o con validez incondicional, las cuales pertenecen al orden normativo del juz cogens vel neccessarium, derecho categórico, riguroso, del que hacen parte las normas de orden público, que se dan excepcionalmente en el derecho privado, y especialmente las del derecho público; 2) las llamadas facultativas, supletivas o interpretativas de la voluntad de las partes, que son relativamente imperativas, o con validez condicional; forman parte del denominado jus supletivum, dispositivum vel voluntarium, derecho dúctil, flexible, y pueden ser derogadas en el ámbito contractual. Las primeras se imponen a la voluntad de las partes, que no las pueden derogar en sus convenciones o contratos, las segundas se aplican únicamente si no existe una manifestación de voluntad que las contradiga o las excluya, y si conceden facultades o derechos, ellos son renunciables, pues en cuanto no fuera posible ni lo uno ni lo otro, se estaría en presencia de una norma de orden público, como aquellas a que se refieren los artículos 15 y 16 del Código Civil.

No es en este sentido que el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 puede ser una disposición facultativa, ya que es de derecho público, absolutamente imperativa, que otorga una "facultad inquebrantable", para usar, pero afirmativamente, los términos que utiliza en forma negativa el Tribunal, pues no puede ser desconocida ni suprimida por ninguna autoridad, ni por disposición que no sea de igual o superior jerarquía a aquella que la consagra, ni renunciada por el respectivo funcionario, ni materia de pacto o convención.

Obsérvese que los artículos 76 y 120 de la Constitución Nacional, por ejemplo, contienen entre sus ordinales y numerales, algunos que conceden al Congreso y al Presidente de la República facultades que no son de ejercicio obligatorio, y que los artículos 121 y 122 de la Constitución Nacional dicen en su orden: "...*podrá* el Presidente, con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella"; "...*podrá* el Presidente, con la firma de todos los Ministros, declarar el estado de emergencia...." (se subraya). No cree la Sala que por ello puedan prevalecer

o establecer excepciones respecto de tales disposiciones otras de rango inferior".

Ahora, no se puede confundir el problema de la aplicación de una norma legal en la esfera de los contratos y de las relaciones de derecho privado en general con el de la prevalencia de una regla del orden de la normatividad respecto de otra. En el primer caso rige, entre otros, el principio de la imperatividad absoluta o relativa de la ley, su vigencia incondicional o condicionada, con relación a la voluntad de las partes, las cuales, según el carácter de la norma, están obligadas a sujetarse a ella, o pueden estipular en contra o al margen de sus previsiones, renunciar, o no, a los derechos o facultades que concede. El segundo está gobernado por otros principios y criterios, como el de la jerarquía de las leyes, el atinente al carácter general o especial de un precepto, a la condición de ser anterior o posterior, cuando se presentan incompatibilidades o conflictos entre normas legales. En este evento se puede hablar de que la disposición anterior, si es especial, prevalece aún sobre la posterior, si es general, *pero si son de igual jerarquía*, a menos que la nueva ley "regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería", como se colige del texto de los artículos 5o. de la Ley 57 de 1887, 3o. y 12 de la Ley 153 del mismo año.

Entonces, si una norma legal puede derogar a otra, aunque sea especial, si aquella regula íntegramente la materia, ¿por qué dada esta condición, no puede derogar una disposición de inferior jerarquía? Y los acuerdos a que se refiere el Tribunal son, por una parte, de rango inferior al Decreto 2400 de 1968 y éste, por la otra, si lo anterior no fuera suficiente, reguló íntegramente la materia relativa a retiro de los empleados públicos del servicio.

Pero de todos modos, en el orden de la normatividad, dentro del cual se encuentran el citado decreto y los mencionados acuerdos, como es obvio, aunque los últimos con vigencia dentro del marco de una entidad determinada, absoluta o relativamente imperativa la ley, o no imperativa, si se prefiere decir así, con validez condicionada o no, el precepto de inferior jerarquía, general o especial, no puede prevalecer sobre ella, no importa que sea anterior o posterior.

Y ese es el caso de los acuerdos de INRAVISION con relación al Decreto Extraordinario 2400 de 1968.

Por último, en lo que concierne a este tema: Argumenta el Tribunal que los artículos que concedieron facultad discrecional a la autoridad nominadora para declarar insubsistentes los nombramientos de sus subalternos, utilizan las palabras "puede" o "podrá". Precisamente, si la autoridad nominadora "puede" o "podrá" por mandato legal, nada distinto de la propia ley, excepto la Constitución, tiene autoridad para arrebatarle el poder que aquella le otorga y que, además, es irrenunciable.

Tampoco se acierta cuando se trata de aplicar en este caso el principio de la favorabilidad porque, independientemente de toda discusión sobre la vigencia del artículo 39 del Decreto 3130 de 1968 y de los artículos 46 del Acuerdo 20 de 1964 y 2o. del Acuerdo 43 de 1965, lo cierto es que para que ese principio opere, sobre el supuesto de un conflicto entre dos disposiciones, estas tienen que referirse, en alguna forma, a la misma materia; de lo contrario se trata de

un conflicto imposible. Y en este caso no es posible el conflicto, aunque estuvieran vigentes las citadas disposiciones de los acuerdos y aunque el artículo 39 del Decreto 3130 de 1968 no fuera, por lo menos, ineficaz. Y no es posible porque el artículos 26 del Decreto 2400 de 1968 trata de la insubsistencia del nombramiento de empleados públicos y ni el artículo 39 del Decreto 3130 ni el 38 del mismo estatuto, se refieren ni por asomo a esta materia.

Con base en lo dicho procedentemente, la Sala resume de la siguiente manera sus criterios y conclusiones:

1a. La materia que es objeto de los artículos 46 del Acuerdo 20 de 1964 y 2o. del Acuerdo 43 de 1965, emanados de la Junta Directiva de INRAVISION es distinta de la que tratan los artículos 38 y 39 del Decreto Extraordinario 3130 de 1968.

2a. En virtud de la declaración de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968, el artículo 39 que a él se refería, sufrió un fenómeno de sustracción de materia, perdió eficacia.

3a. Las leyes o los decretos extraordinarios que espera el Tribunal que dicten el Congreso o el Gobierno no son los proyectos de estatuto de personal de que trataba el artículo 38 del Decreto 3130 de 1968, que debían —y no podrán— elaborar las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales o comerciales del Estado, (se entiende, en este último caso, respecto de quienes excepcionalmente tengan en ellas el carácter de empleados públicos).

4a. El Decreto 2400 de 1968 es una disposición posterior, de superior jerarquía y regula íntegramente la materia concerniente al retiro de los empleados del servicio; por lo tanto, derogó en ese aspecto, antes de que entrara en vigencia el artículo 39 del Decreto 3130 del mismo año, los Acuerdos 20 de 1964 y 43 de 1965, expedidos por la Junta Directiva de INRAVISION, así como derogó las disposiciones legales relativas a la materia, afirmación que se puede hacer sin necesidad de calificar la especialidad o generalidad de ellas. Y si no fuera así, cabría la aplicación del artículo 65 del mismo Decreto 2400, modificado por el 3074, que, con la salvedad relativa a los artículos 178 y 179 del Decreto 1732 de 1960 "y las disposiciones del mismo decreto que hacen relación a los empleados del orden departamental y municipal", deroga las disposiciones que le sean contrarias".

5a. El artículo 39 del Decreto 3130 de 1968 no podía dar fuerza obligatoria ni vigencia indefinida a unas disposiciones derogadas, contrarias, además, a la Constitución y a otras normas legales.

6a. No puede prevalecer ni constituirse en excepción respecto de una norma legal, aunque sea general, una disposición de inferior jerarquía, por el hecho de ser especial.

7a. Las disposiciones que otorgan facultad a entidades públicas o a funcionarios públicos, que discrecionalmente pueden usarlas o dejar de ejercerlas en determinadas circunstancias, no por eso pierden jerarquía ante normas subalternas ni fuerza derogatoria respecto de las anteriores.

8a. No se puede aplicar en este caso el principio de la favorabilidad en beneficio del demandante por cuanto los artículos 38 y 39 del Decreto 3130, de un lado, y el 26 del Decreto 2400, del otro, por ningún aspecto regulan la misma materia o se refieren a ella. No hay conflicto de leyes.

9a. Ninguna disposición de jerarquía inferior podía arrebatarle al Director del Instituto Nacional de Radio y Televisión, en cuanto es la autoridad nominadora, la facultad que le concede una norma legal —el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968—, ni él puede en manera alguna renunciar a ella. Cuestión distinta es el cambio de competencia.

10a. No es ilegal el Acuerdo No. 010 de 1973, emanado de la Junta Directiva del Instituto Nacional de Radio y Televisión, que no hace otra cosa que ajustar el artículo 2o. del Acuerdo 43 de 1965 a las normas legales vigentes, en estos términos irreprochables: "Aclárase el artículo segundo (2o.) del Acuerdo número 43 del 15 de septiembre de 1965, en el sentido de que la garantía de estabilidad en el empleo a todo el personal del Instituto Nacional de Radio y Televisión, está limitada por las disposiciones legales que rigen los derechos y deberes de los empleados públicos. En consecuencia, como tales son de libre nombramiento y remoción, salvo los casos de quienes estén inscritos en la Carrera Administrativa para los cuales se aplicarán las normas pertinentes".

11a. Contrariamente a lo que piensa el Tribunal, quedaron sometidos a la norma del artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 los empleados públicos vinculados a INRAVISION, así como lo están *todos* los que prestan sus servicios a la Nación en la Presidencia de la República, Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y excepcionalmente en Empresas oficiales y Sociedades de Economía Mixta (inciso segundo del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, artículo 3o. del Decreto 3130 del mismo año y 3o. del Decreto 130 de 1976, extraordinario, como los anteriores), salvo que tales servidores nacionales gocen del amparo de alguna carrera o de un período fijo, o de algún fuero creado legalmente.

12a. De acuerdo con lo anterior, el director de INRAVISION sí podía declarar la insubsistencia del nombramiento del demandante, en uso de la facultad concedida por el artículo 26 del Decreto Extraordinario 2400 de 1968.

Por otra parte, en desacuerdo con las apreciaciones del actor, estima la Sala que la cita que en los "considerandos" de la Resolución acusada se hace del Decreto 2132 de 1976 no tiene el alcance de configurar una falsa motivación ni tenía el de exigir un procedimiento disciplinario para comprobar una falta que no se le imputó. Hubo simplemente un error de cita por exceso de prevención. Además, la sanción que prevé ese decreto es solo la de suspensión en el ejercicio del cargo; en ningún caso la remoción del funcionario. La providencia ni siquiera cita la disposición del mencionado decreto que hace el señalamiento de faltas, como es el artículo 2o.; se limita a decir "que mediante el Decreto Legislativo 2132 del 7 de octubre de 1976 el Gobierno Nacional suspendió las normas concernientes a los derechos, garantías y demás efectos de las carreras administrativa, docente, carcelaria, penitenciaria, diplomática y consular mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional". Con ese considerando se quiso decir solo, pero inoficiosamente, que

si el demandante fue inscrito en alguna carrera, no tenía el amparo de ella por haber sido suspendidas sus garantías y demás efectos en virtud de lo dispuesto en el Decreto 2132 de 1976 (artículo 3o.) y que, por lo tanto, libremente su nombramiento podía ser declarado insubsistente.

Mediante este fallo la Sala rectifica la jurisprudencia suya sobre la materia, contenida en sentencias anteriores, como las que citan el actor y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Finalmente, observa la Sala que en virtud de la decisión que habrá de pronunciarse, queda sin fundamento el recurso de apelación interpuesto por el actor contra el auto del Tribunal que no accedió a condenar al pago de costas y de agencias en derecho al Instituto Nacional de Radio y Televisión —INRAVISION—.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en desacuerdo con su colaborador Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1o. Revócase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 24 de julio de 1981.

2o. En su lugar se dispone: Niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 10 de diciembre de 1982.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

PENSION DE JUBILACION. Equivalencia.

SALARIO INTEGRAL. FORMACION. Está formado por el "promedio de todo lo devengado por un trabajador del servicio activo, a título de salario o retribución de servicios.

PRIMA DE RETIRO. (Ramo de Telecomunicaciones). Constituye salario y por lo tanto es factor computable en la liquidación de la pensión de jubilación.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.E., nueve de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejera ponente: **Dra. Aydée Anzola Linares**

Actor: **Leonel Castro Moreno**

Referencia: Expediente No. 8.164 Autoridades Nacionales

No obstante que en ocasiones anteriores he sostenido que el sello que suele ponerse en las copias del original presentado ante Caprecom por los interesados, en orden a demostrar que se ha agotado la vía gubernativa, no prueba esta circunstancia a virtud de que no aparece la firma del empleado oficial o autorizado para recibir el escrito, ahora rectifico mi criterio, pues al hacer un nuevo examen del punto en cuestión, he llegado a la misma conclusión de los restantes Consejeros que conforman esta Sala, o sea que la prueba del agotamiento de la vía gubernativa no requiere hacerlo mediante la presentación de un documento debidamente autenticado que acredite la actuación del interesado ante Caprecom, antes de acudir a la Rama Contencioso Administrativa, pues basta la prueba sumaria como se ha hecho en el presente caso, como puede ser la copia al carbón con el correspondiente sello, de la Caja demandada con la fecha y la hora en que la petición fue introducida. De otra parte, la circunstancia, de que Caprecom en ningún momento y a lo largo de los muchos años en que los interesados vienen demandando el pago de pensión de jubilación o el reajuste de esta prestación, haya guardado silencio, ante la presentación de esa prueba sumaria, vale decir, no la haya redargüido de falsa u objetado, pone de presente que ante esta situación sería exhibir demasiado rigorismo al no ser apreciadas esa clase de copias como prueba de agotamiento de la vía gubernativa.

Por las razones anteriores, modifico mi criterio para concluir que en el caso de estudio la documental de folio 4, sí demuestra el agotamiento de la vía gubernativa y por lo tanto debe estudiarse el fondo del negocio así:

En grado de consulta ha llegado a esta Corporación la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, al decidir el juicio promovido, mediante apoderado, por Leonel Castro Moreno, quien solicitó se hicieran las siguientes declaraciones:

1. Que se declare que existe un silencio administrativo por parte de la demandada Caja de Previsión Social de Comunicaciones —Caprecom—, al negarse a reliquidar la pensión de jubilación de mi mandante, o darle respuesta a su petición, según lo dispuesto por el parágrafo del Art. 80 del Código Contencioso Administrativo ya citado".

2. Que como consecuencia de la declaración anterior, se ordene que la Caja de Previsión Social de Comunicaciones —Caprecom—, debe reliquidar la pensión de jubilación de mi poderdante, con retroactividad a la fecha en que salió pensionado, incluyéndole el valor legal que le corresponde por concepto de lo pagado por prima de retiro, pago que se hizo en su último año de servicio. Para el efecto por el H. Tribunal la nulidad parcial de la Res. Nro. 01328 de mayo 26 de 1977, sea declarada".

Los hechos, las normas legales violadas y el concepto de la violación, aparecen relacionados a folios 7 a 9 del informativo.

Después de que se practicaron las pruebas solicitadas en la primera instancia y una vez que se produjo concepto fiscal en el sentido de solicitar la ineptitud de la demanda, el Tribunal del conocimiento pronunció la sentencia que ahora ha venido en consulta y en ella accedió a las súplicas impetradas.

Como la consulta se resuelve de plano, a ello se procede, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

De conformidad con el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969, la pensión mensual de jubilación equivaldrá al 75% del promedio de los salarios y primas de toda especie que hubiere percibido en el último año de servicios el empleado, siempre que hubiera llenado los requisitos para tener el status jurídico de pensionado. Por su parte el artículo 2o. de la Ley 5a. de 1969 considera que el salario integral está formado por el "promedio de todo lo devengado por un trabajador del servicio activo, a título de salario o retribución de servicios, tales como horas extras, primas kilométricas, dominicales, feriados, bonificaciones, etc. en la respectiva actividad, labor, profesión u oficio". Y como además está probado que (TELECOM) le reconoció al demandante, como lo indican las certificaciones que obra a folios 5 y 21 del expediente, en el último año de servicios, una Prima de Retiro por la cantidad de $29.289.oo, ésta deberá tenerse en cuenta como factor de liquidación en la respectiva pensión de jubilación, tal como lo ordena el a-quo.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia consultada, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, de fecha tres (3) de septiembre de mil novecientos ochenta y dos (1982).

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

El anterior proyecto fue considerado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 21 de enero de 1982.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

MARCAS. DEMANDA. TERMINO DE CADUCIDAD. Artículo 596 C. de Co.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 596 del C. de Co. la acción deberá intentarse dentro de los cinco años, contados a partir de la fecha del registro de la marca. El artículo 596 del C. de Co. establece un término excepcional de 5 años para solicitar la nulidad del certificado de una marca cuando el registro de la marca y la expedición del certificado se hayan hecho con violación de lo dispuesto en los artículos 585 y 586 del mismo.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sala de Decisión. Bogotá, D.E., once de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Samuel Buitrago Hurtado**

Actor: **Jorge E. Vera Vargas**

Referencia: Expediente No. 4.210 Autoridades Nacionales

Contra el auto proferido por el Dr. Roberto Suárez Franco el 17 de diciembre de 1982, el demandante ha interpuesto el recurso de súplica para ante los restantes miembros de la Sala, y como el trámite del recurso se encuentra agotado, se procede a resolver mediante las consideraciones que siguen:

En la providencia suplicada el Consejero ponente rechazó la demanda presentada por el Dr. Jorge E. Vera Vargas, quien había solicitado la nulidad de la Resolución No. 3969 del 1o. de octubre de 1975 proferida por la División de Propiedad Industrial, Superintendencia de Industria y Comercio, y la consiguiente cancelación de los correspondientes certificados de registro de marcas números 86.187 y 86.188 y 86.189 de la misma Superintendencia. Consideró el señor Consejero que se había operado la caducidad de la acción, pues al tenor de lo dispuesto en el artículo 596 del C. de Co. la acción impetrada deberá intentarse dentro de los cinco años, contados a partir de la fecha del registro de la marca, y en el caso presente dicho plazo se había sobrepasado.

En el escrito de súplica el actor luego de transcribir el artículo 596 del C. de Co. hace referencia a la expresión "pero en este último caso", para afirmar que el último caso que contempla dicha norma, "es cuando se infringieron las disposiciones del artículo 586 del Código de Comercio". Dice que el legislador no dio igual tratamiento a los artículos 585 y 586 del Código de Comercio, pues las normas prohibitivas del 585 del Código en mención son de carácter público por cuanto tutelan intereses públicos, mientras que las normas prohibitivas del 586 tutelan derechos privados o de carácter particular. Que en la demanda se está señalando como violado el artículo 585 en sus numerales 2o., 3o. y 5o. normas que no están en, "pero en este último caso la solicitud deberá intentarse dentro de los cinco años...", pues la acción de nulidad acusa como violadas las normas de carácter público y no las del artículo 586.

En el artículo 596 del Código de Comercio establece un término excepcional de cinco años para solicitar la nulidad del certificado de una marca cuando

el registro de la marca y la expedición del certificado se hayan hecho con violación de lo dispuesto en los artículos 585 a 586 del mismo.

Es sabido que la proposición es una parte invariable de la oración que une dos palabras, indicando la relación ideológica existente entre ambas.

El diccionario de la Real Academia Española define la preposición como la "Parte invariable de la oración, cuyo oficio es denotar el régimen o relación que entre sí tienen dos palabras o términos".

El Diccionario Larousse la define como la "Parte invariable de la oración que une palabras denotando la relación que entre sí tienen".

En el caso presente, los artículos 585 y 586 separadamente no guardan relación gramatical alguna. Como parte de un estatuto tienen los nexos jurídicos que surgen de su contexto general. Pero tal como están referidos en el artículo 586 del Código de Comercio, unidos por la preposición "a", esto es, "585 a 586", pues dicha preposición está indicando una clara relación entre ambos es decir, esa preposición sirve para que sean relacionados y tomados en su conjunto dentro de las previsiones del Código para destacar situaciones jurídicas a considerar y tratar de consuno en el evento contemplado por el artículo 586 en cita y para los efectos allí indicados, sin que, en sentir de la Sala, sea factible su desmembramiento para hacerlos producir efectos en el orden cronológico, o hacerse el distingo que hace el recurrente en el sentido de que las normas prohibitivas del artículo 585 sea de carácter público por cuanto tutelan intereses públicos, mientras que las normas prohibitivas del artículo 586 tutelan derechos privados o de carácter particular. De ser ello así pues otra terminología hubiera utilizado la ley para distinguir esos ordenamientos separadamente y hacerlos producir distintos efectos en el tiempo, como lo pretende el suplicante. Es posible que haya un tanto de imprecisión en el artículo 586, pero dentro de la crítica y la hermenéutica que sirven para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales que puedan estimarse oscuras o incongruentes, al tenor de lo dispuesto en el artículo 5o. de la Ley 153 de 1887, se puede, como aquí se ha hecho, fijar los alcances de la norma en comento.

Por manera que como en el caso sub judice claramente se patentiza que la demanda contra los actos de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio fue formulada con mucha posterioridad al vencimiento del término de los cinco años de que habla el artículo 596 del C. Co., a partir de la fecha de registro de la marca cuya cancelación se solicita, es obvio que la acción ya había caducado, tal como lo estableció el H. Consejero Dr. Roberto Suárez Franco en la providencia suplicada.

Y en tal virtud, la Sala de Decisión de la Sección Primera del Consejo de Estado confirma la providenca suplicada proferida por el H. Consejero Dr. Roberto Suárez Franco y ordena devolver el expediente a su despacho para los fines legales consiguientes.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en reunión celebrada el día 11 de febrero de 1983.

Mario Enrique Pérez Velasco, (en diligencia); **Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar.**

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

PERSONERIA ADJETIVA. La falta de ella conduce a la nulidad (artículo 113 No. 2 del C.C.A.).

DEMANDAS. CONTRA LA POLICIA NACIONAL. NOTIFICACION. Se deberán notificar al Director General de la Policía Nacional, quien en dicho acto podrá constituir apoderado sin perjuicio de las funciones que correspondan a los Agentes del Ministerio Público (artículo 177 del Decreto 613 de 1977).

PRIMA DE ACTIVIDAD. El Decreto 2338 de 1971 en su artículo 101 literal b) incluye el 15% de la prima de actividad como partida computable para efectos de prestaciones sociales.

PENSIONADOS. CREDITOS PENSIONALES. SUMAS DEDUCIBLES. REINTEGRO. Cuando no se tuvo la oportunidad de disfrutar de los servicios de asistencia como lo da a entender el artículo 10 de la Ley 171 de 1961, habrá lugar a deducir las sumas aportadas por ese concepto; y desde luego a obtener el reintegro.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.E., dieciocho de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Alvaro Orejuela Gómez**

Demandante: **Roberto Hernán Yepes Valencia**

Referencia: Juicio No. 6.057 Autoridades Nacionales

En demanda presentada ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, el señor Roberto Hernán Yepes Valencia, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, solicitó de esa Corporación que mediante sentencia se hicieran las siguientes declaraciones:

"*Primera.* Que dentro de la pensión de invalidez de mi mandante se ordene reconocer, liquidar y pagar, con cargo a la Dirección General de la Policía Nacional la prima de actividad en la proporción establecida por los artículos 47 del Decreto 3072 de 1968 y 49 del Decreto 2338 de 1971, a partir de la fecha en que la pensión le fue reconocida por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, o sea a contar del 12 de abril de 1968; vale decir, que la prima de actividad le fue liquidada dentro de su pensión en la proporción o cuantía del 36% y no del 15%.

"*Segunda.* Que se ordene a la Dirección General de la Policía Nacional reintegrar al Teniente (r) Roberto Hernán Yepes Valencia las sumas de dinero deducidas de la totalidad de los créditos pensionales de la Policía Nacional, reintegro que deberá abarcar el período comprendido entre el 12 de abril de 1968 hasta la fecha en que ingresó realmente en la nómina mensual de pensionados; vale decir, que se ordene devolver lo que por dicho concepto se le descontó de la liquidación total de las mesadas pensionales retroactivas a que tenía derecho.

"*Tercera.* Que la entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en el término fijado por el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo".

Como hechos relevantes de la acción ejercitada, se aducen en el libelo los siguientes:

"El H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia del 16 de julio de 1977 declaró que el demandante Roberto Herrán Yepes Valencia tiene derecho a una pensión de invalidez equivalente a la totalidad del sueldo básico y demás partidas computables que en todo tiempo devengue un teniente de la Policía Nacional en actividad.

"El H. Consejo de Estado mediante sentencia de octubre 10 de 1977 confirmó el fallo del Tribunal.

"La Dirección General de la Policía Nacional para cumplir los fallos contencioso dictó la Resolución número 8642 de diciembre 20 de 1977 y en ella liquidó la prima de actividad en cuantía del 15% y no del 36% y ordenó descontar de la totalidad de los créditos pensionales retroactivos el 15% con destino al Fondo Asistencial de Pensionados de la Policía Nacional.

"Mi poderdante el Teniente (r) Roberto Hernán Yepes Valencia ingresó en nómina mensual de pensionados de la Policía Nacional el mes de enero de 1978".

Se invocan como disposiciones infringidas por la Resolución impugnada, los artículos 47 y 129 del Decreto 3072 de 1968, 49, 101, 117 del Decreto 2338 de 1971. Sobre las normas procedentes el apoderado del accionante, realiza un detenido análisis jurídico a efecto de demostrar la violación de que fueron objeto y agrega, finalmente, el quebrantamiento directo por interpretación errónea de las sentencias de julio 15 y octubre 10 de 1977, de esta jurisdicción.

La Dirección General de la Policía Nacional, designó apoderado para que representara a la Institución en el juicio, lo que hizo, en efecto, al oponerse a las pretensiones de la demanda.

El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, mediante el fallo recurrido, accedió parcialmente a las súplicas a que se contrae el libelo inicial, por lo cual, el apoderado del accionante interpuso recurso de apelación en lo que respecta a la parte que le fue desfavorable.

La Fiscalía Cuarta de la Corporación en su vista reglamentaria, es de concepto que se revoque la providencia apelada y en su lugar se declare la nulidad de todo lo actuado, por configurarse en el asunto sub judice la irregula-

ridad a que se contrae el ordinal 2o. del artículo 113 del Código Contencioso Administrativo.

Rituada la litis dentro de las prescripciones de ley y una vez ejecutoriado el auto de citación para sentencia, procede la Sala a dictarla, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

En su concepto de fondo la Fiscalía Cuarta considera que se ha configurado en el presente litigio la nulidad procesal a que se refiere el numeral 2o. del artículo 113 del Código Contencioso Administrativo, por cuanto a su juicio, la Dirección General de la Policía Nacional carece de personería jurídica.

No le asiste razón en este caso a la Agencia del Ministerio Público, porque esta Corporación, en controversias análogas a la que ahora se plantea e interpretando el sentido de demandas en que se indica como parte demandada una Entidad de orden nacional, ha sostenido que el libelo se dirige contra la Nación, representada, para el efecto, por la respectiva dependencia en donde se originó el acto impugnado. Tratándose de actos emanados de los Ministerios y Departamentos Administrativos, los Ministros y Jefes tienen la representación jurídica de la Nación, ya que éstos, al tenor del artículo 135 de la Constitución Nacional, son "Jefes Superiores de la Administración" y como Agentes del Gobierno pueden ejercer, bajo su propia responsabilidad, determinadas funciones que corresponden al Organo Ejecutivo.

Para reforzar lo anterior, basta tener en cuenta el contenido del artículo 177 del Decreto 613 de 1977, que dispone:

"Artículo 177. Notificación demandas. En las demandas que se ventilen ante la jurisdicción ordinaria, laboral y contencioso administrativa, que interesen a la Policía Nacional, la admisión de las mismas deberá ser notificada al Director General de la Policía Nacional, quien en dicho acto podrá constituir apoderado sin perjuicio de las funciones que correspondan a los Agentes del Ministerio Público".

Con fundamento en el anterior precepto, la demanda que dio origen al presente proceso fue notificado al Director General de la Policía Nacional, quien por conducto de apoderado se constituyó en parte impugnadora de la acción propuesta. En tales circunstancias, será preciso denegar la nulidad formulada por la Fiscalía Cuarta de la Corporación por no configurarse en el caso de autos los hechos fundamentales que la constituyen.

Respecto al fondo del tema debatido, éste se circunscribe a determinar si al demandante le asiste derecho a obtener el reajuste de su prima de actividad en cuantía del 36% y no del 15% que le reconoció la Dirección General de la Policía, mediante el acto acusado, lo mismo que a percibir el reintegro de las sumas deducidas de los créditos pensionales con anterioridad a la fecha en que figuró en la nómina mensual de pensionados por concepto del 5% con destino al Fondo Asistencial de Pensionados de la Policía Nacional.

El Tribunal del conocimiento mediante el fallo que se estudia, encontró bien probado que el accionante era acreedor únicamente a la segunda preten-

sión de la demanda. En consecuencia, denegó el reconocimiento de la prima de actividad en cuantía del 36%.

Verificada la revisión del expediente, aparece plenamente acreditada la existencia de tales presupuestos y sus consecuencias amparadas por las normas legales vigentes, razón por la cual se impone la confirmación de la sentencia recurrida.

Y como además, ésta es fiel reflejo de la realidad procesal, y está estrictamente ceñida a derecho, la Sala acoge como motivación de la presente, lo expuesto por el a-quo, que en sus principales apartes, expresa:

"El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia de julio 15 de 1977, confirmada por el H. Consejo de Estado el 10 de octubre del mismo año, declaró que el demandante "...tiene derecho a que por la Dirección General de la Policía Nacional o el Ministerio de Defensa Nacional, se le reconozca y pague pensión de invalidez, por su incapacidad absoluta y permanente, a partir del doce (12) de abril de mil novecientos setenta y ocho (1978), y hasta cuando persista su estado invalidante, la cual será equivalente a la totalidad del sueldo básico y demás partidas computables que en todo tiempo devengue un Teniente de la Policía Nacional en actividad".

"De esta manera se establece que la providencia mencionada anteriormente no contiene la indicación de todos los factores que se deben tener en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión de invalidez, pues únicamente menciona en forma expresa el sueldo básico y con respecto a los demás emplea la expresión "partidas computables". Esto significa que el Tribunal asignó a la Entidad encargada de dar cumplimiento a la sentencia la facultad de determinar las demás partidas que se deben tener en cuenta en la liquidación de la pensión pero lógicamente su sujeción a las normas legales que regulaban esa materia en la fecha del retiro del demandante o en que se manifestó su invalidez, como acertadamente lo sostiene el señor Fiscal.

"Está demostrado que el actor fue retirado del servicio de la Policía Nacional por invalidez física relativa el día 18 de agosto de 1959 según se desprende de los antecedentes administrativos, pues aunque en la providencia se declaró la pensión de invalidez por incapacidad absoluta y permanente se hace efectiva a partir del 12 de abril de 1968 ocurre que el mismo fallo declaró proscritas las mesadas pensionales anteriores a esa fecha, así como el derecho al reajuste de indemnización que inicialmente se reconoció por incapacidad permanente parcial.

"Como lo hace notar el señor Fiscal, es evidente que en la demanda no se cita como infringida ninguna norma vigente en el año de 1959, pues las señaladas corresponden a los Decretos 3072 de 1968 y 2338 de 1971 que no pueden ser aplicadas en el presente caso, por cuanto, además, los artículos 47 y 49 de esos decretos invocados contemplan lo relativo a la cuantía de la prima de actividad para los Oficiales, Suboficiales en servicio activo pero no indican que esa partida sea computable para efectos de la liquidación de la pensión de invalidez.

"De otra parte, en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del demandante se encontraba vigente el Decreto número 00326 de febrero 5 de

1958 que no incluía la prima de actividad como partida computable para efectos de la liquidación de las prestaciones sociales. En efecto, el artículo 9o. de dicho decreto dice: "la liquidación de las prestaciones sociales y asignaciones de retiro que se decreten a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas de la Policía se harán sobre la suma de las siguientes partidas:

"Prima de Antigüedad.

"Doceava parte de la Prima de Navidad.

Gastos de representación para Oficiales Generales. Subsidio Familiar, excepto para asignación de retiro".

"Lo anterior indica que la prima de actividad no se tenía como computable para la liquidación de la pensión de invalidez por la época del retiro del servicio del actor y, por consiguiente, no le asiste el derecho al reconocimiento solicitado.

"Ahora, el reconocimiento que hizo la Entidad demandada de un 15% de la prima de actividad a partir del 1o. de enero de 1974 está ajustado a la legalidad y en manera alguna contraría el artículo 101 del Decreto 2338 de 1971, pues claramente da cumplimiento al artículo 1o. de la Ley 41 de 1973 que dispone: "A partir del 1o. de enero de 1974, hácense extensivos a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, Agentes y a sus beneficiarios, retirados con anterioridad al 1o. de enero de 1972, en goce de asignación de retiro o pensión los beneficios consagrados en los literales b) del artículo 116 del Decreto-ley 2338 de 1971, b) del artículo 101 del Decreto 2338 de 1971 y b) del artículo 32 del Decreto-ley 2340 de 1971". Y el Decreto 2338 de 1971 en su artículo 101, literal b) incluye el 15% de la prima de actividad como partida computable para efecto de prestaciones sociales.

"En estas condiciones se llega a la conclusión de que la petición relativa al reconocimiento de la prima de actividad en cuantía del 36% no es procedente y, por tanto, se debe negar.

"En cuanto a la segunda petición relacionada con el reintegro de las sumas de dinero deducidas de los créditos pensionales con anterioridadd a la fecha en que el actor figuró en la nómina mensual de pensionados por concepto del 5% con destino al Fondo Asistencial de Pensionados de la Policía Nacional, se debe acceder, conforme lo solicita el señor Fiscal, por cuanto evidentemente con anterioridad a la fecha en que el actor empezó a percibir los dineros correspondientes a la pensión de invalidez no tuvo la oportunidad de disfrutar de los servicios de asistencia y como lo da a entender el artículo 10 de la Ley 171 de 1961 originario de las contribuciones, la finalidad de los aportes es la de obtener por parte de los pensionados los mismos derechos de los empleados en actividad en cuanto a servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios. Así mismo los artículos 129 del Decreto 3072 de 1968 y 147 del Decreto 2338 de 1971 coinciden en señalar que el descuento se hará a los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional en goce de pensión lo cual evidentemente quiere decir que sólo comprende aquéllos que estén recibiendo las sumas de dinero correspondientes".

"En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en desacuerdo con el concepto Fiscal,

FALLA:

"*Primero.* Declárase no probada la solicitud de nulidad, propuesta por la Agencia del Ministerio Público.

"*Segundo.* Confírmase la sentencia apelada proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, con fecha seis (6) de junio de mil novecientos ochenta y uno (1981).

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el diez (10) de diciembre de mil novecientos ochenta y dos (1982).

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

REVOCACION DIRECTA DE ACTOS DEMANDADOS. Conduce a fallo inhibitorio por sustracción de materia.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Bogotá, D.E., veintiuno de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Roberto Suárez Franco**
(En colaboración con el Dr. Carlos Urán)

Referencia: Expediente No. 3.544

En ejercicio de la acción de nulidad, consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, el ciudadano y abogado Rafael Bernal Salamanca solicita la nulidad de la Resolución 3368 de 25 de agosto de 1980, dictada por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, que concedió el certificado de Registro Modelo Industrial No. 1372 de 18 de septiembre de 1980 para "Textura de Vidrio Traslúcido Pirámide", a la Sociedad Factoría del Vidrio Limitada — Favidrio. La demanda incluye también la solicitud de nulidad del certificado de Registro antes aludido.

Como normas violadas señaló los artículos 534, 535, 580 y 581 del Código de Comercio y 1, 2, 44, 45 y 46 del Decreto 1190 de 1978, sobre las cuales expresó el correspondiente concepto de violación.

"El demandante presentó, en la oportunidad debida, el alegato de conclusión y el señor Fiscal Primero de la Corporación su correspondiente concepto de fondo.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1. Aportada por el propio demandante en copia informal (fol. 108) y luego en copia auténtica según petición formulada por el mismo (fol. 131), obra en el proceso la Resolución No. 1407 de 2 de julio de 1981, dictada por la misma División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio que en su parte resolutiva dice: ...artículo 4o. Revócase en todas sus partes la Resolución No. 3368 de 25 de agosto de 1980 y ordénase la anulación del certificado de registro No. 1372, correspondiente al modelo industrial denominado "Vidrio Traslúcido Pirámide".

2. Como se ve, se trata de la revocatoria directa, por la administración, de los actos cuya nulidad se solicita en la presente acción, los que, por tanto, desaparecieron de la vida jurídica antes de que el proceso entrara en la etapa procesal de dictar sentencia. El acto contentivo de la revocatoria, entonces, se halla amparado con la presunción de legalidad y mientras no sea declarada su nulidad por autoridad competente ha de estarse a su texto.

Sin entrar al Fondo del negocio jurídico sub-judice porque, según lo que acaba de mencionarse, corresponde que se profiera fallo inhibitorio por sustracción de materia, se hacen las siguientes breves observaciones:

a) Al no estar demandada la resolución que revocó los actos acusados, no corresponde a la Sala examinar su legalidad.

b) Tampoco es necesario analizar si la demanda corresponde en realidad a una acción de nulidad o si, por tratarse eventualmente de la nulidad de un acto particular, se tipifica una acción de plena jurisdicción con las consecuencias propias de ella, se derivan para efectos de lo relativo al término de caducidad.

c) Como no se entra a estudiar el fondo del asunto y el demandante presentó su acción como de nulidad, corresponde que se dicte fallo inhibitorio por sustracción de materia pues, como se sabe, lo único que se puede perseguir en esta clase de acciones es el restablecimiento de orden jurídico lesionado.

Si se tratara de una acción de plena jurisdicción, a pesar del desaparecimiento de los actos acusados, sería indispensable proceder a decidir sobre su nulidad, porque a efectos del restablecimiento de un derecho es necesario remover, por medio de la sentencia, los obstáculos legales constituidos por la existencia de los actos administrativos que sean demandados.

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

FALLA:

Por sustracción de materia, se declara inhibida para fallar el fondo del negocio planteado en la demanda.

Sesión del día 11 de febrero de 1983.

Cópiese y notifíquese.

Mario Enrique Pérez Velasco, (ausente); **Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Roberto Suárez Franco.**

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS.

1. Autorización para la prestación de servicios (Decreto 1050 de 1968, artículo 12, literal f).

2. Casos en que puede celebrarse: Cuando no puedan cumplirse con el personal de planta (artículo 138 Decreto 150/76).

3. Hay contrato de prestación de servicios cuando la Administración pública contrata con persona natural o jurídica el desarrollo de actividades especiales, entre las cuales no esté comprendido el ejercicio de funciones administrativas.

4. La celebración del contrato, no otorga a la persona natural que lo celebrase el carácter de empleado público o trabajador oficial, y su celebración no otorga derecho a la pensión de invalidez.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.E., veintidós de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Joaquín Vanín Tello**

Proyectó: **Dr. José Gabriel Salom**

Actor: **Gerardo Cabrera Moreno**

Referencia: Expediente No. 4.643 Autoridades Nacionales

El doctor Gerardo Cabrera Moreno, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo, solicita de esta corporación que previa la declaratoria del silencio administrativo en que incurrió la Caja Nacional de Previsión al no dar respuesta oportuna al recurso de reposición y al de apelación interpuestos contra la Resolución No. 4662 de julio 3 de 1980, se decrete la nulidad de la citada resolución y se restablezca en su derecho al demandante, en el sentido de ordenar el reconocimiento y pago de una pensión vitalicia de invalidez.

Como hechos relevantes de la acción ejercitada, se indican en el libelo, los que se resumen a continuación:

1o. El doctor Gerardo Cabrera Moreno estuvo prestando sus servicios al Ministerio de Educación Nacional, entidad afiliada a la Caja Nacional de Previsión Social, en virtud del contrato de prestación de servicios de asesoría

jurídica, durante el lapso comprendido entre el 1o. de julio de 1975 y el 31 de diciembre de 1976, fecha ésta última en que quedó incapacitado de "modo permanente e irreversible", afectado de una trombosis cerebral, tal como lo acredita la constancia visible a folios 33 y 41 de los antecedentes administrativos.

2o. En vista de la circunstancia anotada en el hecho anterior, el 19 de septiembre de 1979, el apoderado del accionante solicitó a la Caja Nacional de Previsión, el reconocimiento y pago de la correspondiente pensión de invalidez.

3o. Para resolver la petición a que se refiere el numeral anterior, la Entidad demandada profirió la Resolución 4662 de 3 de julio de 1980, denegando la prestación impetrada. Contra dicha determinación, el apoderado del demandante interpuso los recursos de reposición y apelación, sin que hasta la fecha de presentación de la demanda la administración se hubiera pronunciado sobre ellos, configurándose de esta manera el fenómeno del silencio administrativo, que da vía libre al ejercicio de la acción de plena jurisdicción consagrada en el artículo 67 del C.C.A.

Se invocan como disposiciones infringidas los artículos 6 y 14 del Decreto 3135 de 1968 y 64 del Decreto 1848 de 1969. Sobre el alcance jurídico de las anteriores normas, realiza el apoderado del actor un detenido análisis jurídico, para deducir el derecho que ampara al peticionario en la reclamación formulada.

La Caja Nacional de Previsión designó apoderado para que representara a la Institución dentro del juicio, lo que hizo en efecto al oponerse a las súplicas de la demanda.

La Fiscalía Quinta de la Corporación en su vista reglamentaria, es de concepto que se denieguen las pretensiones de la demanda, por las razones allí expresadas.

Agotado el trámite de rigor y ejecutoriado el auto de citación para sentencia, a ello se procede, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Se impetra en el presente juicio la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 4662 de julio 3 de 1980, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social, en virtud de la cual se le negó al accionante el reconocimiento y pago de una pensión vitalicia de invalidez.

En primer término, deberá declararse que se ha operado el silencio administrativo respecto a la petición elevada ante la Caja Nacional de Previsión, con fecha 18 de julio de 1980 (fol. 2), por la circunstancia de no haberse dictado dentro del término legal, providencia alguna sobre dicha solicitud.

Ahora bien, en la motivación del acto administrativo impugnado, se exponen con claridad las circunstancias fácticas y jurídicas que justifican las medidas que se consignan en la parte resolutiva del mismo. En efecto, los considerandos de la Resolución No. 4662, están concedidos en los siguientes términos:

"El señor Gerardo Cabrera Moreno, con C.C. 43.092 de Bogotá, en escrito de fecha septiembre 19 de 1979 (fl. 29), solicita por intermedio de apoderado, el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez.

"El último cargo desempeñado por el interesado, fue el de Asesor de Ministro, en el Ministerio de Educación Nacional (fl. 32).

"El peticionario no recibe pensión ni recompensa del Tesoro Nacional (fl. 31).

"El Decreto 1848 de 1969 en su artículo 64 dispone: Efectividad de la pensión, la pensión de invalidez se reconocerá y pagará por la Entidad de Previsión Social a la cual esté afiliado el empleado.

"Si el empleado no estuviere afiliado a ninguna entidad de Previsión Social el reconocimiento y pago se hará directamente por la Entidad o Empresa Empleadora.

"En el caso que nos ocupa no es procedente reconocer la pensión solicitada por cuanto el interesado en su último año de servicios no se encontraba afiliado a esta Institución y la norma es clara al disponer que la prestación se reconocerá y pagará por la entidad a la cual esté afiliado el empleado, y en caso de no estar afiliado a ninguna entidad de previsión social se hará por parte de la Empresa Empleadora, en este caso el señor Cabrera Moreno prestó sus servicios sin que se encontrara certificado de admisión por parte de esta Entidad de Previsión, según constancia expedida por el Jefe de la División de Personal del Ministerio de Educación con fecha 14 de abril de 1980, y que obra a folio 45 del expediente" (fol. 23).

Como puede observarse, la negativa de la entidad demandada para reconocer la prestación pretendida en este juicio, radica en el hecho de que el interesado, en el último año de servicios no se encontraba afiliado a dicha institución, circunstancia que de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 64 del Decreto 1848 de 1969, imposibilita el reconocimiento del aludido derecho.

Verificada la revisión del expediente, no aparece acreditada la existencia de tal presupuesto y sus consecuencias amparadas por las normas legales vigentes, razón por la cual la nulidad alegada no se configura en el asunto sub judice, tal como se demuestra a continuación:

En efecto, de acuerdo con la documental aducida legalmente al proceso, se puede establecer que en el lapso comprendido entre abril de 1975 y diciembre de 1976, el actor no se encontraba afiliado a la Caja Nacional de Previsión, como tampoco se le hicieron los descuentos respectivos. Así las cosas, obviamente su reclamo debía dirigirse a la entidad nominadora, es decir al Ministerio de Educación Nacional, de acuerdo con lo preceptuado en la parte final del artículo 64 ibídem, conforme al cual "si el empleado no estuviere afiliado a ninguna entidad de previción, el reconocimiento y pago se hará directamente por la Entidad o Empresa Empleadora".

No obstante lo anterior, es de advertirse que el actor prestaba sus servicios al Ministerio de Educación Nacional como Asesor del Ministro, en virtud de

los contratos celebrados el 1 de abril de 1975 y el 30 de enero de 1976 (fols. 29 y 31), los cuales, dada su naturaleza son contratos administrativos de prestación de servicios, sujetos a formalidades y requisitos específicos señalados en el Decreto Extraordinario 150 de 1976, al que perentoriamente establece que las personas vinculadas a la Administración por esta modalidad *"solo tendrán derecho a los emolumentos expresamente convenidos"*. *"En ningún caso podrá pactarse el pago de prestaciones sociales"* (artículo 141).

En efecto, la contratación para la prestación de servicios está autorizada por el literal f) del artículo 12 del Decreto 1056 de 1968, conforme al cual son funciones de los Ministros, entre otras, "suscribir a nombre de la Nación los contratos relativos a asuntos propios del Ministerio, conforme a la ley".

Podrá celebrar contratos de prestación de servicios, siempre y cuando éstos se efectúen "para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de la Entidad contratante, cuando las mismas no puedan cumplirse por personal de planta" (artículo 139 Decreto 150 de 1976).

Según esta última disposición, hay contratos de prestación de servicios cuando la Administración Pública contrata con una persona natural o jurídica el desarrollo de actividades especiales, entre las cuales no esté comprendido el ejercicio de funciones administrativas.

En el asunto sub-judice, es evidente que se configuran las circunstancias previstas en la ley para conceptuar indubitablemente sobre la naturaleza jurídica del contrato que ligó al demandante con el Ministerio de Educación. En efecto, del contenido de las cláusulas y de su naturaleza intrínseca, se infiere que se trata de contratos administrativos de prestación de servicios, que legalmente no otorgaron al actor el carácter de empleado público ni de trabajador oficial.

Por consiguiente, mal podía pretender al reconocimiento y pago de la prestación impetrada en este juicio, toda vez que la cláusula décima de los contratos en cuestión es terminante al respecto, además, por prohibirlo expresamente el artículo 141 del Decreto 150 de 1976.

Por ello, son atinados los planteamientos que hace la Agencia del Ministerio Público en su vista reglamentaria al expresar:

"En este orden de ideas, forzoso es concluir que no habiendo tenido el Dr. Cabrera Moreno, al momento de su desvinculación de la Administración por incapacidad física, la calidad de empleado público ni de trabajador oficial, tampoco le asistía el derecho a reclamar de la Caja Nacional de Previsión el reconocimiento de pensión de invalidez.

"Precisamente por estar vinculado al Ministerio mediante un Contrato Administrativo de prestación de servicios y no mediante contrato de trabajo, no se encontraba afiliado a ninguna entidad de previsión, requisito que echó de menos la Caja para el reconocimiento de la pensión" (fol. 35).

Y en tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con su Fiscal colaborador,

FALLA:

1o. Declárase que la Caja Nacional de Previsión incurrió en silencio administrativo respecto de los recursos interpuestos por el actor.

2o. Deniéganse las demás peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente, previa devolución de los antecedentes administrativos.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 10 de diciembre de 1982.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

RECURSOS ECONOMICOS DE LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS NACIONALES, DEPARTAMENTALES Y MUNICIPALES, UNIDADES ADMINISTRATIVAS ESPECIALES, FER, SERVICIOS SECCIONALES DE SALUD, Provenientes de aportes o transferencias del presupuesto nacional, sólo podrán ser mantenidos en depósitos en Bancos Oficiales (Decreto 1280 de 1982).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Bogotá, D.E., veintiocho de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consjero ponente: **Dr. Samuel Buitrago Hurtado**

Actor: **Hammerly Cuello Pontón**

Referencia: Expediente No. 4.009

Autoridades Nacionales

Hammerly Cuello Pontón obrando en su condición de ciudadano colombiano demandó la nulidad de la circular externa —sin número— expedida por la Tesorería General de la República, de fecha mayo 6 de 1982, por medio de la cual se imparten instrucciones sobre aplicación del Decreto 1280 de 1982.

Dijo en los hechos de la demanda, que el Presidente de la República en ejercicio de la facultad que le confiere el numeral 11 del artículo 120 de la Constitución Nacional expidió el Decreto 1280 el 3 de mayo de 1982, y que la Tesorería General de la República por medio del acto acusado impartió instrucciones sobre aplicación del decreto mencionado a los Tesoreros y Pagadores de las entidades que se señalan en el artículo 2o. del decreto, siendo el acto en cuestión violatorio de normas superiores de derecho.

Como normas violadas señaló el actor el artículo 1o. del Decreto 1280 de 1982 y 3o. del Decreto 322 de 1957, con relación a los cuales expresó el concepto de la violación.

Por providencia de 24 de julio de 1982 se admitió la demanda de la referencia y se sometió al trámite que en la ley correspondía. En la misma providencia se negó la suspensión provisional del acto acusado, que de modo expreso se había solicitado en el libelo de demanda. La parte actora no solicitó pruebas ni alegó de conclusión. Y el señor Agente del Ministerio Público emitió su concepto de fondo estimando que no se aprecian en el acto acusado las violaciones que le atribuye el demandante.

CONSIDERACIONES:

El 6 de mayo de 1982 la Tesorera General de la República expidió la Circular acusada que está concebida así:

"El cumplimiento a lo ordenado por el Decreto No. 1280 de mayo 3 de 1982, del cual adjunto fotocopia, le ruego enviar a este Despacho, a más tardar el 17 del presente mes, la relación de cuentas corrientes en Bancos oficiales (Banco de la República, Popular, Cafetero y Caja Agraria) en que manejarán los Aportes o Transferencias provenientes del Presupuesto Nacional, a partir de junio 1o. del presente año.

'La relación deberá contener:

"a) Oficinas bancarias y dirección.

"b) Número asignado a cada cuenta corriente.

"c) Denominación dada a cada cuenta.

"En caso de que se necesite la apertura de nuevas cuentas, con la presente circular este Despacho imparte la aprobación a las cuentas por usted relacionadas, pero, para efectos de rendir el informe a la Contraloría General de la República, deberá diligenciar posteriormente el formulario que se utiliza para estos casos y del cual también adjunto fotocopia".

Considera el actor que la Circular transcrita es violatoria en primer lugar, del artículo 1o. del Decreto 1280 de 1982, según el cual, "Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra f) del artículo 23 de la Ley 7a. de 1973, a partir del 1o. de junio de 1982 los recursos de las entidades descentralizadas nacionales, departamentales y municipales, de las Unidades Administrativas Especiales, de los Fondos Educativos Regionales y de los Servicios Seccionales de Salud provenientes de aportes o transferencias del Presupuesto Nacional, solo podrán ser mantenidos en depósitos en bancos oficiales".

Hecha la confrontación de la norma en cita con el acto acusado, ciertamente que no se aprecia la violación de la misma, pues en modo alguno se está restringiendo, recortando o cercenando el campo de aplicación del Decreto 1280 de 1982, por el contrario, a sus lineamientos se ha sometido cabalmente la Circular, al disponer el manejo de los aportes o transferencias provenientes del Presupuesto Nacional en Bancos Oficiales como son el de la República, el Popular, el Cafetero y la Caja Agraria. Y es evidente que se está haciendo

alusión a Bancos Oficiales en sentido general y abstracto y que la relación que allí se hace de cuatro bancos oficiales es simplemente enumerativa por vía de ejemplo y no restrictiva o taxativa.

Además, como bien lo expresa el señor Fiscal Primero de la Corporación, dentro de la concepción que se tiene de banca pública, ninguna de las entidades mencionadas en la Circular cuestionada por el actor, deja de tener dicha calidad y para encontrar otro banco que llenara las características a que se refiere el concepto emitido por la Sala de Consulta que transcribe el actor, habría necesidad de efectuar un análisis crítico a la conformación societaria de dicha entidad, para determinar si se llenan los requerimientos del Decreto Extraordinario 322 de 1957, en su artículo 3o.; y para demostrarlo, como se dijo en el auto que negó la suspensión provisional, sería necesario estudiar pruebas en relación con los establecimientos bancarios que se dice participan de la naturaleza jurídica de bancos oficiales o semi-oficiales, circunstancia sobre la cual no existe prueba alguna en el expediente.

Lo que se ha expuesto brevemente, permite concluir que las peticiones de la demanda no están llamadas a prosperar, tal como lo conceptúa el señor Agente del Ministerio Público.

Y en tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto Fiscal y de acuerdo con él y administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Niéganse las peticiones de la demanda formulada por el señor Hammerly Cuello Pontón.

Cópiese, notifíquese.

El fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 18 de febrero de 1983.

Mario Enrique Pérez Velasco, Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

ADJUDICACION DE BALDIOS. RESOLUCION DE ADJUDICACION. PUBLICACION. Si una resolución sobre adjudicación de baldíos que legalmente debe publicarse en el Diario Oficial, no se publica, no por eso se hace inimpugnable ante la jurisdicción contencioso administrativa, pues sería sacar consecuencias absurdas de una negligencia de la parte interesada en la adjudicación, con cuya culpa consolidaría su derecho.

Una cosa es que el término para ejercitar las acciones contencioso administrativas comience a correr desde la publicación y que, por lo mismo, vencido ese lapso se haga inimpugnable y otra cosa es que se impugne lícitamente, tal acto administrativo desde su publicación o notificación y antes de que empiece a correr el término de la caducidad.

ADJUDICACION DE BALDIOS. CADUCIDAD. TERMINO. Las partes interesadas tienen 2 años, conforme al artículo 38 de la Ley 135 de 1961, para demandar la nulidad de la resolución de adjudicación de baldíos cuando quiera que viole la legislación sobre la materia.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, D.E., tres de marzo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Jorge Valencia Arango**

Actor: **Ganadería La Primavera Ltda.**

Referencia: Expediente No. 3.138 Apelación

La Sociedad Comercial "Ganadería La Primavera Ltda.", domiciliada en Bogotá y representada por la señora Carmen de Gutiérrez, mayor y vecina de Bogotá, demandó, por medio de apoderado, a fin de que, con citación y audiencia del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y de los señores Eduardo Ruiz Manrique y Miguel Aguilera Rogers, se hicieran las siguientes declaraciones:

"1. Que son nulas, de nulidad absoluta, las Resoluciones números 0053 de 24 de febrero de 1976 y 0339 de 31 de mayo de 1976 originarias del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Gerente General del Proyecto del Meta por cuyo medio se adjudicó en forma definitiva a Miguel Aguilera Rogers y a Eduardo Ruiz Martínez, unos terrenos baldíos denominados "San Miguelito" y "San José de Camoa", respectivamente, ubicados en jurisdicción del municipio de San Martín, Departamento del Meta, con extensión superficiaria de ochenta y cuatro hectáreas ocho mil trescientos ochenta metros cuadrados y de trescientas noventa y siete hectáreas nueve mil trescientos ochenta y seis metros cuadrados, respectivamente, los cuales están comprendidos dentro de los siguientes linderos particulares: a) Predio San Miguelito. Punto de partida. Se tomo como tal el detalle 5 del delta 8 situado al nordeste, donde concurren las colindancias de Darío Sarmiento, Gustavo Bergstron y el peticionario, colinda así: Norte, con Darío Samiento en 640 m.p. del detalle 6 del delta 6 al detalle 6 del delta 10 con Robert Wrster en 64 m.p., del detalle 6 del delta 10 al 7 del delta 11. Oeste. con Eduardo Ruiz Martínez en 9.34 m.p. del detalle 8 del delta 15 al detalle 2 del delta 0. Este: Con Gustavo Bergstron en 1.208 m.p. del detalle 2 del delta 0 al detalle 5 del delta 8 y encierra" b) Predio San José de Camoa: punto de partida. Se tomó como tal el punto No. 1-07 situado al noreste donde concurren las colindancias de Robert Wrster, Miguel Aguilera y el peticionario colinda así: Noreste: Con Robert Wrester en 868 m.p. partiendo del punto 1-07 al detalle 3 del delta 4, Norte: con Alberto Serna en 845 m.p. del

detalle número 3 del delta 4 al 7 con Coronel Raúl Flores Echeverría en 196 m.p. 7 a 8 Oeste: Con Javier Jaramillo en 2.025.21 p.m. 3 al detalle 6 del delta 15. Sur: con caño Camoa en 3.341 m.p. del detalle 6 del delta 15 al detalle 20 del delta 46. Sureste: Con Gustavo Bergstron en 802.24 m.p. del detalle 20 del delta 45 al Este: Con Miguel Aguilera en 1.154.70 m.p. al 1.07 y encierra. Estas resoluciones fueron registradas en la Oficina de Registro del Circuito de San Martín el día 23 de junio de 1976, página 15 No. 15 y página 14 del libro respectivo.

"2. Que como consecuencia de la anulación solicitada en el punto anterior se restablezca en su derecho a mi mandante "Ganadería La Primavera Ltda.", ordenando la cancelación de las Resoluciones 053 y 0339 de 1976, originarias del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y registradas como queda dicho, oficiando o comunicando la determinación al señor Registrador de Instrumentos Públicos del Circuito de San Martín para los efectos del registro.

"3. Que para todos los efectos a que haya lugar con motivo de la determinación tomada, especialmente para los efectos civiles, se haga la declaración de que los señores Eduardo Ruiz Martínez y Miguel Aguilera Rogers, son poseedores de mala fe" (fls. 24 y 25, C. 1).

COMO HECHOS, EXPUSO EL LIBELO:

"1. Mediante las Resoluciones números 0053 de 24 de febrero de 1976 y 0339 de 31 de mayo de 1976 el Gerente Reginal del Proyecto Meta del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, INCORA, adjudicó definitivamente a Miguel Aguilera Rogers y a Eduardo Ruiz Martínez, respectivamente, unos terrenos baldíos denominados San Miguelito y San José de Camoa, con una extensión aproximada de 84 hectáreas, 8.30 mtrs. cuadrados para el predio San Miguelito y de 397 hectáreas 9.386 mtrs. cuadrados para el predio San José de Camoa, los cuales se encuentran delimitados como se expresó en el punto primero de la parte petitoria de esta demanda. Estas adjudicaciones fueron registradas en la Oficina de Registro de San Martín, a los folios ya también anotados.

"2. Las resoluciones de adjudicación de los terrenos que forman los predios San Miguelito y San José de Camoa se hicieron con fundamento de que esos terrenos habían sido poseídos por los adjudicatarios respectivos, desde hace quince años, lo que no es verdad como se demostrará en el curso de este juicio.

"3. Mediante la escritura pública número 1138 de 23 de agosto de 1960, Notaría Primera de Villavicencio, instrumento registrado el 9 de febrero de 1961, libro primero par, tomo 1 de 1961, página 43, número 244, matriculada como La Trinidad, el señor Jesús Soto Márquez le vendió a Jorge Sarmiento del Castillo, la finca La Trinidad, integrada por dos globos de terreno que se distinguieron con los nombres de Angostura y San José, terrenos de los cuales hace parte la finca llamada San José de Camo y la finca llamada San Miguelito, materia de las adjudicaciones cuya nulidad se demanda.

"4. Las mejoras y la posesión de los terrenos de la finca La Trinidad, fueron vendidas por Jorge Sarmiento del Castillo a la Sociedad Ganadería La

Primavera Limitada, según se hizo constar en el documento privado suscrito por el vendedor el día 6 de mayo de 1962.

"5. En la escritura pública No. 142 de 20 de enero de 1958, Notaría Primera de Pereira, instrumento registrado el 6 de febrero del mismo año, en el libro 1 par, tomo 1 de 1958, pág. 140, partida número 83, se hizo constar una permuta entre Jesús Soto Márquez y Ramón Horacio Posada Restrepo, por cuyo medio aquel adquirió el derecho de dominio sobre los globos de terreno denominados La Angostura y San José, integrantes de los predios San José de Camoa y San Miguelito.

"6. Mediante la escritura pública No. 190 de 26 de diciembre de 1956, Ramón Horacio Posada le compró a Alejandro Tejada los predios denominados Angostura y San José, los mismos que permutó con José de Jesús Soto Márquez.

"7. Alejandro Tejada le había comprado los predios San José y Angostura, a quienes eran sus propietarios, mediante las escrituras Nos. 29 de 12 de marzo de 1945 y 59 de 22 de junio de 1944, ambas de la Notaría de San Martín, instrumentos debidamente registrados.

"8. El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria no podía adjudicar los predios San José de Camoa y San Miguelito por cuanto esas tierras tenían un propietario y poseedor cuyos títulos datan de más de veinte años y cuya posesión se ejerció quieta, pacífica y tranquilamente, con actos de significación económica tales como la siembra de pastos artificiales, mantenimiento de ganados, construcción y mantenimiento de cercas, dueño y poseedor diferente a la persona a quien se le hizo la adjudicación.

"9. Las afirmaciones que se hicieron para lograr la adjudicación de las tierras que integran los predios llamados San José de Camoa y San Miguelito en cumplimiento de las leyes que regulan tales mercedes administrativas, son falsas en cuanto a la posesión que se afirma haber ejercido y al tiempo de que data la posesión que se afirma haber tenido y, por consiguiente con las resoluciones de adjudicación, se violaron claras normas legales de imperiosa observancia, esenciales para obtener la adjudicación de tierras baldías a título de colono, ya que las afirmaciones de posesión no tienen respaldo en los hechos.

"10. El derecho conculcado a la sociedad Ganadería La Primavera Ltda. debe serle restituido, dada la falta de veracidad en las afirmaciones hechas para lograr la adjudicación" (fls. 25 y 26 C. 1)

Citó como violadas, las siguientes disposiciones: artículo 30 de la Constitución Política; 1o. de la Ley 200 de 1936; Ley 97 de 1946, artículos 1o., 5o. y 6o.; artículo 3o., ordinal a) Ley 135 de 1961; 2o. y 10 del Decreto 547 de 1947 y 762 del C.C.

Oportunamente corrigió la demanda, el actor para agregar como mero motivo de nulidad de los actos impugnados la falta de publicación de los mismos en el Diario Oficial de conformidad con el artículo 13 del Decreto 388 de 1974.

Tramitada la primera instancia el proceso recibió sentencia del Tribunal Administrativo del Meta el 10 de octubre de 1980 por medio de la cual se denegaron todas las súplicas de la demanda inicial.

Contra la sentencia anterior interpuso recurso de apelación la parte demandante, el cual fue concedido en cuya virtud llegaron los autos a esta Corporación.

Surtido el trámite del recurso en la forma prevista por la ley sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidirlo.

I. EL CONCEPTO FISCAL

La doctora Edné Cohen Daza, Fiscal 2o. de la Corporación, expone en su concepto de fondo:

"Leyendo la demanda y ateniéndonos a su contenido y en especial a las peticiones que en ella se formulan, esta Fiscalía considera que se trata de una demanda de plena jurisdicción instaurada por la sociedad interesada, quien se creía con mejor derecho que los beneficiados con las resoluciones demandadas.

"En varias oportunidades este Despacho ha tenido que estudiar y pronunciarse sobre el alcance e interpretación de los artículos 38 y 42 de la Ley 135/61.

Recientemente en un caso similar se dijo: 'Interpretando el contenido de los artículos 38 y 42 de la Ley 135/61, este Despacho ha venido sosteniendo que cuando la mencionada ley dice en su artículo 38: "...que la declaratoria de nulidad podrá demandarse ante el correspondiente Tribunal de lo Contencioso Administrativo por los procuradores agrarios o *cualquier otra persona* dentro de los dos años siguientes a la publicación de la respectiva providencia en el Diario Oficial', debemos entender que el término utilizado por la ley y que me he permitido subrayar, 'cualquier persona' se debe entender como contrario u opuesto al término *interesado*, utilizado por el artículo 42. Es decir que la demanda de simple nulidad la pueden entablar el agente del ministerio público y un ciudadano cualquiera que no busque beneficio personal patrimonial en las resultas del juicio. Personas estas que actuarían cuando la adjudicación de tierra baldía se haya hecho con violación de las normas de la Ley 135/61, sin que opere ninguna clase de restablecimiento del derecho patrimonial de los actores.

"Por su parte el artículo 42 de la Ley 135/61 dice '...los *interesados* podrán intentar las acciones contenciosas administrativas en la *forma ordinaria* prevista en la Ley 167 de 1941, ante el Tribunal correspondiente' ".

Nótese que en este caso el artículo utiliza muy claramente la expresión "interesado" y los interesados en los juicios de adjudicación de un terreno baldío son inmediatamente las personas que se crean con mejor derecho sobre el bien, los colindantes y todos los que tengan constituidos presuntos derechos reales sobre el bien, definidos éstos por el artículo 655 del C. C.

"Se dice tambiéen en el artículo últimamente citado, que los interesados podrán intentar las acciones contenciosas administrativas en la *forma ordinaria* prevista en el C.C.A., es decir la acción de plena jurisdicción dentro de los 4

meses y la de indemnización dentro de los 3 años. Al decirse expresamente que en la forma ordinaria del C.C.A. debe entenderse que las acciones que se utilicen deben entablarse dentro del término que el mismo código contencioso señala. La advertencia se explica porque como ya vimos la Ley 135/61 en el artículo 38 señala un término especial de dos años para la de nulidad que como se sabe en el C.C.A. carece de término de prescripción. Hay que recordar que se trata en este caso de asuntos agrarios, y la legislación en esta materia se caracteriza por la celeridad de los procesos, como se puede comprobar con el artículo 12 de la Ley 4/73 que limita a 30 días el término para iniciar la acción de plena jurisdicción contra las resoluciones que declaran extinguido el dominio. Con este mismo espíritu el artículo 38 de la Ley 135/61 limitó a dos años luego de la publicación de la resolución correspondiente en el Diario Oficial, las acciones de nulidad".

"En el presente caso el requisito de la publicación en el Diario Oficial debe considerarse como cumplido desde el momento en que los interesados cancelaron el valor de dicha publicación. Según los recibos que aparecen a folio 32 y 33 del cuaderno No. 1, ésto ocurrió en el mes de junio de 1976.

En este caso no queda duda, que la acción instaurada fue la de plena jurisdicción y para ella el C.C.A. establece 4 meses. La demanda fue presentada ante la secretaría del Tribunal el día 27 de abril de 1977, debe pues concluirse que para ese día ya había caducado la acción.

Por otra parte este Despacho considera, que el término de los dos años de que habla la ley contados de la publicación de la resolución en el Diario Oficial para entablar demanda, es un límite máximo que da la ley, pero resulta obvio que la demanda puede presentarse desde la ejecutoria de la resolución. No es necesario que se publique la resolución en el Diario Oficial para poder presentar la demanda, como equivocadamente lo entiende el sentenciador de primera instancia.

"Lo anteriormente expuesto lleva a este Despacho a solicitar a la Honorable Sala, revoque el fallo apelado y en su lugar declare la caducidad de la acción". (Fls. 121 a 123).

II. EL ALEGATO DEL RECURRENTE

Dice así el señor apoderado de la parte recurrente:

"Primero. La sentencia de 10 de octubre de 1980, proferida por el Honorable Tribunal Contencioso Administrativo del Meta, deberá ser revocada en todas y cada una de sus partes, y en su lugar declarar la nulidad de las Resoluciones 0053 de 24 de febrero de 1976 y 0339 de 31 de mayo del mismo año, dictadas por la regional del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria 'Incora' en el departamento del Meta.

"Segundo. La referida providencia adolece de falta de apreciación de las pruebas que hasta ese momento se recaudaron, insistiendo en mi parecer sobre circunstancias de criterio superficial, sin que verdaderamente se realizara un estudio a fondo de la conducta administrativa anterior a la promulgación de las resoluciones demandadas.

"Tercero. Dentro del proceso administrativo deberá verificarse la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos, si en verdad se cumplieron los

requisitos necesarios para su expedición, o si por el contrario, la Administración obró con ligereza, descuido y negligencia, conducta que debe ser controlada por la jurisdicción especializada para dichos eventos.

"Cuarto. El Tribunal Contencioso Administrativo del Meta no observó lo expuesto en el párrafo anterior, perdiéndose del análisis de la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos acusados, circunstancia que tendrá que someter a estudio el H. Consejo de Estado.

"Quiero llamar la atención a los Honorables Consejeros sobre este aspecto, porque el Tribunal de instancia no dirigió su estudio sobre los actos acusados, sobre la procedencia de su expedición siguiendo las normas especiales de la legislación agraria.

"Quinto. En verdad, si hubiera existido un criterio distinto del que impera en el Honorable Consejo de Estado, respecto de la búsqueda probatoria de la verdad administrativa, ordenando allegar los antecedentes que dieron lugar a las resoluciones demandadas, fácilmente se tendría que concluir que dichos actos administrativos no fueron expedidos con el lleno lógico y riguroso que para su expedición se requiere y por lo tanto no se hubiera dudado en la declaratoria de su nulidad, con la consecuente indemnización por perjuicios.

"Sexto. Hago hincapié en el concepto emitido por la Fiscalía Primera del Tribunal Superior, que con la sola etapa probatoria de la primera instancia, encontró pruebas suficientes que desvirtúan la posesión de los predios, por el término legal señalado al efecto, por parte de los beneficiarios de las resoluciones acusadas.

"Dicha aseveración es totalmente cierta toda vez que los señores Eduardo Ruiz Martínez y Miguel Aguilera Rogers, por ninguna parte acreditaron en los antecedentes de las resoluciones la posesión de las tierras por el término legal, circunstancia que fue preponderante para el concepto emitido.

"Séptimo. Sin la posesión de las tierras por parte de los adjudicatarios, ¿cómo podían expedirse las resoluciones del Incora? Claramente ante la respuesta de que nunca existió la posesión deberá declararse la nulidad, buscando encontrar el principio para el juez administrativo: la verdad.

"Octavo. La acción administrativa entablada por la sociedad actora tampoco puede ser desestimada porque a juicio del Tribunal existía carencia de interés legítimo. Al respecto observo que la voluntad de la administración existe desde el mismo momento en que se profieren las resoluciones. No puede decirse que faltaba el requisito de la publicación, y que por tanto la acción estuvo entablada fuera de término. ¿Cómo puede el interesado asegurarse de la publicación de la resolución? ¿Debe esperar a que la administración caprichosamente publique el acto, para que pueda entablar su acción? Ganadería La Primavera Ltda., interesada sin duda en este proceso por haber poseído continua e ininterrumpidamente los terrenos que ilegalmente fueron adjudicados a extraños, procedió inmediatamente a demandar las resoluciones cuando la voluntad de la Administración, en este caso concreto la regional del Incora en el departamento del Meta, se había manifestado. El Tribunal no advirtió que aplicaba exegéticamente una jurisprudencia, señalando como única oportunidad para demandar los actos, dos años, desde su publicación.

Por lo brevemente expuesto solicito se decrete la nulidad de los actos acusados, revocando la sentencia proferida por el Honorable Tribunal Admi-

nistrativo del Meta, restableciendo consecuencialmente el derecho de la sociedad actora.

"Si al estudiar a fondo la controversia que se presenta, el H. Consejo de Estado considera necesario allegar los antecedentes que dieron lugar a las resoluciones que se demanda, solicito se dé aplicación a las normas pertinentes, teniendo en cuenta lo preceptuado por nuestra Constitución". (Fls. 103 a 104, C. 1).

III. EL ALEGATO DE LOS OPOSITORES EDUARDO RUIZ MARTINEZ Y MIGUEL AGUILERA ROGERS

Dice así en lo pertinente:

"1. Es evidente que las pretensiones de la demanda buscan, mediante el expediente de la acción de nulidad consagrada en el artículo 38 de la Ley 135 de 1961 y aprovechando la sencillez y rapidez del procedimiento ordinario previsto por la Ley 167 de 1941, obtener una decisión jurisdiccional propia de una acción reivindicatoria, cuyo pronunciamiento escapa a la órbita de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. El propio libelo así lo expresa clara y paladinamente en el pasaje que dejo copiado en el numeral 3 del acápite 1 de este escrito y que el Tribunal Administrativo del Meta transcribe en la motivación del fallo recurrido (cuaderno principal, folio 74).

"Habilidosa maniobra ésta que no pasó inadvertida para el Tribunal Administrativo del Meta, como atinada y oportunamente lo observó dicha Corporación (cuaderno principal, folio 87).

"Aún más: el artículo 38 de la Ley 135 de 1961 no da para tanto. En efecto, una cosa es pretender la declaratoria de nulidad de las resoluciones que adjudican bienes baldíos de propiedad nacional por el hecho de que tales resoluciones han violado las disposiciones de la propia Ley 135 sobre limitación de las extensiones que pueden ser adjudicadas razón de ser y finalidad propias del artículo 38 de la Ley 135 de 1961 y otra muy distinta alegar, como lo hace el libelo, que antes de la expedición de los actos administrativos de ajudicación de baldíos los bienes adjudicados no eran tales pues "tenían un propietario y un poseedor cuyos títulos datan de más de 20 años..." y que, así las cosas, el Incora no podía hacer las adjudicaciones que ordenó mediante las resoluciones acusadas.

"Y es que, en verdad, el artículo 38 de la Ley 135 de 1981 en el que la demanda fundamenta la competencia del a-quo para conocer de la acción de nulidad intentada y, por ende, el alcance de la pretensiones mismas que aduce (v. demanda, rubro competencia y procedimiento), consagra en su inciso 1o. la nulidad de "las adjudicaciones de tierras baldías que se hagan con violación de las normas *de la presente ley*" (destaco).

"Respecto de esta disposición, la ponencia para primer debate en el Senado sobre el proyecto que luego vino a ser Ley 135 de 1961, elaborada por el entonces Senador Dr. Carlos Lleras Restrepo, expresa lo siguiente, al aplicar las reformas introducidas al proyecto oficial: "(los) artículos 37 y 38 adoptan medidas para *impedir que se violen las normas sobre limitación de las extensiones adjudicables.* (Historia de las leyes, legislatura de 1961, segunda etapa, Reforma Agraria. T.P., pág. 491).

"Renglones más adelante puede leerse los siguiente:

"El artículo 38 sufrió también un cambio completo. Se mantiene la sanción de la nulidad para las adjudicaciones de tierras baldías que se hagan con violación de las normas de la ley. Pero se simplifica el procedimiento para obtener la declaratoria y se fija un término de sólo dos años para la presentación de la demanda ante el respectivo Tribunal de lo Contencioso Administrativo...". (Ibídem, pág. 492).

Tal es, pues, la realidad que fluye de la historia fidedigna del establecimiento del precepto contenido en la Ley 135 de 1961, historia fidedigna que viene a abonar la tesis expuesta de tiempo atrás por los especialistas en los siguientes términos:

"A nuestro entender, el artículo 38 se limita simplemente a prevenir y corregir la adjudicación de baldíos en superficies mayores de aquellas que la nueva ley señaló en las normas que hemos examinado. La preocupación del legislador, nacida del aumento de la población y de la permanente disminución de tierras adjudicables, lo llevó a consagrar un medio de control y de rectificación de errores de la administración cuando por negligencia o por engaño de los solicitantes adjudica más tierra de la permitida por la ley".

"Por eso, no creemos correcta la interpretación de quienes suponen que esta acción del artículo en comentario fue consagrada para enmendar cualquier violación a las leyes que en distintas épocas se han expedido para regular la ocupación y titulación de baldíos, porque lo primero que dice la norma es que la nulidad especial se decreta para las adjudicaciones hechas con transgresión de las disposiciones de la Ley 135 (de 1961) y no de otras.

Si se lee con cuidado el Capítulo VIII puede observarse que, en cuanto se refiere a la simple adjudicación, sus preceptos versan sobre las cantidades de tierras que a partir de su vigencia pueden ser tituladas tanto a personas jurídicas como a las naturales, bien por el procedimiento ordinario, o por medio de contratos de explotación. Esta afirmación la respalda el mismo artículo 38 cuando, al referirse a la consecuencia que surge de la nulidad declarada por el Tribunal Contencioso Administrativo, dice que será la de considerar al adjudicatario como poseedor de mala fe en relación con el exceso que se le ha adjudicado. Y como ninguna otra pena impuso la ley, no cabe conclusión distinta de la consignada en el texto dicho" (G. Benavides M. "Reforma Social Agraria. Procedimientos administrativos". Edit. Temis, 1970, págs. 285 y 286).

"Tiénese, entonces, que por este extremo aparece claro el buen fundamento de la sentencia apelada al negar las peticiones del libelo presentado a nombre de la sociedad actora, pues en él se pretendió amparar bajo la nulidad prevista en el inciso 1o. del artículo 38 de la ley 135 de 1961 sobre reforma social agraria, no solamente una acción que el precepto no contempla (la reivindicatoria) sino un motivo de nulidad que la norma no consagra.

"2. Lo dicho en la sentencia de primer grado respecto de la ausencia total de pruebas que permitan debatir lo actuado dentro de los trámites administrativos que culminaron con la expedición de las Resoluciones Nos. 0053 y 0339 de 24 de febrero y 31 de mayo de 1976, respectivamente, actos cuya nulidad se persigue, es de evidencia inobjetable. En efecto: brillan por su ausencia, dentro del expediente a estudio del H. Consejo de Estado, todos los antecedentes administrativos de los actos acusados, antecedentes que era indispensable

aportar al proceso si se pretendía —como se ha hecho por la parte actora— cuestionar el trámite gubernativo que procedió a la expedición de los actos acusados. En vano repasará el H. Consejo los cuadernos que contienen las pruebas practicadas a solicitud de la demanda —y también de la parte opositora— en busca de una prueba, de un indicio siquiera, que respalde lo sostenido en el libelo sobre presuntas e inexistentes afirmaciones falsas durante el curso de los trámites administrativos que antecedieron a la expedición de las resoluciones que la demanda tacha de nulas, trámites que por lo demás, han sido regulados minuciosamente por disposiciones tales como la Ley 97 de 1946, su Decreto Reglamentario No. 547 de 1947 y, últimamente, por el Decreto No. 389 de 1974 que reglamentó parcialmente el Título VIII de la Ley 135 de 1961 con las modificaciones que a tal estatuto introdujo la Ley 4a. de 1973.

"En resumen: no probó la parte actora los fundamentos de hecho de su demanda, como era su deber hacerlo; no aportó las pruebas que dieran respaldo a su dicho ni durante el amplio término probatorio de la primera instancia ni —mucho menos— en la oportunidad que le brinda la ley para hacerlo en el trámite de la apelación ante el H. Consejo de Estado, toda vez que las pruebas válidamente practicadas en esta segunda instancia (recibos de pago de impuestos, copias de declaraciones de renta correspondientes a los años de 1963 y 1977, certificado de constitución, existencia y representación de la sociedad actora), son documentos que por pretender demostrar mucho, realmente nada demuestran.

"En cuanto a la fotocopia del certificado No. 1749 expedido por el registrador de instrumentos públicos de Villavicencio, presentado ante el H. Consejo de Estado por el Dr. Eustorgio Sarria para ser tenido como prueba en favor de la parte actora, bástame anotar que tal fotocopia carece de autenticación en la forma prevista por el artículo 253 del C. de P. C., por lo cual no tiene valor legal de prueba.

"No se ha desvirtuado, pues, en modo alguno la presunción de legitimidad que ampara a todo acto administrativo, la cual, como lo expone Díez y lo acepta de manera unánime la doctrina '...comprende las (presunciones) de justicia, verdad, equidad, oportunidad, conformidad con el derecho, validez y similares, las que solamente representan aspectos particulares y equivalentes de la primera...' (Díez Manuel M. 'El acto Administrativo'. 2a. Edc. T.E.A., Buenos Aires, 1961, pág. 283, subrayo).

"Por consiguiente, continúan siendo válidos los razonamientos del Tribunal Administrativo del Meta, contenidos en el fallo recurrido que lo llevaron a las conclusiones que atrás dejé resumidas en los ordinales c) y d) del acápite del presente escrito.

"3. Que el terreno que la sociedad actora alega ser de su propiedad era baldío de propiedad nacional, es verdad inconcusa que fluye nítidamente del plenario. Basta, en efecto, con leer atentamente el contrato de promesa de compraventa cuya fotocopia debidamente autenticada obra a folios 15 a 19 del cuaderno de pruebas de la parte opositora en la primera instancia, suscrito entre el Dr. Eduardo Ruiz Martínez como prometiente comprador, de una parte, y de la otra parte, los señores Jorge Sarmiento Castillo en su propio nombre y quien obró conjuntamente con el señor Manuel Sarmiento el cual actuó en nombre y representación de la sociedad actora y de Darío Samiento del Castillo, amplia y debidamente facultado como prometientes vendedores. La cláusula segunda de este documento dice así:

"Segunda. Oportunamente y antes de firmar la escritura pública de venta, se procederá a llevar a cabo ante el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA y demás entidades pertinentes todas las gestiones legales a fin de que se proceda por parte de tal entidad a expedir la Resolución de adjudicación del dominio de la finca, de tal manera que los títulos del mismo queden correctos y en un todo acordes con la ley. Esta tramitación la llevará a cabo el prometiente comprador y el valor de los gastos de la misma serán (sic) descontados, previos los comprobantes del caso, del saldo del precio del inmueble de tal manera que el plazo adelante señalado para firmar la escritura pública de compraventa solamente se comenzará a contar a partir de la fecha en la cual sea debidamente registrada en la correspondiente oficina de registro de instrumentos públicos la titulación del inmueble".

"Ante un texto de tanta claridad, cabe preguntarse si su inclusión en el documento del cual forma parte principalísima habría sido necesaria si —como lo pretende la demanda— la finca no era un terreno baldío sino un predio de propiedad particular. En otros términos: ¿para qué contemplar en el contrato aludido una previsión tan completa y clara como la que se deja copiada si la sociedad actora tenía la certeza de que la finca era de su propiedad y no un terreno baldío que requería ser adjudicado en pleno dominio por la entidad encargada de administrar a nombre del Estado las tierras baldías de propiedad nacional, adjudicarlas o constituir reservas y adelantar colonizaciones sobre ellas, según lo predica el artículo 3o. de la Ley 135 de 1961?

"El buen fundamento de la sentencia recurrida es, también por este aspecto, incontrastable.

"4. El inciso 1o. del artículo 38 de la Ley 135 de 1961, dice:

"Son nulas las adjudicaciones de tierras baldías que se hagan con violación de las normas de la presente ley. La declaratoria de nulidad podrá demandarse ante el correspondiente Tribunal de lo Contencioso Administrativo por los Procuradores Agrarios o cualquiera otra persona, dentro de los dos años siguientes a la publicación de la respectiva providencia en el "Diario Oficial".

"Un análisis somero del precepto transcrito permite deducir claramente las siguientes premisas:

"a) Establece un hecho sancionable, consistente en que adjudiquen baldíos nacionales con transgresión de las normas de la misma ley sobre limitación de las extensiones adjudicables y determina la sanción aplicable (nulidad del respectivo acto administrativo).

"b) Concede acción, para demandar esa nulidad, a los Procuradores Agrarios y a *"cualquiera otra persona"* consagrando, así una *acción pública* (v. exposición de motivos en Historia de las Leyes, Legislatura 1861, 2a. etapa. Reforma Agraria, Tomo I, pág. 96).

"c) Determina el Tribunal competente para conocer de la acción que instituye, radicando esa competencia en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo correspondiente, y

"d) Prescribe un término de dos años, dentro del cual podrá intentarse válidamente la acción de nulidad instituida, término que comienza a correr desde la fecha de publicación en el Diario Oficial de las resoluciones de adjudicación.

"Ahora bien: consta de autos que —como ya se visto— la acción intentada en este proceso no encaja dentro de los supuestos fácticos del inciso 1o. del artículo 38 de la Ley 135 de 1961 puesto que no se funda en la violación por parte del INCORA de las disposiciones de la propia Ley 135 que limitan la extensión de las áreas adjudicables como baldíos, violación que, por lo demás, jamás existió.

"También consta en el expediente que la demanda fue presentada ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Meta el día veintisiete (27) de abril de mil novecientos setenta y siete (1977) y por este admitida el dos (2) de agosto del propio año; que para el 11 de mayo de 1977 aún no se habían publicado en el Diario Oficial las resoluciones cuya nulidad se persigue (fl. 31 bis cuaderno principal) y que tal publicación se hizo en los ejemplares del Diario Oficial números 34810 de 1o. de julio de 1977 y 34815 del 5 de julio de 1977, respectivamente (v. cuaderno de pruebas de la parte opositora).

"Así las cosas, resulta nítido que la demanda que dio origen a este proceso se intentó extemporáneamente, ya que cuando se presentó el libelo aún no se había realizado la publicación de los actos cuya nulidad se persigue, con lo cual se desconoció la propia norma en que se apoya la actora para deducir las pretensiones que formula, sin que pueda argüirse válidamente que el artículo 14 del Decreto 359 de 1974 autoriza el cómputo de los dos años a partir de la notificación de las resoluciones que adjudican baldíos pues la permisión rige para los casos en que tales resoluciones no deban ser publicadas (aquellas que adjudican predios cuya cabida no exceda de 50 hectáreas, según el parágrafo del artículo 13, ibídem), lo cual implica que cuando —como en el caso de las resoluciones acusadas— tal cabida excede de 50 hectáreas, la publicación en el Diario Oficial debe hacerse y que solo a partir de ella comienza a correr el término de dos años, dentro del cual puede intentarse válidamente la acción de nulidad prevista por el inciso 1o. del artículo 38 de la Ley 135 de 1961. Trátase de un término legal estrechamente vinculado a aspectos procedimentales y, por consiguiente, de orden público, no renunciable ni modificable por los particulares ni el juez a su arbitrio; de estricta observancia.

"Luego, también desde este extremo, está bien y sólidamente fundamentada la sentencia del H. Tribunal Administrativo del Meta, objeto de la alzada.

"5. Y en cuanto a la carencia de interés legítimo en cabeza de la sociedad actora, la sentencia recurrida es igualmente sólida en sus fundamentos, pues la probanza allegada al expediente tan solo demuestra lo siguiente: a) que los terrenos adjudicados a los señores Ruiz Martínez y Aguilera Rogers eran, con anterioridad a las resoluciones, baldíos de propiedad nacional, b) que sobre ellos, no existió para la actora, derecho de dominio sino tan solo posesión, c) que las escrituras aportadas al proceso tan solo transmitieron la posesión de los terrenos y las mejoras; d) que Jorge Sarmiento del Castillo, último adquirente por compra de J. de J. Soto, transfirió al doctor Eduardo Ruiz Martínez todos sus derechos sobre "San José de Camoa" y e) que Sarmiento y la sociedad demandante, mediante documento público, registrado y reconocido ante Notario Público, reconocieron no ser "dóminos" sino meros poseedores, autorizaron al Dr. Ruiz Martínez para que, sumando posesiones como lo permite el C.C., obtuviese del INCORA las resoluciones mediante las cuales se adjudicase el dominio de los terrenos de San José de Camoa, autorizándolo, además, para

descontar del precio de la negociación efectuada, los gastos que demandare esa actuación (fls. 15 a 19, cuaderno de pruebas en la primera instancia, parte opositora). Es decir, está demostrada la absoluta carencia de interés jurídico de la sociedad demandante.

"Con apoyo en las consideraciones precedentes, con todo acatamiento solicito al H. Consejo de Estado se sirva decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha diez (10) de octubre de 1980, proferida en este asunto por el H. Tribunal Administrativo del Meta, confirmando la totalidad del fallo recurrido" (fls. 109 a 119).

IV. LA SENTENCIA IMPUGNADA

Las consideraciones fundamentales del *a-quo*, para denegar la totalidad de las pretensiones deducidas en el libelo inicial del litigio, fueron las siguientes:

"Cabe examinar ante todo, si se da el evento de la nulidad supralegal planteada por el señor apoderado del impugnador, Dr. Eduardo Ruiz Martínez.

"Manifiesta el Dr. Nelson Díaz Díaz que aparece ostensible la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional por cuanto en este mismo proceso se están ventilando hechos diferentes, actos administrativos distintos, con beneficiarios también no comunes.

"Para el Tribunal esa acumulación de hecho, de pretensiones que hizo el señor apoderado de la demandante, no viola en manera alguna el artículo 26 de la Carta, pues ella es posible y legal por cuanto las dos son de competencia del Tribunal (artículo 82 del C. de P.C.). Por otro lado el artículo 113 del C.C.A., no incluye entre las causales expresas la nulidad el seguir un juicio con un procedimiento diferente al que le corresponde, y en esto se refiere el Tribunal, al debido proceso de que habla el señor apoderado del Dr. Martínez. Pero aún aceptando que lo anotado por el Dr. Díaz Díaz constituyera una anomalía procesal, considera la Sala que no es el caso decretar la nulidad de lo actuado en razón de que el procedimiento en cada caso a seguir, es el mismo que se ha llevado a cabo en este juicio.

"Un hecho que se considera de vital importancia es el que plantea el impugnador en el sentido de que la acción incoada no podía ser viable sino desués de la publicación en el Diario Oficial de las resoluciones impugnadas y dentro de los dos años siguientes a la misma.

"Acogiendo el criterio del impugnador el Tribunal consigna lo dicho por el Honorable Consejo de Estado, en el expediente No. 2705, en donde fue ponente el Dr. Jorge Valencia Arango, y actor José Manuel Baute Redondo. Se expresó así nuestra máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo:

"Las *partes interesadas* y los *Procuradores Agrarios*, pueden, dentro de los dos años siguientes a la publicación de la providencia en el Diario Oficial, ejercitar las acciones contencioso administrativas en la forma ordinaria prevista en la Ley 167 de 1941, ante el Tribunal correspondiente, es decir, la acción de plena jurisdicción que es la que procede contra los actos creadores de situaciones jurídicas concretas e individuales o de aquellas otras que, por su sola declaratoria de nulidad, sobreviene el restablecimiento del derecho. Ni los

particulares, ni las personas interesadas, pueden impugnar los actos de adjudicación mediante el ejercicio de la acción pública de nulidad".

"Se podrá proclamar en este juicio con justa razón que la sociedad "Ganadería La Primavera", representada por la Sub-Gerente, señora Carmen Hernández de Gutiérrez, *es parte interesada*, cuando resulta que de autos aparece clara la transferencia que le hicieran al impugnador Ruiz Martínez de las mejoras contenidas en el globo de terreno denominado "San José del Camoa". Mejoras vendidas a Ruiz Martínez, según documento de promesa de venta visto a los folios 8 a 12 del cuaderno No. 2, debidamente autenticado, y que por lo mismo sacaba a los ahora llamados "interesados", de cualquier posesión o interés legítimo en las tierras, pues estas fueron inclusive entregadas en forma real a Ruiz Martínez, por Darío Ospina Garzón, Administrador que fue de la sociedad, tal como lo consigna en su declaración, vista al folio 62 del citado cuaderno.

"Desapareció como parte interesada la "Ganadería La Primavera" y ello lo corrobora aún más la misma subgerente cuando en su declaración bajo la gravedad del juramento (fl. 5 y ss. Despacho 074, Juzgado 6o. Civil de Cto. de Bogotá), afirma entre otras cosas:

"Yo se de una negociación, tal vez con los socios de la sociedad, sobre una finca en el municipio de San Martín...". "Consistía en que se le vendía la finca San José sobre la cual el Dr. Eduardo Ruiz Martínez pagó una parte que queda un saldo de esa negociación de $580.000.oo...". "Por lo que he visto en la contabilidad de la Ganadería La Primavera, el Dr. Eduardo Ruiz Martínez, pagó la suma de $482.000.oo y pico de pesos a buena cuenta de la negociación de esa finca...". La entrega de esa finca al Dr. Ruiz Martínez se efectuó anteriormente a mi nombramiento de Sub-gerente en Ganadería La Primavera Ltda., he tenido conocimiento que dicha entrega la efectuó el señor Manolo Sarmiento...".

"Esta sola prueba de por sí es soberana y basta que el Tribunal, niegue las súplicas de la demanda, ya que la actora como representante de la sociedad, no es parte interesada por carencia de interés legítimo. Al respecto bueno es repetir aquí lo que dijo esta Corporación en el proceso No. 1030 en donde fue demandante el Dr. Néstor Guillermo Cruz Cruz, e impugnador el señor Eduardo Espinel:

"Ante el florecimiento de disposiciones en cuanto se relaciona con la adjudicación de baldíos, se ha creado un confusionismo en relación con la naturaleza de las acciones contencioso administrativas, y para disiparlas, el Honorable Consejo de Estado en auto de julio 12 de 1979, con ponente del H. Consejero de Estado, Dr. Jorge Valencia Arango, después de citar el artículo 38 de la Ley 135 de 1961, la Ley 4a. de 1973, artículo 16 y el artículo 42 de la misma Ley 135 de 1961, expresó:

"Con una interpretación aislada de estos artículos se tendría:

"a) Que las partes interesadas (Art. 42) solo podrán impugnar los actos de adjudicación de baldíos "mediante la acciones contencioso administrativas en la forma ordinaria prevista en la Ley 167 de 1941 ante el Tribunal correspondiente", es decir, la acción de plena jurisdicción y dentro de los cuatro meses de caducidad.

"b) "Cualquier otra persona", es decir, los particulares, podrán ejercitar la acción pública de simple nulidad dentro de los dos años siguientes".

"La sola presentación de la exégesis, demuestra que ella es absurda".

"Una interpretación teleológica, que busca la armonía entre los artículos y consulta la naturaleza de las acciones contencioso administrativas, impone las siguientes conclusiones:

"a) Las *partes interesadas*, y los "Procuradores Agrarios", pueden dentro de los dos años siguientes a la publicación de la providencia en el Diario Oficial, ejercitar "Las acciones contencioso-administrativas en la forma ordinaria prevista en la Ley 167 de 1941 ante el Tribunal correspondiente", es decir, la acción de plena jurisdicción que es la que procede contra los actos creadores de situaciones jurídicas concretas e individuales o de aquellas otras que, por su sola declaratoria de nulidad, sobreviene el restablecimiento del derecho".

"Mas sin embargo, para abundar en detalles y agotar en cuanto sea posible el tema en relación con la demanda y sus pretensiones, se considera además, que fue el mismo ilustre apoderado de la parte actora quien trajo una prueba más sobre la ineficacia de la acción al demostrar que cuando esta se intentó, no se habían publicado en el Diario Oficial las resoluciones impugnadas, razón más que suficiente para despachar desfavorablemente tales pretensiones, ya que la ley es clara al decir, que esta sólo podrá intentarse dentro de los dos años siguientes a la publicación de la providencia en el Diario Oficial. De tal suerte que faltó el requisito principal para ejercitar la acción, porque en derecho y de acuerdo con las normas procesales, no se pueden efectuar antes como tampoco después.

"Por otro lado, carece de fundamento esta demanda porque de acuerdo con los autos y los argumentos expuestos, el terreno que alega la sociedad ser de su propiedad, era baldío, cuando ésta transfirió las mejoras, y mal puede el Estado reconocer títulos de dominio sobre terrenos antes de que, por Resolución del Incora, hayan salido de la soberanía de éste.

"Por lo demás, las atestaciones del señor apoderado de la demandante, de que son falsas las afirmaciones que hacen en las resoluciones los funcionarios del Incora, sobre la explotación por más de 15 años por parte de los adjudicatarios, no han sido probadas en parte alguna, primero: porque las decisiones de las entidades públicas llevan implícita la presunción de verdad, y corresponde al impugnador la carga de la prueba, y como no se ha probado la falsedad, síguese que tampoco cabe alegarla en el caso de autos, y segundo porque al juicio no se trajo ni el original ni la fotocopia del proceso sobre adjudicación para poder entrar a debatir lo allí expuesto.

"Para el Tribunal es claro que lo que pretende la parte actora, escapa a esta jurisdicción y debe ser resuelto más bien por la justicia ordinaria (la civil), puesto que son otra clase de intereses y otra clase de juicios, los que se deben ventilar" (fls. 82 a 87, C. 1).

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

a) Si una Resolución sobre adjudicación de baldíos, que legalmente debe publicarse en el Diario Oficial, no se publica, no por eso se hace inimpugnable ante la jurisdicción Contencioso Administrativa, pues sería sacar consecuen-

cias absurdas de una negligencia de la parte interesada en la adjudicación, con cuya culpa consolidaría su derecho.

Una cosa es que el término para ejercitar las acciones Contencioso Administrativas comience a correr desde la publicación y que, por lo mismo, vencido ese lapso se haga inimpugnable y otra cosa es que se impugne, lícitamente, tal acto administrativo desde su publicación o notificación y antes de que empiece a correr el término de la caducidad.

b) Desde el punto de vista probatorio la situación que contempló el *a-quo* es exactamente la misma que se observa al momento de desatar el recurso de apelación.

c) No se demostró la realidad de las falsedades del acto de adjudicación anunciadas en el libelo y, por tanto, la presunción de veracidad y regularidad de los actos oficiales resulta suficiente para respaldar su validez y su vigencia.

d) Por el contrario, lo que se demostró en el proceso, en la forma analizada por el *a-quo* y acogida por esta Sala, es el ningún derecho de los actores, quienes nunca fueron propietarios de los terrenos controvertidos y los derechos que tuvieron como ocupantes o poseedores los cedieron a los demandados.

e) El recurrente invita a esta Sala a estudiar las pruebas que no canalizó el fallador de prima instancia pero no las cita, concreta o individualiza y del examen hecho por esta Corporación resulta que todas ellas fueron ameritadas por el *a-quo* y lo fueron conforme a derecho.

f) Está bien claro, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, que la acción intentada no estaba caducada pues las partes interesadas tienen dos años, conforme al Art. 38 de la Ley 135 de 1961, para demandar la nulidad de la resolución de adjudicación de baldíos cuando quiera que viole la legislación sobre la materia.

Y los libelistas alegan su calidad de propietarios de los terrenos adjudicados a los demandados, lo que los habilitaba para demandar en dicho lapso, no importa que al final no haya podido acreditar tal presupuesto de la pretensión, pues en tal caso la sentencia es absolutoria y no desestimatoria de la demanda, pues fue a fuerza de estimarla y confrontarla con las pruebas como llegó a la conclusión de que la "causa para pedir" no se había demostrado.

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. Confírmase en todas sus partes, la sentencia apelada.

Segundo. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Jorge Valencia Arango, Presidente; **Jorge Dangond Flores, Carlos Betancur Jaramillo, Eduardo Suescún Monroy.**

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

Se deja constancia que la presente providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES. ART. 82 C. de P.C.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.E., diez de marzo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Ignacio Reyes Posada**

Proyectó: **Dr. José Gabriel Salom,** Abogado Asistente

Actores: **José Miguel Campos Amaya** y otros.

Referencia: Expediente No. 2.068 Autoridades Nacionales

Actuando por intermedio de apoderado, los señores José Miguel Campos Amaya, Vicente Antonio Prieto Munar, Julio Jairo Alvarez Henao, Pedro María Avila Roa, Luis María Cárdenas Domínguez y Benjamín Lugo Salazar, formularon demanda ante esta Corporación en que solicitan se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera. Que es nula la presunta negativa por silencio de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a reconocer el derecho que tienen José Miguel Campos Amaya, Vicente Antonio Prieto Munar, Alvarez Henao Julio Jairo, José Ignacio Bejarano Linares, Pedro María Avila Roa, Luis María Cárdenas Domínguez y Benjamín César Lugo Salazar a que se les reajuste su pensión o asignación de retiro al 75% del sueldo que en todo tiempo devengare un suboficial del mismo grado que ostentaba cada uno de los demandantes, en actividad, con inclusión de las primas de actividad, de vuelo, de especialista, y a que se les continúe pagando el subsidio familiar en el porcentaje que les fue reconocido en servicio, negativa que se presume por haber transcurrido el término indicado en el parágrafo del artículo 18 del Decreto 2733 de 1959 sin que la mencionada Caja hubiera resuelto la respectiva petición presentada el 27 de julio de 1972".

Debe observarse que el demandante José Ignacio Bejarano Linares no otorgó poder para adelantar esta acción.

"Segunda. Que como consecuencia de la anterior declaración y para restablecer el derecho violado, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reajustará la pensión o asignación de retiro de José Miguel Campos Amaya, Vicente Antonio Prieto Munar, Alvarez Henao Julio Jairo, José Ignacio Bejarano Linares, Pedro María Avila Roa, Luis María Cárdenas Domínguez, Benjamín César Lugo Salazar al 75% de los haberes que en todo tiempo devengue un suboficial con el mismo grado, en actividad, incluyendo las primas de actividad, de vuelo, de especialista, y les continuará pagando el subsidio familiar en el mismo porcentaje que le haya sido reconocido en servicio".

"El reajuste al 75%, con inclusión de las primas de vuelo, de especialista, del subsidio familiar, se harán desde los cuatro años anteriores a la presentación de la reclamación o sea a partir del 27 de julio de 1972".

"La inclusión de la prima de actividad se hará a partir del primero de enero de 1972, fecha de vigencia del Decreto 2337 de 1971".

Como hechos constitutivos de la acción ejercitada se indican en el libelo los que aparecen relacionados a folios 8 a 15 del expediente, donde igualmente se expresan las normas violadas y se emite el correspondiente concepto de violación.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares designó apoderado para que representara a la Institución dentro del juicio, lo que hizo en efecto al oponerse a las súplicas de la demanda.

Durante el trámite de la instancia, el proceso estuvo paralizado por espacio de cinco años cuando por virtud del auto de once de julio de mil novecientos setenta y siete (folio 98), se dispuso poner en conocimiento de las partes el informe enviado por la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, con silencio de las mismas.

En el presente proceso la Magistrada doctora Aydée Anzola Linares se declaró impedida, impedimento que fue aceptado por los restantes Magistrados de la Sala y en tal virtud se sorteó Conjuez resultando elegido el doctor Julio Ramírez Giraldo, quien tomó debida posesión del cargo.

La Fiscalía Cuarta de esta Corporación en su vista reglamentaria, es de concepto que se profiera una decisión inhibitoria por indebida acumulación de pretensiones, o en su defecto, se denieguen las pretensiones a que se contrae el libelo, por las razones allí expresadas.

Como el trámite del presente negocio se ha ceñido a los preceptos de ley y no se observa causal de nulidad que pudiese invalidarlo, la Sala procede a proferir la correspondiente sentencia, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Revisada la actuación dentro del trámite de la instancia se advierte, a primera vista, que corresponde a la Sala como cuestión previa al aspecto de fondo, pronunciarse sobre la excepción de ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, propuesta por la Agencia del Ministerio Público en su vista reglamentaria.

Considera la Fiscalía que la demanda que dio origen al presente proceso es inepta, toda vez que en el asunto sub-judice no se configuran las hipótesis consagradas en el artículo 82 del C. de P.C. para que sea viable la acumulación de pretensiones.

En efecto, de conformidad con las previsiones contenidas en el numeral 3o. del artículo 82 del C. de P.C., aplicable al caso por remisión analógica del artículo 282 del C.C.A., "podrán acumularse en una demanda pretensiones de demandantes o contra varios demandados, siempre que provengan de la misma causa o versen sobre el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia o deban servirse de las mismas pruebas, aunque sea diferente el interés de unos y otros.

En el caso de autos no se presentan los eventos que trae la norma transcrita para que sea viable la acumulación de los derechos impetrados por los actores, pues, en primer lugar, la causa de sus pretensiones no es la misma, toda vez que los actos administrativos que le reconocieron el derecho a disfrutar de una asignación de retiro no son los mismos, como es fácil advertirlo con las hojas de vida aducidas en legal forma al proceso. La única relación que los vincula, es que a través del mismo apoderado, solicitaron el reajuste de las aludidas prestaciones, tanto en la vía administrativa como en la jurisdiccional (fl. 19 C. 1).

Respecto del objeto pretendido, también se llega a la conclusión de que no es el mismo, pues el monto de las pretensiones individualmente consideradas es diferente atendiendo a las fechas en que se solicitaron los pagos de los suplementos salariales y demás derechos demandados y a los factores que determinan su liquidación. Nótese en efecto que cada demandante persigue el reajuste de su asignación de retiro. Y aunque pudiera pensarse que cada uno de ellos recibiera igual cantidad de dinero, se le entregará en objeto diferente, porque aquí no puede confundirse el derecho pretendido con el objeto de la pretensión, porque si fuera de la misma categoría, en una demanda podrían acumularse las pretensiones sobre cualquier derecho de un sinnúmero de accionantes, por la sola circunstancia de tener él la misma denominación: reajuste de asignación de retiro, por ejemplo.

De otro lado las pretensiones de los interesados son independientes, ya que no exista relación entre unas y otras.

Por último, en cuanto a las pruebas que sirvieron de fundamento a las súplicas del libelo, igualmente son todas ellas distintas, dadas las condiciones personales y profesionales de cada uno de los demandantes, razón por la cual, debe otorgárseles por separado, el valor legal que les corresponde de acuerdo con los elementos de juicio pertinentes.

En tales condiciones, será preciso emitir un pronunciamiento inhibitorio acerca de las peticiones de la demanda, tal como lo propone la Agencia del Ministerio Público en su vista reglamentaria.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Declárase inhibido para conocer del mérito de la acción propuesta por haber prosperado la excepción de indebida acumulación de pretensiones.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 4 de marzo de 1983.

Joaquín Vanín Tello, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada, Julio Ramírez Giraldo, Conjuez.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

SANCIONES DISCIPLINARIAS. IMPOSICION. ACTO DEL NOMINADOR. El acto del nominador que impone la sanción debe ser objeto de la petición de nulidad, pues, si en un caso, sólo se demanda la nulidad de la actuación de la Procuraduría, queda entonces, vigente el acto del nominador, que es el que vendrá eventualmente a conculcar el derecho y del cual debe seguirse predicando la presunción de legalidad, presunción que al no ser rechazada no puede generar el restablecimiento impetrado. Es por eso que el artículo 85 C.C.A. exige la individualización del acto demandado "con toda precisión".

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.E., quince de marzo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Alvaro Orejuela Gómez**

Demandante: **Germán Amador Rubio**

Referencia: Juicio No. 6.397 Autoridades Nacionales

Por conducto de apoderado y en acción de plena jurisdicción, el señor Germán Amador Rubio, en demanda instaurada ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, solicitó se hicieran en sentencia, las siguientes declaraciones:

"Es nula la Resolución número 0076 de 24 de julio de 1976, proferida por la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa, por la cual se impuso al doctor Germán Amador Rubio una sanción disciplinaria, en los siguientes apartes:

"a) De la hoja número 2 de la Resolución citada, el cargo: "6. Haber dispuesto como ordenador del gasto público, que con dineros de los fondos comunes de la Contraloría se hicieran préstamos a empleados de la Entidad, por concepto de sueldos futuros".

"b) De la hoja número 7 de la misma Resolución la parte que dice: "Este cargo se encuentra debidamente comprobado y como exculpación solamente se ha alegado por parte del apoderado que se obró de buena fe, lo cual no es suficiente para haber infringido el artículo 246 del Código Fiscal del Departamento del Cauca. Queda por lo tanto en firme y deberá aplicársele la sanción correspondiente".

"Es nula la Resolución sin número, de 29 de abril de 1980, de la Procuraduría General de la Nación, por la cual se decidió el grado de consulta sobre la Resolución número 0076 de 1979 modificándola en su artículo 2o. de la parte resolutiva. La nulidad se concreta a:

"a) Hojas 9 y 10 de esta Resolución, parte motiva:

"VIII. Sexto cargo.

"Haber dispuesto como ordenador del gasto público que con dineros de los fondos comunes de la Contraloría se hicieran préstamos a los empleados de la Entidad, como a usted mismo, por concepto de sueldos futuros. La Ley 61 de

1921 en su artículo 6o. dispuso: "No habrá lugar a anticipo de dinero por razón de sueldos a funcionarios o empleados públicos, las anticipaciones sólo tendrán cabida respecto a viático" y el Decreto 180 de 1925, artículo 2o. dispuso: "Queda terminantemente prohibido a todo contador pagador efectuar cualesquiera avances a buena cuenta de sueldos por vencer. Art. 3o. Los pagos por sueldos serán por servicios rendidos y deben comprobarse en la forma establecida por el Departamento o Contraloría".

"En el memorial de exculpaciones, el representante del acusado, expresó que el actor Amador, no había obrado de mala fe ni con el propósito de vulnerar las disposiciones citadas, cuya existencia ignoraba, sino llevado por el convencimiento de que dichos préstamos estaban permitidos, dado que en la Entidad existía esta costumbre. El a-quo, estimó que la buena fe alegada por el inculpado no era suficiente para eximirlo de responsabilidad y teniendo en cuenta que el hecho se encuentra comprobado, debía imponérsele la sanción correspondiente.

"La conducta asumida por el inculpado, sobre préstamos, avances, y anticipos a empleados de su dependencia, es claramente contraria a disposiciones perentorias sobre el particular cuya existencia no puede ignorar un Contralor de cualquier jerarquía (Ley 61 de 1921, Decreto 165 de 1925). La violación de esas normas se halla plenamente demostrada en el informativo (folios 270 a 275, 294 a 298 del expediente). A más de lo anterior, no aparece claro en el informativo que dicho dinero haya sido reintegrado o si por lo menos, se tomaron las debidas precauciones para tal efecto, es decir, si en las nóminas de los meses correspondientes, se les hizo a los empleados el respectivo descuento. Se estaban así utilizando indebidamente los dineros del Departamento, desconociéndose por completo las normas ya indicadas, además del artículo 294 del Código Fiscal del Departamento del Cauca (anexo número 3), sin que pueda aceptarse como disculpa el hecho de no conocerlas".

"Es nulo el artículo 2o. de la parte resolutiva de la providencia sin número de 29 de abril de 1980 de la Procuraduría General de la Nación, por el cual se solicita "la suspensión del cargo de Contralor Departamental del Cauca por el término de treinta (30) días".

"Por el Tesoro Departamental del Cauca se reconocerá y pagará al doctor Germán Amado Rubio, el salario dejado de percibir como Contralor Departamental del Cauca, con motivo de la suspensión anterior, proporcionalmente, a la rebaja de la sanción que ordene el Tribunal".

Fundamenta el actor sus anteriores pedimentos en una larga serie de hechos que el Tribunal transcribe en el fallo recurrido y que esta Corporación estima innecesario insertar de nuevo, pero los tendrá en cuenta al proferir su decisión definitiva.

Se invocan en el libelo como disposiciones infringidas, los artículos 26 de la Constitución Nacional, en concordancia con el 1o. del Código Penal y el 1o. de Procedimiento de la misma obra; y 18 de la Ley 25 de 1974. Sobre el alcance jurídico de cada una de las normas precedentes, el apoderado del demandante hace un detenido estudio, con el fin de demostrar la violación de éstas como también el derecho que alega asistirle en la reclamación impetrada.

El Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, mediante el fallo dictado con fecha 3 de septiembre de 1981, denegó las peticiones de la demanda al estimar que en el procedimiento administrativo disciplinario seguido contra el demandante, la Procuraduría General de la Nación observó las formalidades procesales y que los cargos que se imputaron al actor y por los cuales se ordenó la sanción, no fueron desvirtuados ante la jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Surtido el trámite del litigio, dentro de las prescripciones de ley, sin que se observe causal de nulidad alguna que pudiese invalidar la actuación, la Sala pasa a dictar la correspondiente sentencia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Como se deduce de los pedimentos de la demanda el actor solicitó la nulidad parcial de la Resolución número 0076 del 24 de julio de 1979, suscrita por el Procurador Segundo Delegado para la Vigilancia Administrativa, y de la providencia de fecha 29 de abril de 1980, dictada por la Procuraduría General de la Nación, mediante la cual se impetró la suspensión del demandante del cargo del Contralor Departamental del Cauca por el término de treinta (30) días.

Como consecuencia de las actuaciones anteriormente mencionadas la Entidad nominadora del actor, —Asamblea Departamental del Cauca— debió haber procedido a sancionarlo con la suspensión en el ejercicio de sus funciones por el término de treinta (30) días, en acatamiento del acto administrativo emanado de la Procuraduría General de la Nación. Y así, la providencia mediante la cual se le aplicará la sanción al accionante, originaria de la Asamblea del Cauca, conforma con los dos anteriores un acto complejo, los que deben ser enjuiciados en su integridad, o al menos el último, que es el que, efectivamente, impone la sanción, para que pueda pronunciarse un fallo de mérito.

Esta Corporación ha sostenido que el acto del nominador que impone la sanción debe ser objeto de la petición de nulidad, pues, si en un caso, como el de autos, sólo se demanda la nulidad de la actuación de la Procuraduría, queda entonces vigente el acto del nominador, que es el que vendrá eventualmente a conculcar el derecho y del cual debe seguirse predicando la presunción de legalidad, presunción que al no ser rechazada no puede generar el restablecimiento impetrado. Es por ello que el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo exige la individualización del acto demandado "con toda precisión".

La Fiscalía Quinta de la Entidad, en su vista reglamentaria, al referirse a los planteamientos del libelo, en sus distintos aspectos, expresa:

"A juicio de la Fiscalía, los actos administrativos son demandables ante la jurisdicción contencioso administrativa, en cuanto implican una manifestación de voluntad de la Administración mediante la cual impone obligaciones o confiere derechos, es decir, en cuanto ésta adopta decisiones.

"Obviamente, que esas decisiones obedecen a unos motivos, a unas consideraciones, que en tratándose de actos de carácter particular o subjetivo, gene-

ralmente deben ser expuestos en el acto mismo y si ellos son falsos pueden conllevar su nulidad.

"Pero la posible nulidad se refiere a la parte resolutiva de la providencia que es la que contiene la decisión, y no a la parte motiva que puede sí ser desvirtuada para que se declare la nulidad de la decisión.

"En cuanto a la Resolución número 76 del 24 de julio de 1979, el actor se limitó a pedir la nulidad de algunos párrafos de la parte motiva.

"Además, dicho acto, que le imponía sanción de multa, no era demandable pues es, precisamente, uno de los excluidos del control de esta jurisdicción por el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo.

"Por otra parte, fue revocado en lo concerniente al actor, por la Resolución del 29 de abril de 1980.

"De esta última Resolución se acusó el artículo 2o. por medio del cual se solicita a la Entidad nominadora aplicar la sanción de suspensión por 30 días, y algunos apartes de su motivación.

"En opinión de este Despacho, no es demandable la parte motiva de una providencia y con la sola nulidad del artículo 2o. de la Resolución del 29 de abril de 1980, no se podría obtener el restablecimiento del derecho solicitado, pues se omitió pedir la del acto de la Entidad nominadora que debía aplicar la sanción, siendo forzoso hacerlo, pues estas providencias forman parte de un proceso y deben ser acusadas en su totalidad para que la acción sea eficaz.

"Estas irregularidades hacen inepta la demanda e impiden un pronunciamiento de fondo, por lo cual la Fiscalía solicita la revocatoria de la providencia apelada".

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

FALLA:

Revócase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, con fecha tres (3) de septiembre de mil novecientos ochenta y uno (1981), y en su lugar se dispone:

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

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el cuatro (4) de marzo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

DOCUMENTOS PUBLICOS. RESERVA.

1. Artículo 320 C.R.P. y M. La excepción en los documentos públicos es la reserva.

2. Documentos públicos investidos de reserva: artículo 311 C.P.P., 313 (ibídem). Si la prohibición se encuentra instituida expresamente en la legislación penal para los sumarios, no lo está en dicha legislación ni en otras para los procesos disciplinarios a cargo de la Procuraduría.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Bogotá, D.E., veinticinco de marzo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Mario Enrique Pérez**

Actor: **Daniel Samper Pizano**

Referencia: Expediente No. 3.900

En ejercicio del contencioso de anulación, el ciudadano Daniel Samper Pizano demandó ante esta Corporación la nulidad del telegrama número 221 de 30 de septiembre de 1981, originario del Procurador Regional de Barranquilla, dirigido al señor Alberto Donadio, de la Unidad Investigativa del periódico "El Tiempo" de esta ciudada. Como medida previa pidió que se decretara la suspensión provisional del acto administrativo impugnado.

EL ACTO ACUSADO

Su texto es de este tenor:

"Atentamente refiérome su solicitud formulada julio 29 presente año e infórmole copias solicita de disciplinario contra exfuncionarios y exempleados Fábrica Licores Atlántico no puede (sic) expedírsele por existir en él documentos que reposan en proceso penal adelántase mismos hechos y con ello viólase reserva sumario tal como dispónelo artículo 311 del Código de Procedimiento Penal".

LA DEMANDA

1. Como fundamentos de hecho de la acción el demandante presenta los siguientes:

"Con fecha 29 de julio de 1981, Alberto Donadio de la Unidad Investigativa del periódico El Tiempo solicita a Luis Mora González, Procurador Regional de Barranquilla que le fuera expedida una copia del expediente que contiene la investigación administrativa que esa oficina adelanta en la industria licorera del Atlántico (anexo 1). La petición fue formulada en el ejercicio de derecho de petición, consagrado en el Art. 45 constitucional, y con fundamento además en el Art. 320 de la Ley 4 de 1913.

"Con fecha 30 de septiembre de 1981, el Procurador Regional de Barranquilla respondió, por medio del telegrama 221, la solicitud formulada por la Unidad Investigativa. En su comunicación el Procurador Regional negó las copias solicitadas.

"Ante la negativa del funcionario de la Procuraduría General de la Nación, la Unidad Investigativa acudió ante el asesor de prensa de la Procuraduría, quien consultó con el viceprocurador general encargado, Miguel Sánchez Méndez. Este último funcionario, en oficio del 15 de diciembre de 1981 (anexo 2) reitera la opinión del Procurador Regional según la cual se trata de documentos protegidos por la reserva del sumario.

"El 18 de diciembre de 1981 (anexo 3) la Unidad Investigativa, aunque no comparte el criterio del señor viceprocurador general encargado, decidió solicitar al Procurador General de la Nación que fuera expedida copia de las piezas del expediente que no formen parte de un proceso penal.

"El 22 de diciembre de 1981, el señor Procurador General de la Nación encargado dispuso pedir al Procurador Regional de Barranquilla que fueran sacadas copías de las piezas no reservadas del expediente (anexo 4).

"En breve la Procuraduría ha accedido a expedir copia de los documentos que no consideraba reservados. Pero en cuanto a las piezas que la Procuraduría estima amparadas por la reserva del sumario, ha sido imposible para la Unidad Investigativa que la Procuraduría expida copia de ellas".

2. El actor señala como violados por el telegrama cuestionado el artículo 320 del Código de Régimen Político y Municipal, que le concede derecho a toda persona para solicitar copias de los documentos que existan en las oficinas del orden administrativo, menos de los que tengan carácter reservado.

Al dar el concepto de la infracción de la mencionada norma, el accionante expresa:

"De este modo se establece un principio general, que es ya verdad inconcusa en el panorama jurídico colombiano: Todos los documentos oficiales son públicos. Esa es la regla general, que responde, por lo demás, a la esencia de un sistema democrático y representativo de gobierno, y que se inspira en los principios que informan una administración reglada al igual que en la responsabilidad de los funcionarios públicos por acciones u omisiones sometidas al imperio de la Constitución y de las leyes.

"En incontables sentencias el máximo tribunal de lo contencioso administrativo ha consolidado la vigencia práctica de la norma en comento, al disponer la nulidad de variados actos administrativos que en diferentes modalidades han pretendido coartar el derecho ciudadano de acceso a los documentos públicos.

"En relación a la Procuraduría General de la Nación, en más de una ocasión el Consejo de Estado ha sentenciado que sus expedientes son públicos, salvo algunas bien delimitadas excepciones. Por eso sorprende que una vez más la Procuraduría recurra a un argumento jurídicamente desgastado, como es el de ampliar la reserva sumarial penal a sus investigaciones administrati-

vas, para denegar un derecho cuyo ejercicio ha sido detalladamente definido por la jurisprudencia.

"En 1975 el Procurador General, por resolución, declaró reservados los negocios que cursen en esta oficina, y reservó su conocimiento a los funcionarios de la Procuraduría, al acusado y a su apoderado. Por resolución se estableció una reserva que se asemejaba, incluso en la redacción del texto a la reserva del sumario penal. El Consejo de Estado la declaró nula en su totalidad en sentencia del primero de septiembre de 1977 (expediente 2569 de la sección primera), por cuanto violaba "el artículo 320 del código de régimen político y municipal, ya que le imprime a los asuntos administrativos que en sus dependencias se tramitan el carácter de reservados, aplicando las normas de los artículos 304, 305, 309, 311, 313, 314 del código de procedimiento penal, que se refiere a los sumarios".

"En 1980 la Procuraduría impidió a la Unidad Investigativa de El Tiempo el acceso a un expediente que cursaba en la Delegada para la Contratación Administrativa. Argüía el Procurador que a los procesos disciplinarios les era aplicable la reserva de los artículos 311 y 314 del C.P.P. y otra disposición similar en ese entonces vigente para el Consejo Superior de la Judicatura. Acusaba ante el Consejo de Estado esta decisión de la Procuraduría la suspensión provisional, por auto del 13 de noviembre de 1980, proferido dentro del expediente 3454 de la sección primera. Allí se dijo: 'La reserva es una excepción y, como tal, las normas que la establecen son de interpretación restrictiva y no admiten aplicación analógica, por lo cual no puede aplicarse a los procesos disciplinarios de competencia de la Procuraduría, ni los artículos 311 y 314 del C.P.P., ni el artículo 17 del Decreto 3266 de 1979 que se refiere al proceso penal, propiamente dicho, y al disciplinario de los funcionarios de la rama jurisdiccional de competencia del Consejo Superior de la Judicatura'.

"La anterior providencia fue suplicada. Examinamos los argumentos del recurrente, fue confirmada la suspensión provisional en fallo de Sala de decisión que lleva fecha del 19 de diciembre de 1980".

" ..... "

"De otro lado, si de un documento público que hace parte de un expediente de la Procuraduría se toma una copia para ser aportada a un expediente penal, no puede por ello predicarse que el documento que nació público muere secreto. ¿Por qué? porque la reserva es expresa, no analógica. Y sólo puede emanar de la ley, es decir de un acto del Congreso, o del Gobierno cuando ejerce facultades legales. No puede ser decretada por resolución o por otro acto administrativo de inferior jerarquía".

EL PROCESO

1. Con el argumento de que el acto acusado viola manifiestamente el artículo 320 de la Ley 4a. de 1913 porque no existe ley que expresamente establezca la reserva para los procesos disciplinarios de la Procuraduría, el demandante solicitó la suspensión provisoria de tal acto, a lo cual accedió el Consejero Sustanciador por estimar que el telegrama extendía a los procesos disciplinarios de que conoce la Procuraduría General de la Nación la reserva

asignada al sumario por el artículo 311 del Código de Procedimiento Penal y que, consecuencialmente, les confería a dichos procesos el carácter de actuaciones penales, del cual carecen.

2. Contra el auto que decretó la suspensión provisional el señor Fiscal Primero del Consejo de Estado interpuso el recurso de reposición, ante el Consejero conductor del proceso, y el de súplica, ante los restantes miembros de la Sala, con base —entre otras razones— en que como en su nota de 18 de diciembre de 1981 (f.5) el demandante le solicitó al señor Procurador General de la Nación la expedición de copias del expediente mencionado, "a excepción de aquellas piezas que obran igualmente en un proceso penal". De esta manera "se produjo una modificación al acto inicial, a petición expresa de quien elevara la solicitud original", lo que equivale a un acto complementario.

3. El recurso de reposición del señor Fiscal contra el auto sobre la suspensión provisional fue decidido adversamente, aduciéndose que como el acto impugnado es el telegrama de que se ha hecho mérito, no podía el juzgador adicionar la demanda, ni tampoco darle un carácter extra petita o ultra petita, sino circunscribir el enfoque a las pretensiones específicas de la acción. La anterior determinación fue confirmada por la Sala de Decisión, mediante esta conclusión lógica: "Pero el documento en sí será reservado o no según el proceso a que pertenezca, y el funcionario que conozca del mismo tendrá que abstenerse de darlo a conocer si se trata de un documento que obra en el sumario, o deberá darlo a conocer si se trata de un proceso administrativo de los previstos por el art. 312 del C. de R. P. y M".

LA VISTA FISCAL

El señor Agente del Ministerio Público rindió concepto de fondo, en el que después de reiterar sintéticamente el criterio que expresó cuando se opuso a la suspensión provisional del telegrama incriminado en este proceso, termina solicitando que la Sala se atenga al planteamiento expuesto para decretar la referida medida cautelar. Todo lo anterior lo consigna en los siguientes apartes:

"Se fundamentó por este Despacho la reposición, en una ineptitud sustantiva de la demanda, consistente en que la circunstancia objetiva del acto impugnado había cambiado, en consideración del cambio de la petición elevada a la Procuraduría General de la Nación (fl. 5), que hacía, como en efecto lo hizo, cambiar el objeto mismo de la petición, hasta el punto que hacía inocua e inepta la demanda.

"En cuanto a la suspensión provisoria, este Despacho consideró, y lo sigue haciendo, que habiendo cambiado el objeto mismo de la solicitud y como tal, la resolución de la misma, pues como se puede apreciar en el segundo párrafo del oficio dirigido al señor Procurador General de la Nación (fl. 5). "... se sirva disponer la expedición de copias del expediente mencionado, *a excepción de aquellas piezas que obran igualmente en un proceso penal...*" (subraya la Fiscalía), no se configuraba causal alguna o infracción que prima facie permitiera decretar la suspensión impetrada.

"Aunque las condiciones siguen siendo las mismas, no obstante persistir la misma concepción planteada y que se reitera ahora por este Despacho, haciendo un análisis objetivo del expediente y viendo la realidad procesal, habida consideración de que en él existe una suspensión provisional del acto demandado, a ello se debe atener el H. Consejero proponente".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como lo sostiene el actor, en el medio jurídico colombiano los documentos oficiales son, por lo general, públicos, lo que tiene su génesis en un sistema democrático. En cambio, la reserva de cierta clase de documentos y actuaciones, es la excepción.

La amplitud que sobre el particular registra el panorama jurídico de nuestro país se halla instituida en el artículo 320 del C. de R. P. y M., que le concede a todo individuo el derecho de pedir copias de los documentos que se hallen en los despachos administrativos, condicionado a que no tengan carácter de reserva, los cuales —por cierto— son escasos. Los últimos están referidos, entre otros, a la etapa sumarial de los procesos penales, a actuaciones de la Superintendencia Bancaria, a documentos relacionados con la soberanía nacional y a las declaraciones de renta e impuestos complementarios, esta última levantada para unas informaciones que se pueden considerar como del orden interno de la Administración (Art. 1o., Ley 1a. de 1983). Esta enumeración se hace a título de información.

Conforme al artículo 311 del C. P. P., el sumario es reservado y en su instrucción solamente pueden intervenir el funcionamiento de instrucción, el juez de la causa y sus secretarios, el Agente del Ministerio Público, el procesado y su apoderado. el representante de la parte civil y los peritos. El artículo 313 del mismo Código prohíbe expedir copias auténticas de las diligencias practicadas con las salvedades y condiciones que el mismo prevé. Ahora bien, el artículo 309 ibídem define el sumario como "la reunión de diligencias propias para comprobar el delito, las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se cometió, descubrir los autores o partícipes, conocer su personalidad, los motivos determinantes y averiguar la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados por la infracción.

Pero si la prohibición se encuentra instituida expresamente en la legislación penal para los sumarios, no lo está en dicha legislación ni en otras regulaciones para los procesos disciplinarios a cargo de la Procuraduría. Precisamente por constituir la reserva una excepción, ella no se puede hacer extensiva por analogía.

En cuanto a la afirmación del señor Fiscal en el sentido de que el escrito por medio del cual el demandante —aunque disintiendo— pidió la expedición de las copias no investidas de reserva genera un acto complementario, aseveración que soslayadamente reitera en su vista de fondo. se transcribe lo dicho cuando no se repuso el proveído que decretó la suspensión provisional:

"La simple lectura de la demanda demuestra que el acto cuestionado en este proceso es el telegrama número 221 de 30 de septiembre de 1981, emanado del señor Procurador Regional de Barranquilla y de que es destinatario el

señor Alberto Donadio. Por consiguiente, no puede el juzgador adicionar la demanda, ni tampoco darle un carácter extra petita o ultra petita. Al contrario, le corresponde circunscribir el trámite y la decisión a las pretensiones de la acción, específicamente consideradas. Y en el presente caso la única pretensión radica en la nulidad de un acto concretamente singularizado y no en la de otro y otros casos.

"Lo pedido por el señor Fiscal equivale a propiciar una futura sentencia extra petita y, como es sabido, a los jueces civiles y administrativos no les es permitido fallar extra o ultra petita, pues ello atenta contra el principio de la congruencia, el cual es definido por el tratadista Jaime Guasp como "la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan este objeto". Acorde con lo anterior, el Consejo de Estado ha sostenido constantemente que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es rogada y no oficiosa. Se agrega que el ordenamiento legal colombiano instituye una excepción frente a los fallos extra y ultra petita, concedida específicamente a los jueces laborales de primera instancia, basada en el carácter de orden público que poseen las disposiciones que regulan el trabajo humano, lo que hace irrenunciable los derechos y prerrogativas que de ellas emanan (art. 50 C. P. del T.)".

El tema central de discusión en esta causa radica en definir si en los procesos disciplinarios de competencia de la Procuraduría General de la Nación existe reserva, aspecto éste que se encuentra claramente precisado por la jurisprudencia reiterada y uniforme del Consejo de Estado. Una de ellas fue sentada en el auto de 3 de noviembre de 1980, confirmado por la providencia de 19 de diciembre del mismo año, que dice:

"Impetra el demandante (suspensión provisional) esta medida cautelar por manifiesta violación del artículo 320 del C. R. P. y M., en cuanto sin existir disposición legal que establezca la reserva en los procesos disciplinarios ante la Procuraduría General de la Nación, se le negó el acceso a un expediente de esa índole que cursa en la Procuraduría Delegada para la contratación administrativa.

"Según el artículo 320 que invoca el demandante los documentos y actuaciones oficiales sólo son reservados cuando expresamente la Constitución y la ley les han atribuido ese carácter. En relación con las actuaciones a que se refiere la decisión impugnada no existe norma expresa que consagre el sigilo. La reserva es una excepción y como tal, las normas que la establecen son de interpretación restrictiva y no admiten aplicación analógica, por lo cual no puede aplicarse a los procesos disciplinarios de competencia de la Procuraduría, ni los artículos 311 y 314 del C. P. P., ni el artículo 17 del Decreto 3266 de 1979 que se refieren al proceso penal, propiamente dicho, y al disciplinario de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional de competencia del Consejo Superior de la Judicatura". (Expediente No. 3454. Actor Alberto Donadio. Ponente, doctor Carlos Galindo Pinilla).

Con referencia a las actuaciones administrativas de la Procuraduría, expresó esta Sala en su sentencia de 1o. de septiembre de 1977:

"Asimismo, el acto del Procurador es igualmente ilegal e inconstitucional, porque también viola el artículo 320 del Código de Régimen Político y Municipal, ya que le imprime a los asuntos administrativos que en sus dependencias se tramitan el carácter de reservados, aplicando las normas de los artículos 304, 305, 309, 311, 313, 314 del Código de Procedimiento Penal, que se refiere a los sumarios". (Exp. 2569. Actor, Jaime Iván Velásquez. Ponente, doctor Miguel Antonio Cárdenas).

De todo lo anterior se desprende la conclusión de que debe accederse a las pretensiones de la demanda.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oída la voz del señor agente del ministerio público.

FALLA:

Declárase la nulidad del telegrama número 221 de 30 de septiembre de 1981, emanado del señor Procurador Regional de Barranquilla, dirigido al señor Alberto Donadio que es el acto materia de acusación.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión celebrada el veinticinco de marzo de mil novecientos ochenta y tres.

Samuel Buitrago Hurtado, no asistió; **Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez, Roberto Suárez Franco.**

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

VIA GUBERNATIVA. AGOTAMIENTO. Formas de agotamiento. Artículo 18 del Decreto 2733 de 1959.

SOCIEDADES. LIQUIDACION. APROBACION POR LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES (279 C. de Co.).

1. La aprobación que la Superintendencia de Sociedades debe darle a la liquidación de una sociedad sometida a su vigilancia no es automática. Razones por las cuales no es automático.

2. Verificación de la liquidación.

3. La intervención de la Superintendencia de Sociedades se hace en ejercicio de sus atribuciones de inspección y vigilancia. Objeto. (266 C. de Co.).

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Inspección y vigilancia en la liquidación de sociedades.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Bogotá, D.E., ocho de abril de mil novecientos ochenta y dos (1982).

Consejero ponente: **Dr. Jacobo Pérez Escobar**

Actor: **José María Martínez Cárdenas**

Expediente No. 3.924

El doctor José María Martínez Cárdenas, en su condición de liquidador de la "Urbanización Antiguo Morato Limitada", sociedad en liquidación domiciliada en Bogotá, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción y por conducto de apoderado, ha demandado de esta Corporación que declare "nula la decisión tomada por la Superintendencia de Sociedades en sus Oficios EL-16114 (sic) de 28 de agosto de 1981 y 22663 de 30 de noviembre de 1981, de abstenerse de aprobar la liquidación de la sociedad Antiguo Morato Limitada en liquidación", y que, como consecuencia de la nulidad impetrada, se ordene a la Superintendencia de Sociedades, de conformidad con el artículo 279 del C. de Co., que apruebe la liquidación de la citada sociedad.

I. FUNDAMENTOS DE LA ACCION

A. LOS HECHOS

El actor apoya sus pretensiones en los siguientes hechos que se sintetizan:

1. Mediante el Oficio EL-17484 de agosto de 1980 la Superintendencia de Sociedades ordenó al liquidador de la Urbanización Antiguo Morato Ltda. ceñirse al procedimiento señalado en los artículos 247 y 248 del C. de Co. en la liquidación de dicha sociedad, por cuanto estudiados los antecedentes de la misma "llegaba a la conclusión de que la cuenta final de liquidación no había sido elaborada conforme a lo dispuesto sobre la materia por nuestro ordenamiento mercantil". Para acatar esa orden le señaló al liquidador el plazo allí indicado.

2. El liquidador procedió oportunamente al cumplimiento de esa orden y en tal virtud el procedimiento en referencia quedó satisfecho en los términos de la ley. Así lo declaró la Superintendencia en sus oficios EL-16114 (sic) y EL-22663, en los cuales declara que el acta final de liquidación había quedado aprobada por ministerio de la ley.

3. En los mismos oficios y en diametral oposición con esta declaración, la Superintendencia manifiesta que se abstiene de aprobar la liquidación en referencia porque el liquidador no había dado cumplimiento a la orden que le había impartido en la Resolución 713 de 28 de marzo de 1977, consistente en revertir unos asientos de contabilidad relativo a gastos causados por los tribunales de arbitramento llevados a cabo para dirimir diferencias surgidas entre los socios y entre algunos de éstos y el liquidador.

4. Contra las decisiones anteriores el liquidador interpuso el recurso de reposición el 17 de septiembre de 1981, pero éste le fue rechazado mediante el Oficio EL-22663 de 30 de noviembre de 1981.

B. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

El actor señala como normas violadas por los actos administrativos impugnados los artículos 61 de la C. N. y 247, 248 y 249 del C. de Co.

En cuanto al concepto de violación de las normas anteriores expresa el actor que el C. de Co. en sus artículos 247 y 248 establece el procedimiento a que debe ceñirse la distribución y prorrateo a los asociados del remanente de los activos sociales. En la segunda de estas disposiciones se dice que hecha la liquidación de lo que a cada socio corresponde en los activos sociales, el liquidador convocará a la junta de socios para que le apruebe sus cuentas y considere y apruebe el acta final de liquidación, que contiene la distribución del remanente de los activos sociales.

Cuando la Superintendencia de Sociedades ordenó al liquidador en su Oficio EL-17484 de 29 de agosto de 1980 ceñirse a ese procedimiento para liquidar la sociedad, implícitamente desvirtuó su propia orden de revertir los asientos contables impartida con anterioridad al mismo liquidador, como quiera que al someter, como lo hizo, a la junta de socios la decisión de lo concerniente a las cuentas del liquidador y a la distribución del remanente de los activos sociales entre los asociados, también, implícita e inevitablemente, le estaba sometiendo a ese órgano social lo relativo a los gastos ocasionados con motivo de los tribunales de arbitramento.

De otra parte, expresa el demandante que la orden de reversión excede las atribuciones de la Superintendencia por tratarse de un asunto patrimonial sobre el cual existen diferencias entre los socios y entre algunos de éstos y el liquidador. Decidir esta controversia corresponde a la justicia ordinaria o a la arbitral, caso de haber sido esta última pactada, pero nunca a la Superintendencia. Por esta razón se violó el artículo 61 de la C. N.

Conforme al artículo 248 del C. de Co., cumplidas las ritualidades de la liquidación en dicha norma señalada, "se tendrán por aprobadas las cuentas de los liquidadores, las cuales no podrán ser posteriormente impugnadas", mandato que confirma de manera inequívoca el artículo 279, según el cual "cumplida en forma legal la liquidación de una sociedad sometida a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, la aprobará a solicitud de los liquidadores. De esto se desprende que cuando se ha surtido un proceso de liquidación con el lleno de los requisitos legales, a la Superintendencia no le queda otro camino que impartirle seguramente su aprobación.

En su alegato de conclusión el demandante no hace otra cosa que reafirmar lo ya dicho en el libelo demandatorio y expresa que deben definirse las siguientes cuestiones que inciden en la definición del problema jurídico sometido a la consideración de esta Sala:

"1. Si la Superintendencia estaba o no facultada para expedir la mencionada orden de reversión de asientos contables.

"2. Si al ordenar la Superintendencia la legalización del procedimiento de liquidación de Urbanización Antiguo Morato Ltda., cumplido hasta ese momento, anuló su orden anterior de revertir asientos contables.

"3. Si la citada orden de reversión de asientos en cuanto afecta la distribución del remanente de los activos sociales pudo ser válidamente impartida por la Superintendencia con independencia de la junta o asamblea de socios o más aún, en contra de decisión emanada de la misma.

"4. Si aprobada legalmente el acta final de liquidación puede ser modificada por una orden de la Superintendencia no relacionada con irregularidades en el procedimiento de liquidación.

"5. La acción de los asociados y de terceros contra el liquidador por razón de la sociedad, prescribe en cinco años a partir de la fecha de aprobación de la cuenta final de liquidación".

II. CONCEPTO DEL FISCAL

El señor Fiscal Primero de la Corporación en su concepto de fondo solicita a esta Sala que se declare inhibida para proferir fallo de mérito por falta de agotamiento de la vía gubernativa. Sustenta su petición expresando que el segundo de los actos impugnados expresa, entre otras cosas, lo siguiente:

"Por las razones expuestas, este despacho insiste en las órdenes impartidas en el Oficio EL-16614 del 28 de agosto del presente año. Para proceder de conformidad se le fija un nuevo plazo que vencerá el 5 de enero de 1982". Por esta circunstancia la vía gubernativa no estaba debidamente agotada cuando se presentó la demanda, razón por la cual no debió ser admitida, pero como así lo fue, debe proferirse fallo inhibitorio".

En cuanto al aspecto de fondo considera la Fiscalía que no debe accederse a la nulidad impetrada. Por cuanto el objeto mismo y contenido de los oficios demandados, guardan relación directa con lo mismo de la Resolución No. 713 de marzo 28 de 1979 demandada en el proceso 2817 y en el cual se negaron las pretensiones de quien ahora es accionante y que en aquella ocasión también lo fue.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Ejecutoriado el auto de citación para sentencia y no hallándose causal que invalide lo actuado en el presente juicio, se procede a decidirlo previas las siguientes consideraciones:

A. LA EXCEPCION DE FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA VIA GUBERNATIVA PROPUESTA POR EL SEÑOR FISCAL

El señor Fiscal Primero de la Corporación, como se vio antes, ha solicitado a la Sala que profiera fallo inhibitorio por no haberse agotado la vía gubernativa. Sostiene que a las órdenes impartidas en el Oficio EL-16614 del 28 de agosto de 1981 se les fijó un nuevo plazo que venció el 5 de enero de 1982, según el Oficio EL-22663.

La Sala no encuentra razón alguna para considerar no agotada la vía gubernativa, por cuanto ésta se entiende agotada, según lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto-ley 2733 de 1959, al producirse alguno de los siguientes eventos:

a) Cuando las providencias o actos respectivos no son susceptibles de ninguno de los recursos de reposición o apelación;

b) Cuando los expresados recursos han sido decididos, y

c) Cuando interpuestos algunos de los recursos antes señalados ha transcurrido un mes sin que recaiga decisión resolutoria sobre ellos.

Estudiado el caso sub-judice se encuentra que el actor demanda dos actos administrativos contenidos en los siguientes oficios:

1. El distinguido con el No. EL-16614 de 28 de agosto de 1981, en virtud del cual se expresa que "se abstiene de aprobar la liquidación de esa sociedad (Urbanización Antiguo Morato Ltda.), hasta tanto se dé cumplimiento al literal c) del artículo 1o. de la Resolución No. 713 del 28 de marzo de 1977, providencia que fue confirmada por el Consejo de Estado en sentencia del 25 de mayo de 1979, en la que se ordena al liquidador 'la reversión de los asientos, por los cuales se cargó a los socios capitalistas la parte de honorarios que le correspondía cancelar al socio industrial Urbanización Martínez Cárdenas y Cía. Ltda., causadas por los tribunales de arbitramento respectivos ya que en los mismos se dispuso que no había condena de costas y por tanto dichos honorarios corrían por cuenta de todos los socios que intervinieron en él".

2. El otro oficio es el distinguido con el No. EL-22663 de 30 de noviembre de 1981, en el cual, después de acusar recibo de un escrito radicado el 17 de septiembre de 1981, se expresa que "por las razones expuestas, este Despacho insiste en las órdenes impartidas en el Oficio EL-16614 del 28 de agosto del presente año.

"Para proceder de conformidad se le fija un nuevo plazo que vencerá el 5 de enero de 1982".

Como quiera que la última decisión modificó la anterior en cuanto fijó un nuevo plazo para que se cumpliera por el liquidador lo dispuesto por la Superintendencia en la Resolución No. 713 del 28 de marzo de 1977, debe entenderse que con él quedó agotada la vía gubernativa, ya que contra estos actos el único recurso posible es el de reposición. Por consiguiente, la excepción de inepta demanda por falta de agotamiento de la vía gubernativa no ha sido demostrada.

B. LOS CARGOS DE ILEGALIDAD CONTRA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ACUSADOS

Aunque el actor señala entre las normas violadas por los actos administrativos acusados el artículo 61 de la C. N., en realidad se contrae a un sólo cargo consistente en afirmar que dichos actos se expidieron con violación de los artículos 247, 248, 249 y 279 del C. de Co., porque conforme a dichas normas, cumplidas las ritualidades de la liquidación en ellas señaladas, "se tendrán por

aprobadas las cuentas de los liquidadores, las cuales no podrán ser posteriormente impugnadas, mandato que confirma de manera inequívoca el artículo 270, según el cual 'cumplida en forma legal la liquidación de una sociedad sometida a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, la aprobará a a solicitud de los liquidadores'. Esto es, que el cargo qué se le hace a los actos impugnados consiste únicamente en que la Superintendencia no puede hacer observaciones a las cuentas de los liquidadores de una sociedad, cuando éstas hayan sido aprobadas o se tengan por aprobadas con las formalidades legales.

Con respecto al cargo anterior la Sala se permite hacer las siguientes consideraciones:

En primer lugar se observa que en los actos administrativos acusados la Superintendencia no expresa nada contrario a lo dispuesto en los artículos 247, 248 y 249 del C. de Co. Antes por el contrario, los reafirma en forma inequívoca al expresar en el Oficio EL-22663 de 30 de noviembre de 1981 que "el hecho de que la cuenta final de liquidación haya quedado aprobada por ministerio de la ley, en razón de haberse agotado el trámite establecido en el artículo 248 ibídem, no implica que se hayan subsanado todas las irregularidades que se hubieren cometido a lo largo del proceso; es así como no puede entenderse que dicha aprobación dejó sin ninguna base la exigencia de la Superintendencia formulada en el literal c) de la Resolución No. 713 del 28 de marzo de 1977".

En opinión de esta Sala el núcleo del problema jurídico planteado en el caso sub-judice radica en la interpretación del artículo 279 del C. de Co., en la cual difieren el actor y la Superintendencia de Sociedades, porque mientras el primero sostiene en su libelo "que surtido un proceso de liquidación con el lleno de los requisitos legales, ...a la Superintendencia no le queda camino distinto, de acuerdo con los citados preceptos, que el de impartirle seguidamente su aprobación"; en cambio la Superintendencia sostiene en el Oficio EL-22663 que ella "tiene facultad dentro de las funciones de inspección y vigilancia, (sic) la de investigar las irregularidades y en orden a su normalización, (sic) aplicar los correctivos necesarios". Agrega luego que "es así como este Despacho ordenó la reversión contable anotada, teniendo en cuenta que dichos honorarios debían ser cancelados por el socio industrial y no por la sociedad, lo cual no se encontraba en discusión o litigio, pues el Tribunal de Arbitramento estableció claramente que cada parte debía sufragar sus propios gastos, luego constituye una grave irregularidad que dichos gastos se hubieren cargado a la sociedad".

El artículo 279 del C. de Co. expresa lo siguiente: "Cumplida en forma legal la liquidación de una sociedad sometida a su vigilancia, la Superintendencia de Sociedades la aprobará a solicitud de los liquidadores".

Estima la Sala que la aprobación que la Superintendencia de Sociedades debe darle a la liquidación de una sociedad sometida a su vigilancia no es automática, porque de ser así resultaría inútil la norma, puesto que conforme a los artículos 247 y 248 las cuentas de los liquidadores y el acta de la distribución del remanente de los activos sociales entre los asociados debe hacerse por el voto favorable de la mayoría de los asociados que concurran o si no concurren y se llenan las formalidades legales se entienden aprobadas por ministerio de la ley. Si ya están aprobadas en la forma antes indicada y la ley exige que la

Superintendencia de Sociedades a solicitud de los liquidadores apruebe la liquidación de las sociedades sometidas a su vigilancia, es para que verifique si tal liquidación se llevó a cabo "en forma legal", y es únicamente cuando así se haya cumplido cuando surge la obligación de la Superintendencia de aprobarla. Es que esta intervención de la Superintendencia de Sociedades la hace en ejercicio de sus atribuciones de inspección y vigilancia, la cual tiene por objeto que las sociedades comerciales en su formación y funcionamiento se ajusten a las leyes y decretos y de que se cumplan normalmente sus propios estatutos, según lo previsto en el C. de Co. o en leyes posteriores (artículo 266 C. de Co.).

Ahora bien: en el caso sub-judice la Superintendencia se limita a exigir en forma insistente que se le dé cumplimiento por parte del liquidador de la Urbanización Antiguo Morato Ltda. a lo dispuesto por ella en el literal c) de la Resolución No. 713 del 28 de marzo de 1977, disposición que no ha sido impugnada en el presente proceso y que, por lo que la misma Superintendencia informa en su Oficio EL-22663, no fue anulada por el Consejo de Estado en sentencia del 25 de mayo de 1979, habiendo sido impugnada por quien es demandante en el presente proceso. Así, pues, que estando vigente la orden dada al liquidador de revertir los asientos contables por los cuales se cargó a la sociedad la parte de los honorarios que le correspondía cancelar al socio industrial Urbanización Martínez Cárdenas y Cía. Ltda., dicha norma debe cumplirse por provenir de una autoridad, la que no lo ha revocado expresa ni tácitamente.

Lo expuesto es suficiente para concluir que las súplicas de la demanda no pueden prosperar, ya que no han sido infringidas las normas señaladas por el actor.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído su colaborador Fiscal,

FALLA:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veinticinco de marzo de mil novecientos ochenta y tres.

Mario Enrique Pérez V., Jacobo Pérez Escobar, Samuel Buitrago Hurtado, no asistió; **Roberto Suárez Franco**

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario

CESANTIA. El artículo 36 del Decreto-ley 3118 de 1968 autoriza para que durante el tiempo de servicio, cualquiera que sea éste, pueden los empleados oficiales solicitar avances sobre su cesantía, no puede el director general del Fondo Nacional del Ahorro establecer restricciones a ese derecho. Declárase la nulidad del literal b) del artículo 5o. del Acuerdo No. 162 de 1981 expedido por la junta directiva del Fondo Nacional del Ahorro y de los literales b) y c) del Art. 2o. de la Resolución 1674 de 1981 proferida por el director general del Fondo Nacional del Ahorro.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Bogotá, D.E, veintidós de abril de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Jacobo Pérez Escobar**

Actor: **Pablo Emilio Cruz Samboni**

Expediente No. 3.980

El abogado Pablo Emilio Cruz Samboni, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 66 del C.C.A., ha demandado de esta Corporación que se declare la nulidad del literal b) del artículo 5o. del Acuerdo No. 162 de 1981 expedido por la junta directiva del Fondo Nacional del Ahorro y de los literales b) y c) del artículo 2o. de la Resolución No. 1674 de 1981 expedida por el director general del Fondo Nacional del Ahorro.

I. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

El actor señala como normas violadas por los actos administrativos acusados los artículos 36 del Decreto-ley 3118 de 1968; 19 literal u) del Acuerdo 01 de 1971, aprobado por el Decreto 572 del mismo año; 55 y 76 de la C.N.

En cuanto al concepto de la violación, el demandante lo sintetiza cuando hace la solicitud de suspensión provisional de las normas acusadas en los siguientes términos:

"Solicito simultáneamente que, en el mismo auto en que se disponga la admisión de la presente demanda, se decrete la suspensión provisional de la letra b) del artículo 5o. del Acuerdo No. 162 del 21 de mayo de 1981 expedido por la junta directiva del Fondo Nacional del Ahorro y de las letras b) y c) del artículo 2o. de la Resolución 01674 de 1981 proferida por el director del mismo Fondo, por cuanto se reúnen las condiciones exigidas al efecto por el artículo 94 del Código Contencioso Administrativo, como lo explico a continuación:

"a) En primer lugar, existe una manifiesta o notoria violación de una norma positiva de derecho, que resulta de la simple confrontación de la disposición acusada con aquella que se estima violada, sin necesidad de disquisición alguna, es decir, 'prima facie' como lo exige reiterada jurisprudencia de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. En efecto, las normas acusadas disponen:

"Artículo 5o. Establécense como requisitos generales para tramitar cualquier avance de cesantías, los siguientes: .....

"b) No haber recibido pago anticipado de cesantía *durante los cinco (5) últimos años*, contados respectivamente a partir de la fecha de la presentación de la nueva solicitud". (Subrayamos) (Acuerdo 162 de 1981).

"Artículo 2o. Establécense, como requisitos generales para tramitar cualquier avance de cesantías, los siguientes: .....

"b) No haber recibido pago anticipado de cesantías durante los cinco (5) últimos años, contados respectivamente a partir de la fecha de la presentación de la nueva solicitud.

"c) Haber completado, en el momento de presentación de la solicitud por lo menos cinco (5) años continuos de servicio en la entidad vinculada al Fondo Nacional del Ahorro por la cual se solicita el avance". (Resolución 01674 de 1981).

"Por su parte, el artículo 36 del Decreto-ley 3118 de 1968 ordena:

"Artículo 36. Avance sobre cesantías. *Durante el tiempo de servicio,* el empleado público o trabajador oficial podrá solicitar entrega de la totalidad o parte de los dineros acreditados a su favor en el Fondo Nacional del Ahorro, o podrá autorizar al Fondo entregas en favor de terceras personas o del propio Fondo, *pero únicamente para los fines previstos en el artículo 16.*

"Es entendido que el Fondo podrá aprobar o negar las solicitudes que se formulen en desarrollo del inciso anterior, *teniendo en cuenta los criterios mencionados en el artículo 15, literal a)".* (Subrayamos).

"Lo establecido en la letra b) del artículo 5o. del Acuerdo 162 de 1981 y en las letras b) y c) del artículo 2o. del la Resolución 01674 de 1981, es claramente opuesto al artículo 36 del Decreto 3118 de 1968, pues introducen como requisitos para solicitar el pago anticipado de cesantía, no haber recibido otro pago del mismo carácter *'durante los cinco (5) últimos años'*, y haber completado *'por lo menos cinco (5) años continuos de servicio'* en la entidad respectiva, cuando el artículo 36 del Decreto 3118 de 1968 ampliamente establece que ese derecho existe *'durante el tiempo de servicio'*, sin limitación alguna, pues las únicas restricciones para el ejercicio del derecho que la norma estatuye son las relativas a las finalidades a las cuales se va a destinar la suma respectiva, y los criterios del artículo 15o. literal a) que no hacen relación a aspectos tales como el tiempo transcurrido después de haber obtenido un anticipo de cesantía o el tiempo de vinculación a la administración. La violación es flagrante y ostensible sin necesidad de mayores razonamientos. Surge de la simple confrontación de los textos".

II. ALEGATO DE LA PARTE IMPUGNADORA

Durante el proceso se hizo presente y fue admitido como parte impugnadora el Fondo Nacional de Ahorro, el que, por conducto de apoderado, en primer lugar interpuso el recurso de súplica contra el auto del magistrado sustancia-

dor de 6 de julo de 1982 en cuanto decretó la suspensión provisional del literal b) del artículo 5o. del Acuerdo No. 162 de 1981, expedido por la junta directiva del Fondo Nacional del Ahorro, y de las letras b) y c) del artículo 2o. de la Resolución 1674 de 1981 proferida por el director general del Fondo Nacional del Ahorro, súplica que fue resuelta desfavorablemente por la Sala de Decisión mediante auto de 14 de septiembre de 1982, con ponencia del Consejero Dr. Mario Enrique Pérez.

Posteriormente en su alegato de conclusión el Fondo Nacional del Ahorro solicita que sean denegadas las súplicas de la demanda o en su defecto se inhiba la Corporación a fallar de mérito dichas súplicas, con fundamento en los siguientes argumentos:

"El Decreto 3118 de 1968 por medio del cual se creó el Fondo Nacional del Ahorro, se refiere en el artículo 36 a los 'avances sobre cesantías' para los fines previstos taxativamente en el artículo 16 es decir, compra de vivienda o solar para edificarla, construcción de vivienda, mejora de la misma o liberación de gravámenes hipotecarios que pudiesen existir sobre tal vivienda.

"Ante la solicitud, el Fondo tiene la opción de aprobarla o negarla, para lo cual está sometido a los criterios señalados por el literal a) del artículo 17 del Decreto 3118.

Esta norma, atinente a las operaciones del Fondo en relación con el otorgamiento de préstamos e inversiones en vivienda, los condiciona sometiéndolos a la *"Seriedad de las operaciones propuestas"*, y a que "El saldo en el Fondo a favor del empleado o trabajador interesado *indiquen que el préstamo va a serle provechoso y que la operación, es socialmente útil, y aconsejable* desde el punto de vista comercial para el empleado o trabajador". (Las subrayas no son del texto).

"4. Si se toman en cuenta los objetivos del Fondo Nacional de Ahorro (artículo 2o. del D.L. 3118 de 1968) corresponde a la entidad la misión de pagar oportunamente el auxilio de *cesantía* a los empleados públicos y trabajadores oficiales; *protegerlo* contra la depreciación monetaria y *contribuir a la solución del problema de vivienda* de los servidores del Estado, etc. La junta directiva tiene como misión la de dirigir el Fondo para el cumplimiento de los fines determinados por la ley.

"5. Muy comedidamente pienso que no existía exceso de los actos demandados en relación con la norma superior.

"Estos actos demandados estaban dirigidos al cumplimiento de las finalidades previstas en el artículo 16. Y para proteger la recta finalidad del auxilio de cesantía el Fondo tiene que constatar 'La seriedad de las operaciones propuestas' y que el saldo que se le entregue al empleado o trabajador va a ser utilizado en provecho del mismo trabajador para lo cual debe constatarse que la operación sea útil y aconsejable.

"6. Insisto en la afirmación de que el exceso de las normas suspendidas provisionalmente es aparente. Que para juzgar sobre su legalidad lo aconsejable es tomar y considerar el conjunto del Decreto 3118.

"ACUERDO No. 243 DE 1o. DE OCTUBRE DE 1982

"Producida la suspensión provisional que tuvo a bien decretar la H. Sala y como las solicitudes presentadas al Fondo continuaron su flujo normal, la junta directiva de la entidad dictó el Acuerdo No. 243 del 1o. de octubre de 1982 suprimiendo las disposiciones aparentemente ilegales y en consecuencia en su artículo 10 derogó las normas que pudiesen ser contrarias.

"Es por esta razón por la que al principio de este escrito solicité, y ahora reitero tal petición, que la Honorable Sala se sirva dictar un fallo inhibitorio, en el caso de que no se consideren válidas las anteriores argumentaciones".

III. CONCEPTO DEL FISCAL

El señor Fiscal Primero de la Corporación en su concepto de fondo pide a esta Sala que declare las nulidades impetradas en la demanda con fundamento en las razones que fueron dadas para decretar la suspensión provisional de las normas acusadas. Considera que no debe haber fallo inhibitorio porque el nuevo Acuerdo No. 243 de 1o. de octubre de 1982 expedido por la junta directiva del Fondo Nacional de Ahorro no deroga expresamente las normas acusadas aunque se haya hecho alusión a la suspensión provisional en los considerandos de dicho acuerdo. Al respecto expresa textualmente lo siguiente:

"Aunque ha sido jurisprudencia constante del H. Consejo de Estado, 'que cuando se ejercita la acción de simple nulidad contra un acto de la administración que posteriormente queda derogado o sustituido por otro, no hay lugar a entrar al pronunciamiento de fondo en razón de que hay sustracción de materia y falta de objeto práctico en la sentencia'; a pesar de lo antes dicho, considera este Despacho que en el nuevo Acuerdo (No. 243) no hay una derogatoria expresa del acusado aunque se haya hecho alusión a la suspensión provisoria decretada en el aparte de las consideraciones del mismo Acuerdo No. 243, y como quiera que la Resolución 1674 de 1981 expedida por el director general del Fondo Nacional del Ahorro, también acusada, quedaría viva, es menester declarar la nulidad de las normas acusadas, pues existen intereses de los afiliados a dicha entidad, que son casi la totalidad de los empleados del nivel central de la rama ejecutiva del poder público. Ese es el pensamiento de este Despacho, habida consideración de la actuación posterior del Fondo Nacional del Ahorro, expidiendo un nuevo acuerdo para tratar de eludir la anulación del acusado, pero sin mencionar expresamente la derogatoria del Acuerdo No. 162, en nada puede incidir en el presente pronunciamiento".

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Habiéndose ejecutoriado el auto de citación para sentencia y no hallándose causal que invalide lo actuado en el presente juicio, se procede a decidirlo previas las siguientes consideraciones:

1. La parte impugnadora ha solicitado a esta Corporación que se declare inhibida para hacer un pronunciamiento de mérito de las pretensiones de la demanda, dando como razón para ello el hecho de la expedición del Acuerdo No. 243 de 1o. de octubre de 1982, "por el cual se establecen requisitos para solicitar y obtener pagos de avances de cesantías", cuyo artículo 10 expresa que

dicho acuerdo rige a partir de la fecha de su expedición "y deroga las normas que le sean contrarias".

Con respecto a la anterior solicitud de sentencia inhibitoria, la Sala comparte el criterio del señor agente del ministerio público en su integridad, por cuanto si bien es cierto que en el considerando 4o. del Acuerdo 243 se expresa que él se dicta "con el fin de llenar el vacío normativo creado por la suspensión provisional y parcial del Acuerdo 162 de 1981", no es menos cierto que no hubo derogatoria expresa de las normas acusadas del Acuerdo 162 de 1981 y mucho menos de la Resolución 1674 de 1981 expedida por el director general del Fondo Nacional de Ahorro, igualmente impugnada en el presente proceso, lo que podría dar pie a que por algunos se estimarán vigentes las normas acusadas, si no se anulan.

2. En cuanto a las razones de fondo que expone la parte impugnadora para que no se acceda a las súplicas de la demanda, ellas ya fueron consideradas por la Sala de Decisión al resolver el recurso de súplica interpuesto por la impugnadora contra la providencia del magistrado ponente que decretó la suspensión provisional. Por consiguiente, la situación jurídica planteada en el caso sub-judice, y que fue tenida en cuenta para proferir el decreto de suspensión provisional, no ha cambiado, lo que lleva a esta Sala a que con las mismas consideraciones dadas para decretar la medida previsoria y para la confirmación de dicho decreto se declare la nulidad de las disposiciones acusadas.

El magistrado ponente decretó la suspensión provisional mediante auto de 6 de julio de 1982 por las siguientes razones jurídicas:

"1. El Decreto-ley 3118 de 1968 en su artículo 36 establece que 'durante el tiempo de servicio, el empleado público o trabajador oficial podrá solicitar entrega de la totalidad o parte de los dineros acreditados a su favor en el Fondo Nacional del Ahorro, o podrá autorizar al Fondo entregas en favor de terceras personas o del propio Fondo, pero únicamente para los fines previstos en el artículo 16.

"Es entendido que el Fondo podrá aprobar o negar las solicitudes que se formulen en desarrollo del inciso anterior, teniendo en cuenta los critrios mencionados en el artículo 15, literal a)".

"Por su parte el literal b) del artículo 5o. del Acuerdo No. 162 de 1981 expedido por la junta directiva del Fondo Nacional del Ahorro, es del siguiente tenor:

"Establécense como requisitos generales para tramitar cualquier avance de cesantías, los siguientes:

"b) No haber recibido pago anticipado de cesantía durante los cinco (5) últimos años, contados respectivamente a partir de la fecha de la presentación de la nueva solicitud".

"Hecha la confrontación de la norma acusada con la del artículo 36 del Decreto-ley 3118 de 1968, se encuentra sin ningún esfuerzo intelectual que mientras este último artículo expresa que el empleado público o trabajador oficial podrá solicitar *durante el tiempo de servicio* entrega de la totalidad o parte de los dineros acreditados a su favor en el Fondo Nacional del Ahorro, el

literal b) del artículo 5o. del Acuerdo No. 162 de 1981 dispone que el mencionado avance de cesantía sólo puede obtenerse si durante los cinco últimos años, a partir de la fecha de la anterior solicitud, no se ha recibido ningún anticipo de la misma. Esto es, que el acuerdo modifica las condiciones establecidas por la ley para tener drecho a solicitar y recibir el pago anticipado de la cesantía.

"De lo expresado se desprende que la norma impugnada cuya suspensión provisional se solicita viola en forma flagrante la norma superior de derecho indicada como infringida.

"2. En cuanto a los literales b) y c) del artículo 2o. de la Resolución 1674 de 1982 proferida por el director general del Fondo Nacional del Ahorro, encuentra esta Sala Unitaria que también violan en forma flagrante lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto-ley 3118 de 1968, ya que establecen nuevos requisitos para que los empleados públicos o trabajadores oficiales puedan solicitar la entrega de la totalidad o parte de los dineros acreditados a su favor en el Fondo Nacional del Ahorro. Pues dichos literales expresan lo siguiente:

"Establécense como requisitos generales para tramitar cualquier avance de cesantías, los siguientes:

"b) No haber recibido pago anticipado de cesantías durante los cinco (5) últimos años, contados respectivamente a partir de la fecha de la presentación de la nueva solicitud.

"c) Haber completado, en el momento de presentación de la solicitud por lo menos cinco (5) años continuos de servicio en la entidad vinculada al Fondo Nacional del Ahorro por lo cual se solicita el avance". (Resolución 01674 de 1981).

"Si el artículo 36 del Decreto-ley 3118 de 1968 autoriza para que durante el tiempo de servicio, cualquiera que sea éste, puedan los empleados oficiales solicitar avances sobre su cesantía, no puede el director general del Fondo Nacional de Ahorros establecer restricciones a ese derecho disponiendo que para poder hacer dicha solicitud deba el interesado acreditar que por lo menos ha estado cinco años continuos al servicio de la entidad vinculada al Fondo Nacional del Ahorro".

La Sala de Decisión confirmó la providencia anterior mediante auto de 14 de septiembre de 1982, en el cual expresó lo siguiente:

"Lo que la lógica elemental aconseja para determinar si una norma de inferior jerarquía contraría una superior, es hacer la confrontación del contenido de una y otra. Sólo que cuando se trata de la suspensión provisonal de los actos administrativos acusados se exige que la oposición surja notoria y claramente de la mera comparación, sin que haya necesidad de establecer la violación acudiendo a razonamientos jurídicos complejos.

"Empleando en el presente asunto el anterior sistema, se llama prima facie a la conclusión de que mientras el artículo 36 del Decreto-ley 3118 de 1968 autoriza a los empleados públicos y trabajadores oficiales para solicitar del Fondo Nacional de Ahorro la entrega total o parcial de los dineros acreditados a favor de ellos ante el mencionado Fondo para los fines indicados en el artículo 16 del mismo, con sometimiento a los criterios mencionados en el literal a) del

artículo 17 ibídem, el literal b) del artículo 5o. del Acuerdo No. 162 de 1981, de la junta directiva del aludido Fondo, instituyó un requisito nuevo, esto es, no contemplado en el aludido decreto-ley, cual es el de no haber recibido pago anticipado de cesantía durante los últimos cinco años de servicio, contados desde la fecha de la nueva solicitud hacia atrás.

"El mismo resultado anterior se obtiene, en principio, al establecer el paralelo entre los literales b) y c) del artículo 2o. de la Resolución No. 01674 de 1981, del director general del Fondo en cuestión, en atención a que el contenido del literal b) en referencia es totalmente igual al literal b) del artículo 5o. del Acuerdo 162 y a que el literal c) consagra otra nueva exigencia, consistente en que el empleado o trabajador oficial tengan al momento de presentar la solicitud no menos de cinco años continuos al servicio de la entidad vinculada al Fondo.

"Fácilmente se observa que los nuevos requisitos de que se viene hablando fluyen por sí solos, con entidad propia de la simple comparación de que se ha hablado, y que ellos se podrían considerar como adiciones condicionantes del artículo 36 del Decreto-ley 3118 de 1968, que, por lo mismo, limitan el derecho de los empleados y trabajadores oficiales.

"A la conclusión que antecede ha llegado la Sala analizando el Decreto 3118 de 1968, tomando en conjunto las disposiciones pertinentes de él, tal como lo reclama la entidad impugnadora".

Por las razones expuestas se llega a la conclusión de que la Sala debe proferir fallo de mérito y en el sentido de declarar la nulidad de las normas acusadas.

Por consiguiente, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con su colaborador fiscal,

FALLA:

Declárase la nulidad del literal b) del artículo 5o. del Acuerdo No. 162 de 1981 expedido por la junta directiva del Fondo Nacional del Ahorro y de los literales b) y c) del artículo 2o. de la Resolución 1674 de 1981 proferida por el director general del Fondo Nacional del Ahorro.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha quince de abril de mil novecientos ochenta y tres.

Mario Enrique Pérez V., Jacobo Pérez Escobar, Samuel Buitrago Hurtado, Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario

CAMARA DE COMERCIO. Elección de directivas. Es al Gobierno Nacional a quien compete la determinación de los porcentajes de comerciantes inscritos o matriculados para la elección de tales directivas. Decrétase la nulidad de la Resolución No. 734 de 9 de junio de 1982, emanada de la Superintendencia de Industria y Comercio.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Bogotá, D.E., veintinueve de abril de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Mario Enrique Pérez**

Actor: **Alberto Díaz Rubio**

Referencia: Expediente No. 4.002

El ciudadano, abogado y comerciante matriculado en la Cámara de Comercio de Bogotá, Alberto Díaz Rubio demandó ante el Consejo de Estado la nulidad de la Resolución No. 734 de 9 de junio de 1982, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, "Por la cual se determinan los porcentajes mínimos de votantes para la validez de la elección de los miembros de las juntas directivas de las Cámaras de Comercio del país".

EL ACTO ACUSADO

La resolución impugnada fue expedida por el mencionado superintendente con invocación de sus atribuciones legales y, en especial, de las que le confieren los Decretos No. 410 de 1971 y 1520 de 1978.

El contenido de la aludida resolución es, en síntesis, el siguiente: por el artículo 1o. determina los porcentajes mínimos requeridos para la validez de las elecciones de los directivos de las Cámaras de Comercio que él enumera; por el artículo 2o. hace igual determinación con respecto a las Cámaras de Comercio que el mismo relaciona, y por el artículo 3o. establece que para que sea válida la elección de tales miembros "el porcentaje de electores que deberán concurrir a ejercer el derecho a sufragar no podrá ser inferior al porcentaje fijado en esta resolución".

LA DEMANDA

A. La demanda se fundamentó en los siguientes hechos:

"1. De conformidad con los artículos 82 del Código de Comercio y el artículo 16 del Decreto Reglamentario 1520 de 1978, el segundo viernes hábil del presente mes de junio, o sea el 11 de junio pasado, se celebraron en las Cámaras de Comercio del país las asambleas para elegir los directivos de dichas Cámaras.

"2. El artículo 82 del mismo Código de Comercio dispone que dichas asambleas se reunirán por derecho propio cada dos años y que "El Gobierno reglamentará el procedimiento, la vigilancia y demás formalidades de estas elecciones".

"3. En uso de tal facultad reglamentaria el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1520 de 1978 y en su artículo 13 dispuso: 'el Gobierno Nacional determinará los porcentajes de comerciantes inscritos o matriculados que cada Cámara requiera para la validez de la elección, procurando que sean suficientemente representativos del número total de inscritos".

"Igualmente, señalará los requisitos paras las elecciones que deben efectuar los afiliados, asimismo los porcentajes necesarios para la validez de las mismas".

"Desde la vigencia del Código de Comercio, 1o. de enero de 1972, el Gobierno Nacional ha fijado para cada elección en las Cámaras por medio de la expedición de un decreto, los porcentajes de comerciantes inscritos o matriculados, lo mismo que los porcentajes que cada Cámara requiere para la validez de las elecciones en cada una.

"En el año de 1980, fecha de la anterior elección, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1487 de junio de 1980, publicado en el Diario Oficial No. 35549 de 2 de julio de 1980, fijando los porcentajes mínimos de electores que deberían concurrir a las Cámaras de Comercio para la elección de directores para el período 1980-1982 y así cada dos años, en víspera de la reunión de las asambleas respectivas en las Cámaras de Comercio, el Gobierno nacional ha fijado siempre estos porcentajes y requisitos por medio de decreto ejecutivo.

"4. Para el presente año de 1982, el Gobierno Nacional expidió decreto alguno al respecto y la Superintendencia de Industria y Comercio expidió la Resolución No. 734 de 9 de junio de 1982, determinando los porcentajes mínimos requeridos para la validez de las elecciones de las Cámaras de Comercio en todo el país, lo mismo que el porcentaje mínimo de electores que deberían concurrir a ejercer el derecho del sufragio en cada una de ellas".

b) Como disposiciones violadas por la resolución acusada señala los artículos 57 de la Constitución Nacional, 82 del Código de Comercio y 13 del Decreto Reglamentario 1520 de 1978.

c) El concepto de la transgresión fue dado por el actor en los siguientes términos:

"Al expedir el señor superintendente de Industria y Comercio la citada Resolución 734 de 9 de junio de 1982, fijando los porcentajes mínimos requeridos para las elecciones en las Cámaras de Comercio, se atribuyó una facultad de la cual carece, pues la facultad de determinar los porcentajes de comerciantes inscritos o matriculados que cada Cámara de Comercio requiere para la validez de la elección y los porcentajes necesarios de la misma, le corresponde al Gobierno Nacional de acuerdo con el artículo 13 del Decreto Reglamentario 1520 de 1978; y de conformidad con la Constitución Nacional y numerosas doctrinas tanto de la Honorable Corte Suprema de Justicia, como de ese Honorable Consejo de Estado, el Gobierno Nacional lo componen el Presidente de la República y el ministro o jefe del Departamento Administrativo correspondiente; y para este caso, y estando la Superintendencia de Industria y Comercio, adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico, el Gobierno Nacional son el Presidente de la República y el Ministro de Desarrollo Económico.

"En ningún caso puede interpretarse la ley como que el Gobierno Nacional es la Superintendencia de Industria y Comercio, porque la función de vigilancia y control que ella tiene sobre las Cámaras de Comercio no la faculta para reglamentar las elecciones de las mismas, ya que la disposición del artículo 13 del citado Decreto 1520 de 1978 no da lugar a duda, cuando la atribuye expresamente al 'Gobierno Nacional' ".

"Con la expedición de la citada Resolución No. 734 de 9 de junio de 1982, al señor Superintendente de Industria y Comercio violó a más del citado artículo 13 del Decreto 1520 de 1978, el artículo 30 del Acto Legislativo número uno (1) de 1945 que corresponde al artículo 57 de la actual codificación constitucional".

EL PROCESO

El accionante solicitó en la demanda la suspensión del acto impugnado, por estimar que había una manifiesta violación de los artículos 13 del Decreto 1520 de 1978 y 57 de la Carta Política, medida a la cual accedió el Consejero Sustanciador mediante auto de 23 de julio de 1982, al cual se hará posterior referencia.

El señor Fiscal Primero de la Corporación solicitó en su concepto de fondo que se acaten las peticiones de la demanda haciendo hincapié en el auto sobre suspensión provisoria, que transcribió.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Ya se dijo que por haber quedado establecido que la resolución cuestionada en este proceso viola ostensiblemente los artículos 57 de la Constitución Nacional y 13 del Decreto Reglamentario 1520 de 1978, fue decretada por esta Corporación la suspensión provisional de la misma. Y en vista de que los razonamientos jurídicos expuestos para decretar la anotada medida cautelar no han tenido variación alguna, la Sala los adopta como fundamento de la presente providencia de fondo.

Se expuso en el proveído sobre suspensión provisional:

"3. En vista de que la violación, en la modalidad de manifiesta, como lo exige el artículo 94 del C.C.A., está señalada por el actor frente a los artículos 57 de la Constitución Nacional y 13 del Decreto Reglamentario 1520 de 1978, a ellos se circunscribe el análisis correspondiente. Mas por razones de método se principia por el estudio del último.

"4. Al hacer la confrontación entre el acto acusado y el artículo 13 del Decreto 1520 de 1978, decreto que reglamenta el Título VI del Libro 1o. del Código de Comercio, referente a las Cámaras de Comercio, se llega, en principio, prima facie, a la conclusión de que el acto enjuiciado quebranta dicho artículo 13, que hace parte del Capítulo 3o., concerniente a las elecciones, y que dice:

"Porcentaje. El Gobierno Nacional determinará los porcentajes de comerciantes inscritos o matriculados que cada cámara requiera para la validez de

la elección, procurando que sean suficientemente representativos del número total de inscritos.

"Igualmente, señalará los requisitos para las elecciones que deben efectuar los afiliados, así como los porcentajes necesarios para la validez de las mismas".

"La transgresión anotada es clara y surge de manera ostensible de la mera comparación con el acto aquí cuestionado, puesto que la norma transcrita le atribuye directamente al Gobierno Nacional la determinación de los porcentajes de comerciantes de que se ha hecho mérito para la elección de los directivos de las Cámaras de Comercio, en armonía con el artículo 12 del mismo decreto y, por tanto, esa facultad no está asignada al superintendente de Industria y Comercio.

"Aunque la violación comentada es suficiente para acceder a la solicitud de suspensión provisional, se agrega que también resulta manifiestamente contrariado el artículo 57 de la Carta Política, por cuanto a que en el presente caso no está integrado lo que constituye en cada asunto en particular el concepto constitucional de Gobierno, a nivel nacional".

Agrega hoy la Sala que aquí se trata de una cuestión de simple competencia, asignada al Gobierno Nacional y de la cual hizo uso el superintendente de Industria y Comercio.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en un todo de acuerdo con el concepto fiscal,

FALLA:

Decrétase la nulidad de la Resolución No. 734 de 9 de junio de 1982, emanada de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintinueve de abril de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez, Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario

ADMINISTRACION, COMO DEMANDANTE. DERECHO DE POSTULACION DE LA ADMINISTRACION. ART. 72 DEL C.C.A. Evolución jurídica. En quién reside el derecho de postulación, si son diferentes las entidades del Estado. Representación de la administración en demanda de sus propios actos (Ley 25/74. Art. 10). El mencionado derecho de postulación se halla radicado en cabeza del agente del ministerio público con carácter excluyente a menos que norma posterior y especial le dé dicha competencia a unos y otros funcionarios distintos del señalado por la ley procesal. PROCESO DE LESIVIDAD. (Derecho español).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Bogotá, D.E., abril veintinueve de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Bernardo Ortiz Amaya**
Actor: **Ministerio de Hacienda y Crédito Público**

Referencia: Expediente No. 10.057

Nulidad Resolución No. R-000393-V de octubre 1/82, de la División de Recursos Tributarios de la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

Autoridades Nacionales (recurso de súplica)

El doctor Jairo Iván Peña Ayazo interpuso recurso de súplica contra el auto dictado el 26 de febrero de 1983, por el Consejero conductor de este proceso quien no admitió la demanda formulada por el doctor Peña a su propio nombre y como apoderado especial del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, para obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución No. R-000393-V del 1o. de octubre de 1982 originaria de la Sección de Recursos de Ventas e Indirectos de la División de Recursos Tributarios de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

El Consejero en una precisa síntesis de la tesis que conduce a la no admisión de la demanda dijo en la providencia suplicada:

"Conforme al artículo 24 del Decreto-ley 2733 de 1959, cuando un acto administrativo ha creado una situación jurídica individual o reconociendo un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular y en el evento de que la entidad respectiva del derecho público, resuelva acudir a la jurisdicción contenciosa para obtener la anulación debe acudir al respectivo agente del ministerio público para que presente la demanda, si la accionante es la Nación, pues si es un departamento o un municipio, la representación está actualmente en cabeza del gobernador y del alcalde, respectivamente.

"Así las cosas, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público carece de personería para incoar la acción o pretensión en nombre de la Nación, pues esta reside en el Fiscal del Consejo de Estado conforme a las voces del artículo

72 del C.C.A. En tal virtud, debe rechazarse la demanda y se ordena notificar esta providencia al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público".

El recurrente considera que el Ministro de Hacienda puede formular demanda y otorgar poder para ese efecto, con fundamento en el artículo 78 de la Ley 52 de 1977 que dice textualmente:

"Artículo 78. El Ministro de Hacienda y Crédito Público o sus delegados podrán actuar como parte en todos los procesos contencioso administrativos que se promuevan contra los actos proferidos por las autoridades tributarias. Para tal efecto se dará traslado personal de la demanda al funcionario que, indique el gobierno, mediante reglamento".

Igualmente transcribe parte de la sentencia de 17 de mayo de 1979 de la Corte Suprema de Justicia que declaró exequible el mencionado artículo.

Considera además que la falla anotada por el Consejero a la demanda es de carácter leve y argumenta al efecto en la siguiente forma:

"De otra parte, estimo improcedente la inadmisión de la demanda en razón a que el actor no es necesariamente el agente del ministerio público, en primer lugar, por cuanto como ya se vio, no es indispensable que sea él quien promueva la acción de plena jurisdicción, y en segundo lugar, por cuanto imprecisiones formales en la presentación de la demanda no impiden admitirla si se determinan con toda precisión los actos acusados y las pretensiones del demandante.

"En este sentido se pronunció el Honorable Consejo de Estado mediante auto de fecha agosto 11 de 1973, en el cual se dijo:

"Los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo establecen los requisitos formales que debe contener la demanda que se dirija a los organismos de esta rama para que sea de recibo y proceda darle trámite. Pero el rigor en el examen sobre el cumplimiento de tales requisitos no puede extremarse hasta el punto de que cualquier desorden u oscuridad leve en la narración de los hechos o en la expresión de los razonamientos jurídicos basten para el rechazo de una demanda. Y, menos aún, en la hipótesis del ejercicio de *acciones cuyo término de caducidad sea breve*, porque entonces llegaría a sacrificarse el derecho sustancial en aras de reparar una pequeña irreverencia o formulismo del rito procesal, cuya finalidad es precisamente la salvaguardia de los derechos y no puede constituir, por lo tanto, un medio para que ellos se desvanezcan o queden burlados. Por manera que si el libelo permite conocer a ciencia cierta cuáles son los actos que se impugnan y las proposiciones concretas del demandante y, en lo demás, da base para dictar ulteriormente sentencia estimatoria, favorable o adversa, respecto de aquellas pretensiones, ha de darse curso a ese libelo, así adolezca de imperfecciones menores en cuanto a sus demás requisitos de forma". (El subrayado es mío).

Asimismo la Fiscal 6a. del Consejo de Estado con fundamento en una nota dirigida a ella por el señor Ministro de Hacienda y al notificarse del auto discutido interpone también recurso de súplica "para que se adicione ordenando la devolución de la demanda a fin de que se corrija"; y al efecto fundamenta su recurso en la siguiente forma:

"El auto suplicado resuelve: 1. No se admite la demanda por falta de personería. 2. Se reconoce personería al doctor Jairo Iván peña Ayazo para actuar en representación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

"La motivación del auto se basa en los artículos 24 del Decreto-ley 2733 de 1959 y 72 del Código Contencioso Administrativo, conforme a los cuales cuando un acto administrativo ha creado una situación jurídica individual o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular y en el evento de que la entidad de derecho público sea la Nación y resuelva acudir a la jurisdicción contenciosa para obtener su anulación, debe hacerlo por intermedio del ministerio público.

"El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo prevé la posibilidad de corregir la demanda, cuando por carecer de alguna de las formalidades exigidas no se le dé curso.

"Con la expedición del Código de Procedimiento Civil, el artículo 85 vino a distinguir como ya lo había hecho la jurisprudencia, la simple inadmisión de la demanda como decisión transitoria y para que se corrijan los defectos que tenga o se complementen los anexos necesarios, del rechazo de la misma que es definitivo.

"El Consejero Miguel Lleras Pizarro en importante salvamento de voto al auto de 26 de enero de 1972, sostuvo al respecto:

"Podría pensarse que no obstante los razonamientos expuestos, el texto del inciso 1o. del artículo 87 del Código Administrativo es perentorio cuando determina que los términos de caducidad no se interrumpen en el caso de que no se dé curso a la demanda, pero este precepto debe interpretarse según todas las reflexiones expuestas anteriormente y también las transcritas de otros autores, en el sentido de que las informalidades que no suspenden el término de caducidad son las que afectan la esencia de la demanda *y no las accidentales*. Si las diferencias entre el aplazamiento de la admisión y el rechazo de la demanda han sido plenamente consagradas en el proceso civil, primero por la vía jurisprudencial y luego por la legal, esta institución debe trasladarse, sin rubor al proceso administrativo, teniendo en cuenta que en el primero ha de respetarse la igualdad y lealtad entre las partes y en el segundo 'las partes' son, por definición, desiguales...". (C.C.A. Miguel González Rodríguez, pág. 568).

"Con posterioridad, el Consejo de Estado ha aceptado dar curso a demandas que adolecen de defectos no esenciales. Por ejemplo, en auto del 11 de agosto de 1973, sección cuarta, Consejero ponente Dr. Juan Hernández Sáenz dijo:

"Pero el rigor en el examen sobre el cumplimiento de tales requisitos no puede extremarse hasta el punto de que cualquier desorden u oscuridad leve en la narración de los hechos o en la expresión de los razonamientos jurídicos basten para el rechazo de una demanda, y menos aún en la hipótesis del ejercicio de acciones cuyo término de caducidad sea breve, porque entonces llegaría a sacrificarse el derecho sustancial en aras de reparar una pequeña irreverencia o formulismo del rito procesal cuya finalidad es precisamente la

salvaguardia de los derechos y no pueden consistir, por tanto, un medio de (sic) ellos se desvanezcan o queden burlados...".

"Por último, cabe anotar que el jurista Alfonso Angel de la Torre, al comentar las jurisprudencias citadas manifiesta:

"De las jurisprudencias transcritas se desprende que el rechazo de la demanda, pese a los términos del artículo 87 del C.C.A., no es procedente, en forma absolutamente rígida, sino con la elasticidad suficiente para no sacrificar el derecho sustancial, hecho que tiene lugar cuando el libelo ofrece ilustración suficiente para llegar a pronunciar fallo de mérito. Es decir, en conclusión, que prácticamente, el rechazo in limine de la demanda sólo procede cuando los vicios de que adolezca resulten insubsanables, como son los de ausencia de competencia, o de jurisdicción, falta de agotamiento de la vía gubernativa, acumulación indebida de acciones y caducidad de la acción, que es lo que da a entender el artículo 88 del C.C.A.".

"Las anteriores doctrinas son aplicables en el presente caso, con mayor razón cuando para el ejercicio de la acción no existe término de caducidad, y la informalidad que dio lugar al auto de inadmisión de la demanda no es de las contempladas en los artículos 84, 85 y 86 del Código Contencioso. Como puede observarse, las exigencias de estos artículos fueron oportunamente, cumplidas y el motivo del rechazo de la demanda se refirió únicamente a la omisión de la intervención del ministerio público que exige el artículo 72 del Código.

"Efectivamente el actor, pese a haber citado el artículo 72 del C.C.A, en su demanda, pretermitió la intervención del ministerio público ordenando como requisito especial en la norma, pero esta inobservancia de conformidad con la doctrina citada y en especial con lo dispuesto por el ordinal 5o. del artículo 85 del Código de Procedimiento Civil, no da lugar al rechazo in limine de la demanda y puede subsanarse en aplicación del artículo 87 del Código Administrativo. En orden a ello, desde ahora manifiesto a la H. Sala que el ministerio público asume la representación de la Nación y hace suyas las pretensiones de la demanda en los términos del artículo 72 del Código Contencioso Administrativo, citado en el mismo libelo, solicitando la nulidad de la Resolución No. R-000393-V del 1o. de octubre de 1982, proferida por la Sección de Impuestos sobre las ventas e Indirectos de la División de Recursos Tributarios de la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales, por violación a las normas invocadas y según hechos y concepto de violación expresados en la demanda cuya presentación convalido".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

El artículo 72 del C.C.A. a que hizo referencia el presunto actor en su demanda, establece que la Administración puede solicitar la nulidad de sus propios actos por conducto del agente del ministerio público y en esa forma le asignó esa facultad a dichos funcionarios como norma general de competencia consagrando así el derecho de postulación por parte de la administración pública en cabeza de los fiscales.

Naturalmente los alcances del mencionado artículo y su calidad de excluyente con relación a cualquier otro funcionario ha ido recortándose o mejor complementándose a través de normas específicas y para diferentes secciones de la administración pública, cuyos alcances tienen que ser fijados con un criterio de interpretación dentro del espíritu general de la ley pero el cual debe ser fijado claramente por el juez en los casos sometidos a su estudio. Así vemos que, por ejemplo, como la norma comentada fue dictada en el año de 1941 y el principio estaba ya consagrado desde el año de 1913 en el artículo 1o. de la Ley 130, con ocasión de la reforma constitucional del año de 1945, se le señalaron atribuciones a los gobernadores y se les otorgó específicamente la facultad de representar al departamento "en los negocios administrativos y judiciales, pudiendo delegar esa representación conforme a la ley".

Igual cosa ha ocurrido con los municipios (Ley 28 de 1974) así como con otros tipos de entidades de la administración pública, tales como los establecimientos públicos, los institutos descentralizados, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta; (Decreto-ley 3130 de 1968) pero en lo referente a la Nación en los diferentes estamentos que conforman propiamente la administración pública debe aplicarse la norma general de competencia que radica en cabeza del agente del ministerio público el derecho de postulación, a falta de una disposición especial que amplíe o complemente la de carácter general ya mencionada.

Ahora bien, el artículo 78 de la Ley 52 de 1977 faculta al Ministro de Hacienda para actuar en los procesos contencioso administrativos pero para impugnar las acciones que se promuevan contra los actos de las autoridades tributarias pero dicha facultad no implica la de postulación para asumir la condición de demandante como lo pretende hacer el recurrente.

Ya el Consejo de Estado había manifestado que este tipo de procesos que en derecho español recibe el nombre de acción de "lesividad" no está reglamentada en forma expresa por la ley y al efecto cabe transcribir la parte pertinente de la sentencia dictada por la Sección Tercera del Consejo de Estado con ponencia del Consejero Gabriel Rojas Arbeláez que en lo pertinente dice:

"No tiene reglamentación especial en nuestro derecho, como lo tiene en el derecho español, el proceso mediante el cual la administración pública acude a los tribunales en solicitud de que sea declarado nulo un acto suyo, o de que además de esa anulación se le restablezca en su derecho. La administración, como persona que es, también puede estar dentro de una situación subjetiva, y por eso que puede demandar y que haga de parte, ya se trate de acciones dirigidas contra particulares o contra otras personas públicas. Pero ya en la vía judicial no resulten para ella otros privilegios que la exención de timbre y papel sellado y el no poder ser condenado en costas, porque en lo que respecta al rigor de los ordenamientos procesales, está sometida a ellos como un litigante común.

"En el artículo 72 de la Ley 167 de 1941 se consagró expresamente la facultad de la administración para solicitar la anulación de los actos ilegales; aunque al tenor de lo dispuesto en los artículos 66 y 67 de la misma ley, en los que se habla indistintamente de las personas que pueden ejercitar la acción de

nulidad o la de plena jurisdicción, ya estaba implícitamente establecida tal facultad. El Decreto-ley No. 2733 de 1959 vino a hacer aún mayores precisiones a ese respecto, porque si en el artículo 24 se adoptó el principio, para entonces ya en casi todas partes reconocido, de que la administración no puede revocar un acto suyo que haya creado una situación jurídica individual o reconocido un derecho de esa categoría, la ineludible consecuencia es que la administración puede acudir a la vía judicial para obtener la anulación de los actos que no puede revocar y que sean lesivos de sus derechos. Tal conflicto de situaciones jurídicas no puede ser resuelto sino por la decisión de los jueces". (Expediente No. 1.144. Sentencia de fecha 22 de julio de 1971).

Naturalmente se encuentra el intérprete con algunas dificultades para fijar un criterio claro e inobjetable como ocurre con todo fenómeno de interpretación de la ley, pero en ausencia de norma especial habría que tener en cuenta además de las normas del Código Contencioso Administrativo, el artículo 64 del Código de Procedimiento Civil y especialmente el artículo 10 de la Ley 25 de 1974 que dicen:

"Artículo 64. Apoderados de las entidades de derecho público. La Nación y demás entidades de derecho público podrán constituir apoderados especiales para los procesos en que sean parte, siempre que sus representantes administrativos lo consideren conveniente por razón de distancia, importancia del negocio u otras circunstancias análogas.

"Constituirán apoderado especial, el representante de la entidad que no sea abogado, salvo el caso del personero municipal, y aquel que deba representar a otra entidad con interés opuesto.

"Los gobernadores, intendentes y comisarios, aunque sean abogados inscritos, deberán actuar por medio de apoderado, si el proceso se adelanta fuera de su sede".

"Ley 25 de 1974. Artículo 10. Corresponde a los procuradores regionales actuar ante los juzgados civiles y laborales como representantes de la Nación, en los procesos que contra ella se promuevan, pudiendo delegar esta representación en los personeros muncipales y en los abogados auxiliares de sus propias dependencias. *Cuando la Nación actúe como demandante la representará el agente ordinario del ministerio público.* En ambos casos, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 6o. de esta ley, 64 del Código de Procedimiento Civil y 35 del Código de Procedimiento Laboral". (Lo subrayado es de la Sala).

Como se puede observar de las transcripciones anteriores, el problema surgido por la demanda instaurada no se deriva de una irregularidad leve y secundaria o de defectos no esenciales sino que está en juego un principio fundamental del proceso, cual es el derecho de postulación para demandar ante la justicia contencioso administrativa la nulidad de determinados actos y por lo mismo que es esencial, el problema no puede resolverse a base de una interpretación generosa de la ley para hacer extensiva su aplicación a determinadas situaciones sin fundamento jurídico, ya que el mencionado derecho de postulación se halla radicado en cabeza del agente del ministerio público con carácter excluyente a menos que norma posterior y especial le dé dicha

competencia a unos u otros funcionarios distintos a los señalados por la ley procesal.

Finalmente, aun cuando la súplica instaurada por la señora Fiscal 6a. del Consejo de Estado está circunscrita a que se adicione el auto suplicado en el sentido de que se ordene la devolución de la demanda para que se corrija, no es posible tampoco acceder a esa solicitud por cuanto de los planteamientos hechos anteriormente se deduce que el Fiscal del Consejo de Estado tiene que reemplazar a la persona del Ministro de Hacienda y con mayor razón a su apoderado, para formular nueva demanda por razón de su excluyente facultad de postulación.

Por esa misma razón, la manifestación hecha por la distinguida Fiscal, de que hace suyas las pretensiones de la demanda no puede aceptarse al decidir este recurso; por cuanto aquí se trata exclusivamente de saber si le asiste la razón al Consejero conductor del proceso para rechazar la demanda, con fundamento en los elementos de juicio de que disponía en el momento de tomar la decisión, o si por el contrario no le asiste fundamento legal, por estar ella formulada con el lleno de los requisitos de personería y demás presupuestos procesales requeridos por la ley.

Como es evidente que el derecho de postulación lo tiene solo el agente del ministerio público, el auto merece ser confirmado pero no sobra advertir que el ejercicio de la acción de nulidad a que se refiere el artículo 72 del Código Contencioso Administrativo, que es el aplicable para este negocio, no está sujeto a término alguno de caducidad por la misma naturaleza de la acción que se trata de ejercitar.

En razón de lo anteriormente expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

Confírmase el auto súplica.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 29 de abril de mil novecientos ochenta y tres.

Enrique Low Murtra, aclaración de voto; **Bernardo Ortiz Amaya, Gustavo Humberto Rodríguez.**

Jorge A. Torrado, Secretario

LA ADMINISTRACION COMO DEMANDANTE. DERECHO DE POSTULACION DE LA ADMINISTRACION. ARTICULO 72 C.C.A.

1. La Administración puede actuar en forma concomitante al fiscal. No está excluida de actuar en el proceso y puede ser parte actora si tiene coadyuvancia del fiscal.

2. No existe caducidad de la acción de lesividad o anulación en los casos en que la administración actúa como demandante.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Bogotá, D.E., mayo cuatro de mil novecientos ochenta y tres.

ACLARACION DE VOTO DEL DR. ENRIQUE LOW MURTRA

Actor: **Ministerio de Hacienda y Crédito Público (Dirección General de Impuestos Nacionales)**

Referencia: Radicación No. 10.057

De la parte motiva de la anterior providencia me permito discrepar por las siguientes razones:

1. Dice el proveído que el derecho de postulación "se halla radicado en cabeza del ministerio público con carácter *excluyente*" (subrayado mío). Sin embargo el texto del artículo 72 del Código Contencioso Administrativo usa unos términos que permitirían un alcance menos restrictivo. Dice la norma que "la *administración*, por conducto del ministerio público" (subrayado mío) puede actuar como parte actora en los procesos de lesividad. Ello me hace pensar que es correcta la actuación de la señora fiscal cuando observa que "hace suyos los argumentos de la demanda". Esta expresión de identificación con la administración purga, en mi sentir, cualquier deficiencia que se hubiese dado en la legitimatio *ad-procesum*. Entiendo que la administración puede actuar en forma concomitante al fiscal. No está excluida de actuar en el proceso y puede ser parte actora si tiene coadyuvancia del fiscal.

2. A mi modo de ver la providencia que antecede tiene un sabor excesivamente procesalista. Bien reconoce el proveído que en nuestra legislación el proceso de lesividad carece de reglamentación detallada. Razón de más para actuar con cierta flexibilidad en el proceso y para eliminar, mientras sea posible, ese farragoso rigorismo procesal que tanto daño hace a la administración de justicia.

3. Discrepo también de la frase que dice "el problema surgido de la demanda no se deriva de irregularidad leve y secundaria... sino que está en juego un principio fundamental del proceso, cual es el derecho de postulación". Se dice que no se admite la demanda porque no ha sido presentada por el señor agente del ministerio público cuando existe explícita referencia de la señora fiscal 6o. ante esta Corporación expresando su adhesión a la demanda. Quiere la providencia que la fiscal "desde un principio" hubiese presentado la demanda, pero a mi juicio sí existe la expresión de su intención de postular, aun cuando tal intención haya ocurrido con posterioridad a la presentación de la demanda. Como se califica de fundamental la falta del derecho de postulación, creo que tal falta no se da, pues es clara la intención del agente del

ministerio público de acompañar a la administración. Creo que se trata de una cuestión de menor monto. Este formalismo olvida el objeto mismo del derecho procesal, que va dirigido a que los derechos sustanciales y el orden legal tengan debida garantía.

A pesar de estas observaciones he decidido suscribir la providencia porque no quiero incurrir en el mismo error que critico. He sostenido y sostengo, en acuerdo con la providencia que antecede, que no existe caducidad de la acción de lesividad o anulación en los casos en que la administración actúa como demandante. Por eso no creo que exista inconveniente para que la señora fiscal presente una nueva demanda si lo considera conveniente. En consecuencia y en aras a no entrabar innecesariamente la administración de justicia, he suscrito el auto que antecede, expresando eso sí mi desacuerdo con el excesivo formalismo que lo inspira.

Con todo respeto por la opinión muy respetable de mis colegas, consigno así los motivos de mi disentimiento, no sin antes dejar claro que por enérgica que aparezca mi posición, en lo íntimo, siempre tengo el temor de equivocarme.

Atentamente,

Enrique Low Murtra

FUNCIONARIOS PUBLICOS. CONDUCTA PUBLICA O PRIVADA CONTRARIA A LA CONDICION DE FUNCIONARIO PUBLICO. Falta disciplinaria. Art. 132, literales b) y c) del Decreto 1950 de 1973.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sección Segunda. Bogotá, D.E., diez de mayo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Ignacio Reyes Posada**

Actora: **Rosmira Mogollón Navarrete**

Referencia: Expediente No. 8.022 Autoridades Nacionales

Consulta el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca la sentencia dictada en el juicio que en ejercicio de la acción de plena jurisdicción instauró ante dicha Corporación la señorita Rosmira Mogollón Navarrete, por conducto de apoderado, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"1. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 000816 de abril 14 de 1978, expedida por la dirección general del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por medio de la cual se destituye del cargo a mi poderdante y se le inhabilita para el ejercicio de funciones públicas".

"2. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 001116 de mayo 9 de 1978, expedida por la dirección general del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por medio de la cual se confirma la Resolución No. 000816 de abril 14 de 1978 en el sentido de la destitución y se modifica en el sentido de reducir el término de inhabilidad".

"3. Que como consecuencia de las declaraciones decretadas, se ordene el restablecimiento del derecho de mi poderdante, así: pago de los salarios, emolumentos, bonificaciones, primas, cesantías, viáticos y todas aquellas prestaciones legales y extralegales de que hubiese gozado mi poderdante de no haber existido solución de continuidad en el cargo, y

"4. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia condenatoria que recaiga en este proceso dentro del término previsto por el artículo 121 de la Ley 167 de 1941".

Los hechos en que se fundó el libelo son los siguientes:

"1. La doctora Rosmira Mogollón se vinculó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a partir del 31 de enero de 1975 como jefe de la Sección de Personal Asistencial de la Sección de Promoción Social de la Regional del Chocó".

"2. En el departamento del Chocó, la doctora Mogollón fue investigada por la Procuraduría Regional en base a unos cargos similares a los que en Santander han servido de base para su destitución. Como consecuencia de la investigación, la regional, impuso una sanción de multa, que posteriormente fue revocada por la Procuraduría Delegada Primera para la Vigilancia Administrativa".

"3. Por medio de la Resolución No. 00321 de marzo 5 de 1976, la doctora Mogollón fue trasladada a la Regional de Santander, a partir del 5 de marzo de 1976".

"4. El día 21 del mes de febrero de 1978, se le formularon cinco cargos a la doctora Mogollón por parte de un visitador administrativo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar".

"5. El 28 de febrero de 1978, la doctora Mogollón rindió los descargos y solicitó la práctica de unas pruebas".

"6. Antes de que se le abriese la investigación disciplinaria, la doctora Mogollón había puesto en conocimiento de la directora del Instituto el día 3 de febrero de 1978 una serie de irregularidades que se venían sucediendo en la regional".

"7. Convocada la comisión de personal, la doctora Mogollón puso en conocimiento de los miembros de esa comisión que una de las declaraciones en su contra difundía antes del fallo la noticia de que ella sería destituida".

"8. El 14 de abril de 1978, la Dirección del Instituto decretó la destitución de la doctora Mogollón y le impuso la sanción de inhabilidad temporal para el ejercicio de cargos públicos".

"9. Antes, el día 30 de marzo de 1978, mi poderdante había solicitado de la Dirección del Instituto sus vacaciones por el año anterior y al mismo tiempo había presentado una carta de renuncia, a partir del 10 de mayo".

"10. El 18 de abril de 1978, mi poderdante solicitó de la jefatura de Personal del Instituto copia de algunos documentos con el objeto de interponer el recurso de reposición en debida forma".

"11. El 19 de abril de 1978, la jefatura de Personal del Instituto se negó a expedir los documentos solicitados".

"12. El 20 de abril de 1978 insistió mi poderdante acerca de la necesidad que tenía de conocer los documentos solicitados".

"13. El 21 de abril de 1978, sin los documentos requeridos y necesarios, la doctora Mogollón interpuso el recurso de reposición".

"14. El día 9 de mayo de 1978, la dirección general del Instituto confirmó la resolución recurrida, mediante la Resolución No. 001115 de mayo 9 de 1978".

"15. Esa resolución fue notificada el día 10 de mayo de 1978 y en ella se da por agotada la vía gubernativa".

En la demanda se citan como disposiciones violadas los "Arts. 2, 26 y 28 de la Constitución Política de Colombia, Art. 14 del Decreto 2400 de 1968, modificado por el artículo 1o. del Decreto 3074 de 1968, Arts. 131, 150, 152, 154 y 158 del Decreto No. 1950 de 1973" y se analiza el concepto de la violación.

El Tribunal del conocimiento, en la parte resolutiva de la sentencia consultada, decreta:

"1. Declárase la nulidad de las Resoluciones Nos. 00816 de abril 14 de 1978 y 001115 de mayo 9 de 1978, expedidas por el director general del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por las cuales, mediante la primera se destituye a la actora Rosmira Mogollón Navarrte del cargo de jefe de personal asistencia IV-21 de la Sección de Promoción Social del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar —Regional Santander— y la inhabilita para el desempeño de cargos públicos por 6 meses, y por la segunda, se confirma la decisión anterior, con excepción de la modificación de la inhabilitación para ejercer cargos públicos que se rebaja a un mes".

"2. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, dentro del término previsto en el artículo 121 del C.C.A. reintegrará a la demandante Rosmira Mogollón Navarrete al mismo cargo de jefe de personal asistencial IV-21 de la Sección de Promoción Social del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar —Regional Santander— o a otro de igual o superior categoría, e igualmente reconocerá y pagará a la misma, los sueldos, aumentos, primas y demás emolumentos dejados de devengar, desde la desvinculación por los actos anulados, hasta cuando sea efectivamente reintegrada".

"3. Declárase que no ha habido solución de continuidad en los servicios de la actora durante el tiempo que estuvo cesante".

"4. Niéganse las demás súplicas de la demandas".

Como la consulta se resuelve de plano, la Sala procede a ello previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Mediante la presente acción se busca obtener la declaratoria de nulidad de las Resoluciones Nos. 00816 de 14 de abril de 1978 y 001115 de 9 de mayo del mismo año, expedidas por la Dirección General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por medio de la primera de las cuales se destituyó a la actora del cargo que ejercía en ese establecimiento y se le inhabilita para el ejercicio de funciones públicas y por la segunda se confirma la anterior modificándola en cuanto al término de la inhabilidad. Asimismo se pretende el restablecimiento de los derechos de la accionante, mediante el reintegro y el pago de los emolumentos y prestaciones sociales dejados de percibir por razón de la destitución.

El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, mediante la sentencia que se revisa en grado de consulta, desató favorablemente a la actora el presente litigio, decretando la nulidad de las resoluciones enunciadas y ordenando el reintegro y las indemnizaciones consiguientes.

Sintetizando los hechos que fundamentan la acción puede decirse que la medida de la Dirección General del Instituto se tomó como culminación de la investigación administrativa adelantada contra la accionante por una serie de cargos que fueron elevados en su contra, investigación que concluyó con recomendación de la comisión de personal para que se aplicara la sanción de destitución.

Los cargos formulados en la demanda contra los actos enjuiciados se encuadran en dos grupos: En el primero se acusan las resoluciones enjuiciadas por violación del artículo 26 de la Constitución Política que consagra el principio del debido proceso que debe cumplirse en todo caso para el juzgamiento de las personas y se hace consistir en que durante la investigación administrativa no se dio cumplimiento al artículo 152 del Decreto 1950 de 1973 que consagra un término de 8 días para que el funcionario comisionado adelante la investigación del caso, término que fue excedido en esta ocasión por el visitador del Instituto y en la circunstancia de que el funcionario investigado fue suspendido provisionalmente de su cargo antes de habérsele oído en descargos y practicado las pruebas conducentes por él solicitadas, pues según el demandante sólo después de cumplido este trámite podía suspendersele provisionalmente al inculpado. Finalmente, el derecho de defensa fue violado, según la demanda "pues se le oyó apenas formalmente porque no se practicaron todas las pruebas solicitadas, a pesar de ser conducentes y aquellas practicadas no fueron apreciadas conforme a las normas de la sana crítica".

En segundo término la demanda acusa los actos de nulidad por falsa motivación por cuanto de los cinco motivos invocados contra la accionante "sólo uno sirvió de fundamento a las resoluciones impugnadas y la existencia material de ese fundamento no se demostró en el curso del proceos disciplina-

", y de desvío de poder por cuanto el "derecho a la privacidad fue flagrante-
ente violado por los actos acusados, pues por medio de ellos la Administra-
ón entró a saco en la vida privada de mi poderdante, sin respetar las más
ementales normas constitucionales y legales que protegen la vida privada de
os ciudadanos".

El Tribunal del conocimiento, al iniciar el estudio de los cargos, descartó la causal referida al debido proceso por cuanto el artículo aplicado por el Instituto al iniciar la investigación disciplinaria fue el 155 y no el 150 del Decreto 1950 de 1973 que señala un término para la investigación hasta de 15 días y no de 8 como sostiene el actor y, por otra parte, el artículo 158 del mismo Decreto 1959 de 1973 en ningún momento exige que la suspensión provisional se haga después de calificar la falta, porque precisamente se suspende es para investigar y calificar la misma si ella se comprueba, ni existió violación al derecho de defensa por cuanto la actora tuvo amplia oportunidad de actuar en el proceso, rindió descargos, solicitó pruebas que fueron practicadas y actuó inclusive ante la comisión de personal.

La Sala encuentra que el Tribunal obró acertadamente al rechazar los cargos sobre el derecho de defensa, ya que el procedimiento adelantado por el Instituto de Bienestar Familiar se ciñó estrictamente a las normas procesales pertinentes. La Sala quiere igualmente dejar constancia de la forma rigurosa como se cumplieron dichas normas en el presente proceso, que no admite crítica, pues no es cierto que para esta clase de investigaciones la ley haya señalado un término de ocho días, pues es de 15, cuando se trata de faltas que conduzcan a sanción de suspensión por más de 10 días, o destitución; pero, además, debe aclararse que tales términos no son perentorios ni preclusivos, de suerte que si la investigación los supera no implica nulidad de lo actuado en exceso. Es igualmente insólito el ataque por lo que respecta a la suspensión provisional del inculpado ya que, como lo señala el Tribunal, la suspensión provisional es precisamente la primera medida que debe tomar el nominador, si lo juzga conveniente, para garantizar la mayor eficacia de la investigación, que conducirá posteriormente a la calificación de la falta después de oídos los descargos del inculpado y de practicadas las pruebas que se estimen conducentes. Por lo tanto, este aspecto del fallo consultado deberá ser confirmado.

Procede la Sala a continuación a analizar los razonamientos del Tribunal referentes a los cargos de falsa motivación y de desvío de poder que condujeron a una decisión favorable a las pretensiones de la demanda.

Para decretar la destitución de la actora como jefe de personal asistencial de la Sección de Promoción Social de la Regional de Santander la Dirección del Instituto tuvo en consideración "que los hechos investigados constituyen comprobadas violaciones de los artículos 130, literal c) del 132, numerales 1 y 4 del 134 del Decreto 1950 de 1973 y literal g) del artículo 25 del Decreto 694 de 1975", de acuerdo con el concepto emitido por la comisión de personal especialmente convocada al efecto, la que en consecuencia recomendó la destitución de la funcionaria investigada.

La Comisión de personal produjo este concepto después de estudiar el expediente administrativo levantado por el funcionario comisionado al efecto, quien llegó a la conclusión de que existe suficiente mérito para inculpar a la

doctora Rosmira Mogollón Navarrete, jefe de la Sección de Promoción Social de la Regional de Santander del ICBF, "de observar una conducta pública y privada incompatible con la dignidad y decoro del cargo que desempeñaba, colocándose por ello dentro del marco de las situaciones previstas en los ordinales b) y c) del artículo 132, capítulo II, título VI del Régimen Disciplinario contemplado en el Decreto 1950 de septiembre 24 de 1973, en concordancia con el Decreto 694, Estatuto de Personal para el Sistema Nacional de Salud de abril 14 de 1975".

La conducta a que se refiere el funcionario comisionado consiste en las relaciones ostensiblemente amorosas sostenidas por la señorita Mogollón con el señor Francisco Serrano, igualmente alto funcionario del Instituto, recientemente casado con la señora Nuby Mendoza de Serrano. El funcionario investigador fundamenta en los siguientes términos las conclusiones de la investigación:

"a) Efectivamente la doctora Rosmira Mogollón Navarrete llegó a la Regional de Santander, por traslado de la Regional del Chocó, según Resolución No. 00321 de marzo 5 de 1976 (folio 70), precedida de mala fama, pues allí fue factor de *escándalo* cuando trascendió que se encontraba en estado de embarazo siendo mujer soltera, hasta el punto que se suscitaron serios enfrentamientos entre ella y el director regional, no sólo por el motivo antes relatado, sino por otros concomitantes con el asunto, como consta en los antecedentes de su hoja de vida".

"b) La Administración del ICBF, en un gesto si se quiere, tolerante, humanitario y de reconocimiento a su capacidad laboral, no la retiró del servicio como lo planeó el director regional del Chocó, sino que la ubicó en la Regional de Santander con el mismo empleo de jefe de Promoción Social, presumiendo generosamente que allí un buen comportamiento superaría los efectos del escándalo de que había sido protagonista en la ciudad de Quibdó. Lamentablemente no fue así: en la Regional de Santander, reincidió, esta vez con caracteres más graves, no sólo por las circunstancias conocidas ampliamente, sino porque su negativo proceder, indudablemente lesionador de la imagen del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, obligó al director regional, justificadamente preocupado ante los hechos, a solicitar su cambio ante la Dirección General del Instituto; además, porque sus acciones trascendieron a la opinión pública, hasta el extremo que varias personas respetables de la sociedad bumanguesa se dirigieron al señor Presidente de la República dándole cuenta de todo, diciéndole, entre otras cosas, lo siguiente:

"...No entendemos cómo la dama Rosmira Mogollón continúa desempeñando un cargo cuyas funciones conllevan la asesoría para madres e hijos abandonados, cuando ella misma es autora de un hecho que llevó a una familia al abandono...".

"c) Es cierto que la Procuraduría Delegada para la vigilancia administrativa dejó sin efecto la sanción que le impuso la Procuraduría Regional del Chocó por medio de la Resolución No. 10 de febrero 7 de 1977, consistente en una multa de $5.100.oo a favor del Fondo de Bienestar Social, pero no lo es menos que su comportamiento dio pie para que se le investigara por parte del organismo fiscalizador de la administración pública".

rio", y de desvío de poder por cuanto el "derecho a la privacidad fue flagrantemente violado por los actos acusados, pues por medio de ellos la Administración entró a saco en la vida privada de mi poderdante, sin respetar las más elementales normas constitucionales y legales que protegen la vida privada de los ciudadanos".

El Tribunal del conocimiento, al iniciar el estudio de los cargos, descartó la causal referida al debido proceso por cuanto el artículo aplicado por el Instituto al iniciar la investigación disciplinaria fue el 155 y no el 150 del Decreto 1950 de 1973 que señala un término para la investigación hasta de 15 días y no de 8 como sostiene el actor y, por otra parte, el artículo 158 del mismo Decreto 1959 de 1973 en ningún momento exige que la suspensión provisional se haga después de calificar la falta, porque precisamente se suspende es para investigar y calificar la misma si ella se comprueba, ni existió violación al derecho de defensa por cuanto la actora tuvo amplia oportunidad de actuar en el proceso, rindió descargos, solicitó pruebas que fueron practicadas y actuó inclusive ante la comisión de personal.

La Sala encuentra que el Tribunal obró acertadamente al rechazar los cargos sobre el derecho de defensa, ya que el procedimiento adelantado por el Instituto de Bienestar Familiar se ciñó estrictamente a las normas procesales pertinentes. La Sala quiere igualmente dejar constancia de la forma rigurosa como se cumplieron dichas normas en el presente proceso, que no admite crítica, pues no es cierto que para esta clase de investigaciones la ley haya señalado un término de ocho días, pues es de 15, cuando se trata de faltas que conduzcan a sanción de suspensión por más de 10 días, o destitución; pero, además, debe aclararse que tales términos no son perentorios ni preclusivos, de suerte que si la investigación los supera no implica nulidad de lo actuado en exceso. Es igualmente insólito el ataque por lo que respecta a la suspensión provisional del inculpado ya que, como lo señala el Tribunal, la suspensión provisional es precisamente la primera medida que debe tomar el nominador, si lo juzga conveniente, para garantizar la mayor eficacia de la investigación, que conducirá posteriormente a la calificación de la falta después de oídos los descargos del inculpado y de practicadas las pruebas que se estimen conducentes. Por lo tanto, este aspecto del fallo consultado deberá ser confirmado.

Procede la Sala a continuación a analizar los razonamientos del Tribunal referentes a los cargos de falsa motivación y de desvío de poder que condujeron a una decisión favorable a las pretensiones de la demanda.

Para decretar la destitución de la actora como jefe de personal asistencial de la Sección de Promoción Social de la Regional de Santander la Dirección del Instituto tuvo en consideración "que los hechos investigados constituyen comprobadas violaciones de los artículos 130, literal c) del 132, numerales 1 y 4 del 134 del Decreto 1950 de 1973 y literal g) del artículo 25 del Decreto 694 de 1975", de acuerdo con el concepto emitido por la comisión de personal especialmente convocada al efecto, la que en consecuencia recomendó la destitución de la funcionaria investigada.

La Comisión de personal produjo este concepto después de estudiar el expediente administrativo levantado por el funcionario comisionado al efecto, quien llegó a la conclusión de que existe suficiente mérito para inculpar a la

"En cuanto atañe al fondo mismo del problema, es imperioso para esta Fiscalía denotar que aunque lo investigado pertenece originariamente al fuero interno, a la vida privada del ser humano, y aunque la maternidad de mujer soltera no la considera nunca como causal de mala conducta, en el caso que nos ocupa se rebasaron los límites de la privacidad y se pasó a la conducta escandalosa públicamente, ya que fueron los protagonistas dos compañeros de labores en una entidad dedicada principalmente a defender los hogares y proteger las madres y los niños. Es justamente el cargo que desempeñaba la licenciada Mogollón Navarrete el factor que inclina a esta Fiscalía a considerar que la actora debió sujetar su conducta pública y privada a una actuación competible con la dignidad y decoro que ese importante cargo requería. Y es que es un hecho público y notorio la relación existente entre la actora y su compañero de trabajo, la cual sobrepasó la colaboración laboral, para ser ya de conocimiento social (ver testimonio de Zenaida Tibocha de Pérez (folio 52, proceso disciplinario) y del Dr. Alejandro Villalobos Serpa (fl. 57 ídem)".

"Esta situación que fue de público conocimiento afecta la imagen de la entidad demandada, ya que es absolutamente cierto que nadie puede ahondar en la vida privada de una persona, pero cuando se trata de un funcionario público, es la misma ley la que le ordena mantener su conducta pública y privada compatible con el cargo que desempeña, y en el caso de autos, es precisamente un cargo de orientación y protección a la familia y a los hogares el cual la licenciada destituida desempeñaba, y no lo hizo respetar, dando lugar a actuaciones sociales que causaron impacto en varias oportunidades".

La Sala ha analizado con toda detención el caso sub judice para llegar a conclusiones que se ajusten en un todo a la más estricta justicia en desarrollo de las normas legales que rigen la materia. Ante todo debe quedar claro que no se trata de inmiscuirse en el fuero íntimo de las personas, sino de establecer si la conducta pública y privada de un funcionario público se ajusta a la dignidad correspondiente al cargo que desempeñaba o si por el contrario ella va en desmedro de la imagen de la administración en la comunidad. La ley erige como falta disciplinaria "la conducta pública o privada contraria a la condición de funcionario público" de suerte que al adelantar la investigación administrativa del caso necesario será indagar sobre la conducta del inculpado, tanto pública como privada, porque la responsabilidad y decoro del empleado público no termina al traspasar las puertas del local donde presta sus servicios, sino que se extiende a su vida en la comunidad, como lo exige su vinculación al servicio público.

La Sala quiere dejar en claro que para el análisis que enseguida se hace de las declaraciones rendidas en la investigación administrativa no influye para nada la condición de madre soltera de la empleada inculpada, ya que dicha situación impone respeto y no configura por sí misma causal de mala conducta en los empleados públicos; se atenderá más a la incidencia que los hechos investigados tuvieron en el ambiente de trabajo de la regional del Instituto y aún en la sociedad de la ciudad de Bucaramanga, para determinar si la conducta de la empleada investigada cae dentro de las causales erigidas en la ley como justas para la aplicación de sanciones disciplinarias.

Por estas consideraciones es evidente el error en que incurre la demanda al afirmar que el "derecho a la privacidad fue flagrantemente violado por los actos acusados, pues por medio de ellos la Administración entró a saco en la

vida privada de mi poderdante, sin respetar las más elementales normas constitucionales y legales que protegen la vida privada de los ciudadanos". Lejos de ser ello así, lo cierto es que fue la actora y su compañero en las actuaciones investigadas los que llevaron al conocimiento público actuaciones y hechos que revelaban en forma diciente la índole de sus relaciones, haciendo público, precisamente en el sitio de trabajo, lo que debería mantenerse dentro del campo enteramente privado que ahora se pretende defender. Es evidente que tal conducta se hizo pública mediante actuaciones que no ofrecen lugar a dudas dentro del sistema actual de la sociedad colombiana.

El Tribunal, para descalificar los testimonios recibidos los hace sospechosos de parcialidad por cierta prevención que se hace notoria por la asociación de los hechos con la condición de la actora como madre soltera; de allí también que el Tribunal descalifique algunos testimonios que simplemente recurren al rumor, al me contaron, se dice, se comenta, todo lo cual formó una atmósfera negativa contra la acusada; pero en esta labor de análisis el Tribunal omitió estudiar testimonios que afirman, por percepción directa, hechos y situaciones reveladoras de la conducta sancionable en que incurrieron la actora y su compañero de actividades, mientras desempeñaban sus cargos en el Instituto de Bienestar Familiar. En efecto, deben destacarse algunos hechos positivos comprobados mediante declaraciones directas: la señora Esperanza Gómez de Pinzón (fl. 50) le arrendó a la actora dos piezas en su apartamento y le consta que el señor Francisco Serrano visitaba con frecuencia a Rosmira, pero la esposa de Serrano, amiga también de la actora no lo hacía. En ocasiones cuando la declarante llegaba del trabajo "encontraba ahí en el apartamento a Francisco". Igualmente le consta que el día en que la actora hizo su trasteo al apartamento llegó acompañada por Francisco y Germán Rincón, que también trabaja en la Regional. La señora Zenaida Tibocha de Pérez (fl. 62), auxiliar de Servicios Generales, en la Regional, declara con claridad y sencillez propia de su grado cultural sobre las relaciones que tenían Rosmira Mogollón y el señor Francisco Serrano, afirmando que "se les veía ahí en mucha compinchería o amistad más allá de lo común pues el señor Serrano se lo pasaba encerrado con doña Rosmira en la oficina de ella a toda hora"; "aquí se los encuentra a los dos por todas partes del brazo y el señor Serrano cargando al hombro a una niña negrita que dicen es hija de la misma señorita Rosmira, que dicen que el papá era del Chocó; y finalmente un día "cuando todavía no había llegado todo el personal al trabajo, yo abrí la puerta de la oficina de la señorita Rosmira Mogollón Navarrete, sin saber que ahí había gente, y entré para terminar mis labores de aseo, y encontré, porque yo abrí la puerta de golpe, que el señor Francisco Serrano y la señorita Rosmira Mogollón se estaban besando, abrazados. Ellos al verme, muy sorprendidos, se separaron pero no me dijeron nada, actuaron como si lo que estaban haciendo ahí en la oficina del Instituto fuera muy común, pues no me dijeron nada".

El doctor Alejandro Villalobos Serpa, Director de la Regional de Santander del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, rinde una amplia declaración (fl. 57) en que habla elogiosamente de la capacidad laboral de la actora, aunque se queja de su tendencia a usurpar funciones propias del director y la acusa de ser la autora de panfletos injuriosos contra él que circularon en la Regional, hechos que no tienen incidencia en este proceso; pero es importante destacar lo declarado por este testigo con respecto a las relaciones de la actora con el señor Francisco Serrano. Afirma el testigo Villalobos: "Al prin-

cipio me comentó la actora que las relaciones de ella con Francisco Serrano eran de tipo amistoso y romántico, pero después ya aceptó que tenía con él relaciones íntimas y que el pensamiento de ambos era contraer matrimonio y formar un hogar. Yo le puse de presente a la señora Rosmira Mogollón, que habiendo de por medio un matrimonio legítimo, cual es el que existe entre Francisco Serrano y Nuby Mendoza, no era legal la celebración de un nuevo matrimonio...". Como puede apreciarse, este testimonio se refiere a una conversación tenida con la propia señorita Rosmira Mogollón quien acepta sus relaciones íntimas con el señor Francisco Serrano, de suerte que no corresponde a rumores, a se dice, se comenta, etc., sino a una conversación directa del testigo con la señorita Mogollón. Igualmente pueden citarse las declaraciones de los restantes testigos, que al tiempo que afirman tener conocimiento de las relaciones de la actora con el señor Serrano porque lo han oído o por hechos que les han contado, afirman también haber visto a los dos personajes en actitudes francamente reveladoras de una relación que sobrepasa la simple amistad. Todo ello constituye la prueba de que las actuaciones de la actora y del señor Serrano estructuran las faltas disciplinarias contempladas en los literales b) y c) del artículo 132 del Decreto 1950 de 1973 por tratarse de "actividades incompatibles con el decoro del cargo, con su desempeño o con el respeto y lealtad debidos a la administración pública" y "conducta pública o privada contraria a la condición de funcionario público".

Consecuente con el análisis anterior la Sala estima que en el presente caso no se estructuró el cargo de falsa motivación ni de desvío de poder formulado en la demanda y por consiguiente la sentencia consultada deberá revocarse para en su lugar denegar las peticiones de la demanda.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. Revócase la sentencia consultada, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca el día 17 de septiembre de 1982.

2. Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 29 de abril de 1983.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán, Secretario

LA ADMINISTRACION COMO DEMANDANTE. ACCION. Artílo 72 C.C.A. Este tipo de acciones corresponden a las de nulidad o de "lesividad" y no de plena jurisdicción; y por lo tanto su trámite es el ordinario de nulidad.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Bogotá, D.E., mayo dieciséis de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Actor: **Carlos Octavio Rodríguez Vásquez, Fiscal 3o. del Consejo de Estado.**

Referencia: Expediente No. 10.480

Por hallarse ajustada a derecho, admítese la demanda formulada por el señor Fiscal 3o. doctor Carlos Octavio Rodríguez Vásquez, quien con fundamento en el artículo 72 del Código Contencioso Administrativo pretende obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 108 de diciembre 7 de 1982, dictada por la Sección de Auditoría Interna de Impuestos sobre las Ventas de la Administración de Impuestos Nacionales de Cúcuta.

Cabe solamente advertir que este tipo de acciones corresponden a las de nulidad o de "lesividad" y no de plena jurisdicción como lo pretende el memorialista, pues así lo dispone y prevé el mismo artículo en que ella se funda; y por lo tanto su trámite será el ordinario de nulidad.

En consecuencia se ordena:

1. Notificar al señor agente del ministerio público.

2. Comunicar la admisión de la demanda al señor Director General de Impuestos Nacionales.

3. Fijar en lista el presente negocio por el término de cinco (5) días, para que el ministerio público, el demandante o las personas que quieran coadyuvar o impugnar la acción puedan solicitar la práctica de pruebas y hacer valer los demás derechos que la ley les otorga.

4. Notifíquese personalmente a la señora Carmen Nydia García de Sierra beneficiaria de la resolución acusada.

Cópiese y notifíquese.

Bernardo Ortiz Amaya

Jorge A. Torrado, Secretario

DECRETOS CON FUERZA DE LEY. El artículo 118, numeral 8o. de la Constitución confiere facultades al Presidente para dictar decretos con fuerza de ley que contemplan los artículos 76 ordinales 11 y 12, 80, 121 y 122 exclusivamente. Esos decretos son de conocimiento de la Corte Suprema de Justicia.

LEY CUADRO. CONTENIDO. MODIFICACIONES A LAS NORMAS PREEXISTENTES.

1. Contiene los principios básicos a los cuales debe sujetarse el Gobierno para hacer mediante decretos reglamentarios, su desarrollo permanente (artículo 120, numeral 22 y 76, numeral 22).

2. El reglamentado de la ley cuadro, puede llegar a modificar no por tener fuerza de ley sino porque la propia ley marco al dictar los principios básicos propios de su contenido, está ya modificando la normatividad existente.

DECRETOS PERMANENTES. Expedidos en ejercicio de la facultad dada por una ley cuadro o marco, no son más que decretos reglamentarios.

FACTURAS CONSULARES. La factura consular establecida en la Ley 79 de 1931, fue suprimida por el artículo 2o. del Decreto 608 de 1981 y así la factura comercial, reemplaza a la consular.

FACTURA COMERCIAL

1. La factura comercial sí puede causar el cobro de impuestos según el Decreto 608 de 1981.

2. El hecho de que el artículo 3o. del Decreto 608 de 1981, disponga que para todos los efectos fiscales la factura comercial reemplaza a la consular, no quiere decir que se pueda trasladar a la comercial la causación de la consular, sino que ésta y su impuesto desaparecen para quedar solamente el impuesto sobre la factura comercial, establecido expresamente por el numeral 37 del artículo 14 de la Ley 2a. de 1976.

3. Datos que debe contener.

FACTURA CONSULAR. IMPUESTO. El impuesto establecido para la factura consular no puede trasladarse a la factura comercial, pues se estaría creando indebidamente. Declárase la nulidad del ordinal 2o., literal f) del artículo 1o. del Decreto 00341 de 30 de marzo de 1981, así como la nulidad de los artículos 3o. y 4o. del mismo decreto contentivo del Reglamento General de Aduanas.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. **Sección Primera.** Bogotá, D.E., mayo dieciséis de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Roberto Suárez Franco**

(Proyecto del Dr. Carlos Urán).
Demandante: **Guillermo Chahín Lizcano y Pablo Cáceres Corrales**

Referencia: No. 3.948

Los ciudadanos y abogados Guillermo Chahín Lizcano y otro, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, solicitan la declaratoria de nulidad del Reglamento General de Aduanas No. 341 de 30 de marzo de 1981.

I. EL ACTO ACUSADO

El Reglamento General de Aduanas No. 00341, fue expedido por el Director General de Aduanas y por medio de él "se reglamentan los Decretos 849 de 1979 y 609 de 1981". Contiene 7 artículos que serán estudiados según los cargos de violación formulados.

II. LA DEMANDA

Como hechos, la demanda se refiere a la expedición del reglamento acusado.

Como disposiciones violadas se citan los artículos 43, 76, ordinales 1, 2, 120, ordinales 3, 22 y 135 de la C.N.

Leyes 2a. de 1976 y 6a. de 1971; Decretos 849 de 1979, 608 de 1981, 3112 de 1979 y 410 de 1971.

El concepto de la violación, de las normas antes citadas, está basado en que la potestad reglamentaria corresponde al Presidente de la República, no puede entonces ser delegada en el Director General de Aduanas, como ocurre en el caso de autos en el que, por medio del acto acusado, se reglamentan dos Decretos (849 de 1979 y 608 de 1981 que son tenidos por la demanda como decretos con fuerza de ley) y sin que se halle de por medio un reglamento técnico. En seguida, la demanda puntualiza los cargos con relación a algunos de los artículos del Reglamento General acusado, cargos que serán analizados más adelante.

III. CONCEPTO FISCAL

Las partes no presentaron alegatos de conclusión. En cuanto al concepto del fondo, el Fiscal Primero de la Corporación opina que no debe accederse a las súplicas de la demanda por cuanto los decretos reglamentados no tienen fuerza de ley; como "todo el sustento jurídico de los actores está cifrado en la premisa de que los Decretos 849 de 1971 y 608 de 1981 son decretos con fuerza de ley y ello fue desvirtuado, no cree este Despacho necesario entrar en más elucubraciones encaminadas a desvirtuar los demás cargos, pues desvirtuada la premisa principal, el silogismo queda desvirtuado y sin valor", dice el señor Fiscal.

IV. CONSIDERACIONES

La apreciación que se hace en la demanda con relación al acto acusado, en el sentido de que reglamentó dos decretos con fuerza de ley y por lo tanto

asumió indebidamente la potestad reglamentaria, carece de fundamento porque los Decretos 840 de 1979 y 608 de 1981 no tienen fuerza de ley. Para sostener lo anterior basta hacer referencia al artículo 118, numeral 8o. de la Constitución que le confiere facultades al Presidente para dictar los decretos con fuerza de ley que contemplan los artículos 76, ordinales 11 y 12, 80, 121 y 122 exclusivamente, revisan los artículos 214 literal 2 y 216 de la misma Carta mediante los cuales se atribuye competencia expresa a la Corte Suprema de Justicia para controlar la constitucionalidad de tales decretos y al Consejo de Estado para verificar ese control cuando no sean de los decretos expedidos, en ejercicio de tales facultades, es decir todos los demás. El Decreto 849 de 1979 está dictado "en ejercicio de las facultades que le confiere la Ley 6a. de 1971", y el 608 de 1981 "en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial de las que le confieren el ordinal 22 del artículo 120 de la Constitución Nacional y la Ley 6a. de 1971".

Ya se afirmó que la base constitucional invocada no permite sostener que los Decretos 849 de 1979 y 608 de 1981 tienen fuerza de ley. 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 contiene los principios básicos a los cuales debe sujetarse el Gobierno para hacer, mediante decretos reglamentarios, su desarrollo permanente (Art. 120-22 y 76-22 de la Constitución Nacional). Puede suceder que este tipo de decretos lleguen 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 propios de su contenido, está ya modificando la normatividad existente. Así ocurre por ejemplo con el artículo 3o. de la Ley 6a. de 1971 que autoriza al Gobierno para "revisar la legislación vigente y en especial la Ley 79 de 1931", lo que éste hizo por medio del Decreto 608 de 1981 aludido, al suprimir las facturas consulares establecidas por dicha ley. El artículo 5o. de este decreto también deroga varios artículos de la Ley 79 de 1931, pero se insiste, no por la fuerza de ley del decreto sino por la autorización dada en este caso por la Ley 6a. de 1971, que es la que en realidad modifica la legislación preexistente.

En resumen, este tipo de decretos permanentes expedidos en ejercicio de la facultad dada por una ley cuadro o marco, no son más que decretos reglamentarios y ese es el carácter de los Decretos 849 de 1979 y 608 de 1981.

Por lo tanto, para determinar la legalidad y constitucionalidad del acto acusado, es necesario precisar cuál es el propósito del Reglamento General de Aduanas 00341 que dice pretender la reglamentación de los dos decretos antes citados.

Para ello no es suficiente atender a la intención expresa del acápite introductorio: "por medio del cual se reglamentan los decretos...", pues puede estarse refiriendo al tipo de reglamentación interna que sí puede dictar el Director General de Aduanas, sino que es indispensable analizar el contenido de cada uno de los artículos que contiene, abordaje que se hace a continuación según los cargos formulados en la demanda.

a) Del artículo 1o. se acusa en literal f), ordinal 2o., "por contener disposiciones cuya expedición está reservada al legislador".

La norma acusada dice:

"El formulario del manifiesto de importación será presentado por el importador o su agente de aduana a la Sección de Comprobación, acompañada de los siguientes documentos...: "(...).

f) Comprobantes del Banco de la República o la entidad que éste designe, en el cual (sic) conste el depósito provisional para el pago de los siguientes impuestos... (...). 2. Impuesto sobre legalización de la factura consular previsto en la Ley 2a. de 1976, el cual se causará con la presentación a la Aduana de la factura comercial de conformidad con el artículo 3o. del Decreto 608 de 1981 o las normas que lo modifiquen o adicionen".

El cargo se concreta así: Se viola la Ley 2a. de 1976 al pretender reglamentarla y modificarla sin tener atribución para ello, pues la factura consular fue eliminada como requisito para las importaciones por medio del artículo 2o. del Decreto 608 de 1981 que además agrega en su artículo 3o. que "para todos los efectos fiscales la factura comercial reemplazará a la factura que se suprime por medio del presente decreto", sin que autorice, como lo pretende el artículo acusado, para que se diga que "se causará el impuesto con la presentación a la Aduana de la factura comercial". El actor considera igualmente como violados los artículos 43 y 76-1 de la Constitución Nacional porque al estarse refiriendo a un impuesto inexistente, el reglamento lo está creando, siendo esta una atribución reservada al Congreso, a las asambleas departamentales o a los concejos municiaples, según el caso.

SE CONSIDERA LO SIGUIENTE:

1. El Decreto 608 de 1981 suprime, por disposición del artículo 2o., la factura consular establecida en la Ley 79 de 1931 se agrega en el inciso 2o. del artículo 3o. que para todos los efectos fiscales, la factura comercial reemplazará a la consular que se suprime en el artículo 2o.

Lo anterior quiere decir que la factura comercial sí puede causar el cobro de impuestos según el Decreto 608 de 1981, lo que está en consonancia con lo dispuesto por la Ley 2a. de 1976 que en su artículo 14 dispone: causan impuesto de timbre nacional: "...37: La presentación de facturas comerciales ante las autoridades aduaneras cuando no se presenten como anexos de las consulares y el requisito de presentación sea necesario".

La Ley 2a. de 1976, en el mismo artículo 14 citado, numerales 35 y 36, se refiere a las facturas consulares porque en esa época no habían sido suprimidas; se aludía a las establecidas por la Ley 79 de 1931. Al desaparecer, tales numerales se tornan en inocuos puesto que regulan algo inexistente.

Entonces el literal 2 del numeral f) del artículo 1o. acusado, debe ser anulado por violación del artículo 3o. del Decreto 608 de 1981 puesto que está reviviendo una clase de facturas, la consular, que fue suprimida por esta norma superior; y, además por violación del artículo 43 de la Constitución Nacional puesto que está trasladando a la factura comercial un impuesto desaparecido. El hecho de que el artículo 3o. del decreto disponga que para todos los efectos fiscales la factura comercial reemplaza a la consular, no quiere decir que se pueda, trasladar a la comercial la causación de la consular, sino que ésta y su impuesto desaparecen para quedar solamente el impuesto

sobre la factura comercial, establecido expresamente por el numeral 37 del artículo 14 de la Ley 2a. de 1976.

b) Se acusa el artículo 2o. del Reglamento que dice:

"Artículo 2o. De acuerdo con lo establecido en el artículo 4o. del Decreto 608 de 1981, la factura comercial deberá contener por lo menos los siguientes datos:

1. Nombre del exportador.
2. Nombre del importador.
3. Descripción de la mercancía.
4. Precio unitario.
5. Precio total de las mercancías amparadas por cada factura.
6. Cantidad de la mercancía.
7. Clase de embalaje".

El cargo contra este artículo se fundamenta en la violación del artículo 76 numerales 1 y 2 de la Constitución Nacional y 773 y 944 del Código de Comercio porque, según se afirma en su texto, es facultad del Congreso fijar los requisitos de las facturas comerciales.

La Sala considera que no le asiste razón al demandante, no solo porque el artículo 4o. del Decreto 608 de 1982 expresamente autoriza al Director General de Aduanas para establecer los requisitos de la factura comercial, sino porque en ningún momento se está ejerciendo una función legislativa como sería, por ejemplo, establecer la factura como requisito, o crear un impuesto sobre ella, tal como ocurre en el cargo anterior. Lo establecido por el artículo 2o. acusado podía hacerlo el Director General de Aduanas, aún sin la autorización mencionada, porque hace parte del reglamento técnico que bien puede dictar. Los requisitos a que se ha hecho alusión solo implican disposiciones de orden técnico, que sería semejantes a aquella en que se establezca que la factura comercial debe ser de un color determinado y presentarse ante determinado funcionario de la Aduana, lo cual está dentro de las atribuciones del Director.

c) Artículo 3o. Dice su texto:

"Artículo 3o. Sobre el original o copia de cada factura comercial que se presente a la Aduana, se anularán estampillas de timbre nacional por valor de ocho (8.oo) pesos m/cte. de conformidad con lo establecido en el numeral 35 del literal b) del artículo 1o. del Decreto 3213 de 1979.

"Parágrafo. Cuando el Gobierno Nacional modificare el valor de este impuesto, en virtud de las facultades establecidas en el artículo 31 de la Ley 2a. de 1976, el importador deberá colocar estampillas de timbre nacional por el monto que se estableciere".

En el cargo contra este artículo se sostiene que, por medio de él, también se está creando un impuesto en razón de que el numeral 35 literal b) artículo

1o. del Decreto 3212 de 1979 se refiere a facturas consulares, mientras el artículo acusado lo está aplicando para facturas comerciales. Por ello el actor entiende como violados los artículos 43, 76 y 120 de la Constitución Nacional que definen quiénes pueden crear tributos, modificar leyes y los artículos 14 ordinal 35 de la Ley 2a. de 1976 y artículo 1o. ordinal 35 literal b) del Decreto 3212 de 1979.

Este cargo está llamado a prosperar, por violación de las normas citadas porque, en efecto, el artículo 3o. al trasladar a la factura comercial, el impuesto establecido para la factura consular, lo está creando indebidamente, tal como ocurre con el cargo formulado contra el artículo 1o. ya analizado, cuyo razonamiento es válido también en esta oportunidad.

d) El artículo 4o. dice:

"Artículo 4o. A partir del 10 de mayo de 1981, sólo requerirán de visación consular, los conocimientos de embarque expedidos para mercancías amparadas con licencias o registro de importación los cuales se les hubiere colocado el sello de reserva de carga.

"En consecuencia las facturas comerciales, las guías de transporte aéreo, los conocimientos de transporte terrestre y los conocimientos de embarque expedidos para mercancías amparadas por registros o licencias de importación sobre los cuales no se hubiere colocado el sello de reserva de carga, o éste hubiere sido levantado, no requerirán de visación consular".

El cargo contra el artículo 4o. está referido a la violación de los artículos 76 y 120, numeral 22 de la Constitución Nacional y de la Ley 6a. de 1971 porque, según la demanda, se está legislando sobre las funciones de los cónsules colombianos y sobre los requisitos para los importadores de mercancías, lo que debe "regularse por la ley o por la combinación de la ley cuadro y la que se haga en los decretos que la desarrollen".

El cargo debe prosperar por las mismas razones expuestas en la demanda. En efecto, lo anterior no es materia propia de un reglamento interno y sí por el contrario de la ley según el ordinal 22 de los artículos 76 y 122 de la Constitución Nacional, cuando hablan de "demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas".

Las otras disposiciones del decreto no fueron acusadas mediante cargos específicos y como se vio, la consideración general referida a la globalidad del decreto no permite declarar su nulidad.

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

FALLA:

1o. Declárase la nulidad del ordinal 2, literal f) del artículo 1o., del Decreto No. 00341 de 30 de marzo de 1981, así como la nulidad de los artículos 3o. y 4o. del mismo decreto contentivo del Reglamento General de Aduanas.

2o. No se accede a las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Sesión del día 22 de abril de 1983.

Mario Enrique Pérez Velasco, Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

SUPRESION DE CARGOS.

1. Consecuencias.

2. Derecho de preferencial.

3. ¿Cuándo opera?

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.E., dieciocho de mayo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejera ponente: **Dra. Aydée Anzola Linares**

Actores: **Lydia Cepeda de Muñoz, Jorge E. Barreto, Ceferino León Jiménez y Ana Rey de Vargas.**

Referencia: Expedientes números 2.954, 3.991, 3.845 y 4.505

En los procesos acumulados y que corresponden, en su orden, a los demandantes Lydia Cepeda de Muñoz, Jorge E. Barreto, Ceferino León Jiménez y Ana Rey de Vargas, se solicitaron por conducto de apoderado, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, las siguientes declaraciones:

Proceso No. 2.954. "Primera: Que es nula la Resolución No. 1483 de 24 de agosto de 1973, expedida por el Liquidador del Instituto Nacional de Provisiones Inalpro, por medio de la cual se suprime el cargo de secretaria V-18, Sección Pedidos y Licitaciones de la División de Adquisiciones de la Subgerencia de Operaciones que venía desempeñando la señora Lydia Cepeda de Muñoz".

"Segunda: Que como consecuencia de lo anterior, se declaró que la señora Lydia Cepeda de Muñoz tiene derecho a ser reintegrada a otro empleo de carrera que se encuentre vacante u ocupado por un empleado provisional en relación con el cargo que venía desempeñando cuando fue suprimido, o a otro de igual o superior categoría y remuneración".

"Tercera: Que así mismo se disponga que el Ministerio de Hacienda (Instituto Nacional de Provisiones) deberá pagar a la señora Lydia Cepeda de Muñoz, el valor de los sueldos, primas, vacaciones aumentos, bonificaciones y demás prestaciones dejados de percibir a partir de la fecha en que fue separa-

da del servicio en virtud de la supresión de su empleo y hasta cuando sea reintegrada en forma legal".

"Cuarta: Que igualmente se declare que para todos los efectos legales, no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios de la demandante desde la fecha de la separación del empleo y hasta cuando se produzca su reintegro".

"Quinta: Que a las anteriores declaraciones se les dará cumplimiento dentro de los términos previstos en el artículo 121 del C.C.A.".

Proceso No. 3.845. "Primera: Que es nula la Resolución No. 1766 de 26 de mayo de 1977 expedida por el Liquidador del Instituto Nacional de Provisiones INALPRO, por medio de la cual se suprime el cargo de Jefe de Personal Auxilar IV-13 Sección Registro y Control, División Relaciones Industriales desempeñado por el señor Ceferino León Jiménez".

"Segunda: Que como consecuencia de lo anterior se declare que el señor Ceferino León Jiménez tiene derecho a ser reintegrado al mismo cargo que venía desempeñando o a otro empleo de carrera que se encuentre vacante u ocupado por un empleo provisional, en el Instituto Nacional de Provisiones o en el Ministerio de Hacienda, al cual pertenece dicho organismo".

"Tercera: Que así mismo se disponga que el Ministerio de Hacienda (Instituto Nacional de Provisiones) deberá pagar al señor Ceferino León Jiménez, el valor de los sueldos, primas, vacaciones, bonificaciones, aumentos y demás prestaciones sociales dejados de percibir a partir de la fecha en que quedó separado del servicio en virtud de la supresión de su empleo y hasta cuando sea reintegrado en forma legal".

"Cuarta: Que igualmente se declare que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios de mi poderdante desde la fecha de la separación del empleo y hasta cuando se produzca su reintegro".

"Quinta: Que a las anteriores declaraciones se les deberá dar cumplimiento dentro de los términos previstos en el artículo 121 del C.C.A.".

Proceso No. 3.991. "Primera: Que es nula la Resolución No. 1507 de 6 de septiembre de 1976, expedida por el Liquidador del Instituto Nacional de Provisiones INALPRO, por medio de la cual se suprime el cargo de auxiliar de almacén No. V-12, Sección Almacén Central, División de Almacenes de la Subgerencia de Operaciones que venía desempeñando el señor Jorge E. Barreto".

"Segunda: Que como consecuencia de lo anterior, se declare que el señor Jorge E. Barreto, tiene derecho a ser reintegrado al mismo cargo que venía desempeñando en el caso de encontrarse nuevamente creado o a otro empleo de carrera que se encuentre vacante u ocupado por un empleado provisional, en el Instituto Nacional de Previsiones o en el Ministerio de Hacienda, al cual pertenece dicho organismo".

"Tercera: Que así mismo se disponga que el Ministerio de Hacienda (Instituto Nacional de Provisiones), deberá pagar al señor Jorge E. Barreto, o

a quien sus derechos represente, el valor de los sueldos, primas, vacaciones, aumentos, bonificaciones y demás prestaciones dejados de percibir desde la fecha de su separación del empleo y hasta cuando se produzca su reintegro".

"Cuarta: Que igualmente se declare que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios de mi poderdante desde la fecha de la separación del empleo y hasta cuando se produzca su reintegro".

"Quinta: Que a las anteriores declaraciones se les deberá dar cumplimiento dentro de los términos previstos en el artículo 121 del C.C.A.".

Proceso No. 4.505. "Primera: Que es nula la Resolución número 1892 de 29 de agosto de 1977, expedida por el Liquidador del Instituto Nacional de Provisiones INALPRO, por medio de la cual se suprime el cargo de Secretaria V-1 Sección Pedidos y Licitaciones División de Adquisiciones de la Subgerencia de Operaciones que venía desempeñando la señora Ana Rey de Vargas".

"Segunda: Que como consecuencia de lo anterior se declare que la señora Ana Rey de Vargas tiene derecho a ser reintegrada al mismo cargo que venía desempeñando o a otro empleo de carrera que se encuentre vacante u ocupado por un empleado provisional en el Instituto Nacional de Provisiones o en el Ministerio de Hacienda al cual pertenece dicho organismo".

"Tercera: Que así mismo se disponga que el Ministerio de Hacienda (Instituto Nacional de Provisiones) deberá pagar a la señora Ana Rey de Vargas, el valor de los sueldos, primas, vacaciones, bonificaciones, aumentos y demás prestaciones sociales dejados de percibir a partir de la fecha en que quedó separada del servicio en virtud de la supresión de su empleo y hasta cuando sea reintegrada en forma legal".

"Cuarta: Que igualmente se declare que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios de mi poderdante desde la fecha de la separación del empleo y hasta cuando se produzca su reintegro".

"Quinta: Que a las anteriores declaraciones se les deberá dar cumplimiento dentro de los términos previstos en el artículo 121 del C.C.A.".

En las cuatro demandas aparecen relacionados los hechos en los cuales se fundamentan las peticiones, así como las normas legales violadas y el concepto de la violación.

No observándose defecto de nulidad que invalide lo actuado, se pasa a resolver, previas las consideraciones siguientes:

Sea lo primero hacer notar que en cada uno de los procesos se demostró que los accionantes venían prestando sus servicios, en los cargos a que se contraen las demandas y que se encontraban escalafonados en la carrera administrativa. Probado está, además, que el liquidador de INALPRO envió a cada demandante una nota mediante la cual les comunicaba que "para dar cumplimiento a los Decretos 2400 de 1968, artículo 28 y 48 y 1950 de 1973, artículo 244 y 245 debían dirigirse a cualquiera de las entidades públicas que presentarán empleos de carrera, vacantes u ocupados por empleados provisio-

nales, a los cuales hubieran pasado algunas de las funciones que tenía asignadas Inalpro y agrega. Si su petición es negada, o si no encuentra organismos a los cuales acudir, pueda dirigirse al Consejo Superior del Servicio Civil, en los términos del artículo 245 del Decreto 1950 de 1973".

Ahora bien: de conformidad con las normas citadas en la nota anteriormente examinada concretamente el artículo 48 del Decreto 2400 de 1968, dice: "cuando por motivo de reorganización de una dependencia o de traslado de funciones de una entidad a otra, o por cualquiera otra causa se supriman cargos de carrera desempeñados por empleados inscritos en el escalafón, éstos tendrán derecho preferencial a ser nombrados en puestos equivalentes de la nueva planta de personal o en los existentes o que se creen en la entidad a la cual se trasladan las funciones. "Si a juicio de la autoridad nominadora no existieren empleos equivalentes, el interesado podrá formular una petición al Consejo Superior del Servicio Civil, para que se considere su caso, el cual será examinado con asistencia de un delegado del organismo y del peticionario, o de su representante. Por su parte el Decreto 1950 de 1973, en sus artículos 244 a 245, preceptúa: "Los efectos de la supresión de un empleo de carrera son:

1... 2... 3... 4. "El empleado escalafonado en carrera administrativa deberá ser nombrado sin solución de continuidad en otro empleo de carrera que se encuentre vacante u ocupado por un empleado provisional de conformidad con lo previsto en el artículo 48 del Decreto 2400 de 1968.

En caso de que no sea posible su designación por no haber empleo o por no existir en las condiciones anotadas, deberá ser nombrado dentro de los seis meses siguientes, en el primer empleo de carrera que se cree similar al suprimido o en el que se produzca vacante definitiva.

Parágrafo 1o. Cuando la supresión del empleo obedezca a traslado de funciones de un organismo a otro, los escalafonados tendrán derecho a ser nombrados en los cargos de carrera que se creen en el organismo a donde se trasladen las funciones.

Parágrafo 2o. Para los casos contemplados en los numerales 3o. y 4o. y el parágrafo 1o. del presente artículo, el empleado no requerirá presentación de un nuevo concurso.

En los casos del numeral 4o. del artículo anterior y cuando a juicio de la autoridad nominadora o del interesado no se dieren las circunstancias a que se refiere la mencionada norma, a solicitud de éste, el Consejo Superior del Servicio Civil decidirá sobre la petición, previa audiencia en que se oirá a un delegado del organismo y al peticionario o a su representante".

En el caso de estudio no está demostrado que en la época en que se produjo la liquidación de Inalpro, en cada uno de los organismos entre los cuales se distribuyeron algunas de las funciones que tenía asignadas aquella entidad, se encontrarán cargos de carrera desempeñados en forma provisional o que estuvieren vacantes.

Lo que indican las pruebas aportadas a los autos, en lo que respecta al Ministerio de Hacienda, es que si bien es cierto que todos los bienes que tenía Inalpro así como su pasivo pasaron a dicho organismo, también es evidente

que las normas legales por medio de las cuales se dispuso la liquidación del Instituto al cual estaban vinculados los demandantes, y se facultó a su liquidador para declarar las insubsistencias de todos los servidores, no facultaron al Ministerio de Hacienda para recibir a los empleados de Inalpro ni para crear cargos en su planta de personal que suplieran los que tenía el Instituto nombrado, pues en realidad no se trataba de la reorganización de ninguna de las dependencias de las dos entidades nombradas, ni de "traslado de funciones de un organismo al otro, o de crear o ampliar la planta de personal, del Ministerio de Hacienda. Demuestra también el acervo probatorio, que en el caso concreto de la accionante Lydia Cepeda de Muñoz y de acuerdo con la certificación expedida por la División de Salarios y Clasificación del Departamento Administrativo del Servicio Civil, el cargo V-18 que desempeñaba ésta en el Instituto Nacional de Provisiones, era equivalente en la época en que se produjo su insubsistencia, al cargo de Secretario III-14 y que con esta nomenclatura existían en el Ministerio de Hacienda un total de 149 cargos, pero no se probó en el proceso, que en ese entonces, uno o más de dichos cargos encontrarán vacantes o desempeñados con carácter provisional, lo cual tiene ocurrencia cuando se trata de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado, en cuyo caso el período provisional no podrá exceder de cuatro meses, al tenor del artículo 5o. del citado Decreto 2400 de 1968. Por otra parte, no debe perderse de vista que cuando no existan las condiciones o circunstancias indicadas en la ley, le corresponde al interesado acudir al Departamento Administrativo del Servicio Civil para que este organismo decida en definitiva, circunstancia ésta que no obtuvo demostración alguna en el informativo. Luego, por este aspecto las súplicas impetradas en las demandas que fueron materia de acumulación, no deben prosperar.

Finalmente, la Sala considera necesario transcribir lo dicho, en varias ocasiones, en negocios similares al presente entre otros casos, en la sentencia fechada el 15 de julio de 1981, actor Luis A. Forero Baracaldo, ponente, quien ahora redacta ésta, uno de cuyos apartes es aplicable a todos y cada uno de los procesos acumulados que ahora se examinan y en el cual se lee:

"Mediante Decreto Extraordinario No. 657 de 10 de abril de 1974 el Instituto Nacional de Provisiones (INALPRO) fue suprimido y por lo tanto, entró en período de liquidación, a partir de la fecha de vigencia de dicho estatuto. Fue así como las funciones que aquel organismo venía cumpliendo, se distribuyeron entre diferentes entidades que hacen parte de la Administración pública en forma tal que la designación del liquidador y del respectivo representante de la Contraloría, según lo anota la Agencia Fiscal, debe entenderse como encaminada a la liquidación patrimonial del Instituto, de su pasivo y al paso de todos los bienes adscritos a él o de su pertenencia, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Por esta razón es elemental considerar que una vez suprimido INALPRO y derogado el Decreto 2370 de 1968 que lo creó quedaron sin piso jurídico los actos jurídicos que reposaban sobre la base del mismo, esto es, el acto que fijó la planta de personal y la Resolución en cuya virtud fue vinculado el demandante al ente suprimido, pues la desaparición del Instituto referido necesariamente tenía que producir la liquidación de todas las dependencias que lo componían. En consecuencia, como lo dijo la Sala en un caso similar al presente, se produce aquí el fenómeno que algunos autores han denominado el decaimiento del acto o actos administrativos que

vinculaban al demandante con el Instituto Nacional de Provisiones por derogación del precepto legal en que se fundamentaban aquéllos. Es así cómo se ha dicho que la supresión de uno o varios empleados acarrea como consecuencia la inutilidad del acto de nombramiento del titular de cada uno de ellos".

"De conformidad con lo anteriormente transcrito se concluye que en el caso de estudio el acto que declaró la insubsistencia del accionante, en realidad no fue el que motivó su desvinculación de INALPRO, sino el Decreto-ley que suprimió a este organismo. Además, en el evento de que fuera posible decretar la nulidad pretendida, no se ve cómo se podría condenar, a un ente que ha desaparecido de la vida jurídica a reintegrar al actor, y además, a pagarle todos los emolumentos salariales dejados de percibir desde la fecha en que fue retirado del servicio".

"Y como bien lo anota la Agencia del Ministerio Público, "Los decretos o reglamentos que se expidan para el cumplimiento de las leyes (o de los Decretos con fuerza de tal como el que suprimió a INALPRO) no pueden ser interpretadas de manera que se llegue al absurdo o que su inteligencia conduzca a distorsionar el verdadero sentido de las normas en ellas contenidas. Así el recto entendimiento del artículo 1o. numeral 4o. del Decreto 729 de 1974 permite concluir que cuando el Gobierno facultó al Liquidador para declarar insubsistencias y suprimir cargos en la citada entidad, quiso significar que los funcionarios —de hecho por la supresión— nombrados para desempeñar los empleos de la extinguida planta de personal, que no fueran necesarios para la liquidación, debían cesar en la situación de hecho en que se encontraban y conservar únicamente para los fines de la liquidación, a quienes fueran estrictamente necesarios".

Lo anteriormente expuesto es suficiente para concluir que los fallos apelados deben confirmarse porque se ajustan a derecho.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto fiscal,

FALLA:

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, con fechas, 29 de julio de 1978, 28 de julio de 1979, 8 de junio de 1979 y 26 de abril de 1980, por medio de las cuales se negaron las peticiones impetradas por Lydia Cepeda de Muñoz, Jorge E. Barreto, Ceferino León Jiménez y Ana Rey de Vargas, respectivamente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día veintinueve (29) de abril de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

LA ADMINISTRACION COMO DEMANDANTE DE SUS PROPIOS ACTOS. El artículo 72 C.C.A., permite a la Administración, corregir por esta vía, errores en que hubiere incurrido al dictar un acto administrativo, el cual puede violar la constitución o la ley, causar grave e injusto detrimento al Tesoro Público o atentar contra el interés público o social.

REVOCACION DIRECTA. Consentimiento del beneficiario (Decreto 2733 de 1959, artículo 24).

PENSION DE JUBILACION. RELIQUIDACION. Decreto 309 de 1958 artículo 3o. Reajustes ilegales.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.E., treinta y uno de mayo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Joaquín Vanín Tello**

Actor: **Caja Nacional de Previsión Social**

Referencia: Expediente No. 5.671 Autoridades Nacionales

La Caja Nacional de Previsión, actuando por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, presentó ante esta Corporación demanda enderezada a hacer valer las siguientes pretensiones:

"1. Que se declare la nulidad y consiguiente restablecimiento del derecho violado por el acto administrativo conformado por la Resolución No. 0291 de enero 28 de 1981, notificada en febrero 9 de 1981 dictada ilegalmente por la Caja Nacional de Previsión, por cuanto el reconocimiento a la reliquidación se efectuó sin el lleno de los requisitos legales como era la declaración juramentada del retiro y la resolución de la Empresa nominadora sobre la aceptación de la renuncia. Y más aún que en base al monto de dicha reliquidación, se operaron encima de éste nuevamente los reajustes ordenados por el Decreto 435 de 1971, 446/73, 1221 de 1975 y la Ley 4/76 reajusta hasta el año de 1980, cuando éstos ya se habían reconocido con mucha anterioridad.

"Es más, en el artículo segundo de la resolución que nos ocupa se está efectuando una reliquidación ordenada por el Decreto 435 de 1971, cuando dicho decreto no ordena reliquidar sino reajustar. Tenemos pues en un solo artículo dos errores.

"2. Que como consecuencia de la nulidad propuesta, se declare por esa alta corporación que la Caja Nacional de Previsión no está obligada a reconocer a título de reliquidación y de reajustes que ya fueron efectuados en la pensión del señor Eduardo Luciano Narváez Caicedo, y, por tal la Caja Nacional de Previsión no está obligada al pago de las sumas reconocidas ilegalmente por la resolución de la cual se solicita su anulación.

"3. En estas condiciones solicito a la vez, que sea considerada en el curso de la admisión de la demanda, la suspensión provisional para el efecto de la resolución impugnada No. 0291 de enero 28 de 1981, por estar en abierta

contraposición con las disposiciones legales vigentes y ser suficientemente ostensibles los errores en cuanto hubo una reliquidación pensional sin derecho a ellos por el no lleno de los requisitos exigidos por la ley, sino también que dicha reliquidación se efectuó ordenando su pago desde octubre primero (1o.) de 1972, más aún efectuando los reajustes ordenados desde la vigencia del Decreto 435/73, 1221/75 y Ley 4a./76 hasta el año de 1980, cuando éstos ya habían sido reconocidos en la pensión de jubilación inicial del titular.

"4. La Caja Nacional de Previsión, dará cumplimiento al fallo correspondiente dentro de los (30) treinta días siguientes a su ejecutoria, en los términos del artículo 121 del C.C.A.".

Como fundamentos de hecho de la demanda, expone la actora los siguientes:

"1. La Caja Nacional de Previsión, mediante Resolución No. 02864 de julio 10 de 1964, reconoció a favor del señor Eduardo Luciano Narváez Caicedo, identificado con la cédula de ciudadanía No. 81.790 de Bogotá, una pensión mensual de jubilación por la suma de $645.77 pesos M/cte. mensuales, efectiva a partir de octubre 14 de 1962, fecha en que cumplió los requisitos, y por ser un servidor del ramo docente; dicha pensión fue notificada personalmente en julio 11 de 1964.

"Es de anotar que dicha pensión fue reconocida con tiempos acreditados de servicio hasta marzo 30 de 1964.

"2. Que dicha pensión fue reajustada con la Ley 1/63, Ley 67/64, Ley 4/66, Ley 5/69. Decreto 435/71, 1221/75, Ley 4a./76 hasta el año de 1980.

"3. Que el señor Narváez Caicedo, en memorial de agosto 22 de 1978 (fls. 199-200), solicita se le reajuste o reliquide su pensión ypara el efecto anexa tiempos laborados desde abril 1o. de 1964 hasta agosto 30 de 1979, ininterrumpidamente como profesor de la Banda Nacional dependiente del Ministerio de Educación Nacional y posteriormente sin dejar interrupción pasaron a hacer parte del Instituto Colombiano de Cultura a partir de agosto de 1969 según la Resolución No. 0011 de agosto 14 de 1969.

"4. Mediante la Resolución No. 0291 de enero 28/81, errónea e ilegal, la Caja Nacional de Previsión reliquido y volvió a reconocer todos los reajustes enunciados anteriormente y que ya se habían reconocido al señor Narváez Caicedo y más aún ordenado el pago de ésta con retroactividad al primero de octubre de 1972.

"5. Teniéndose en cuenta que la Resolución No. 00291 de enero 28/81, fue notificada y se hizo efectivo, se hace necesario de conformidad con el artículo 72 del C.C.A. y 24 del Decreto 2733 de 1959, plantear la demanda de nulidad contra dicho acto".

Como normas violadas se señalan en la demanda los Decreto 2400 de 1968, artículo 9o., 2285 de 1968, artículo 9o., 2285 de 1955, 309 de 1958, artículo 3o., Leyes 24 de 1947, en el parágrafo 2o. de los artículos 1o., y 64 de 1947 y artículo 64 de la Constitución Nacional.

El concepto de la violación lo expone la apoderada de la demandante en los siguientes términos:

"La Caja Nacional de Previsión, al proferir la Resolución No. 00291 de enero 28/81, ha violado ostensiblemente el artículo 64 de la Constitución Nacional, el artículo 9o. del Decreto 2400/68 y 2285/68, Decreto 2285/55 y el Decreto 309 de 1958 artículo 3o., que prescriben los tres primeros que nadie podía recibir más de una asignación del Tesoro Público; y las dos últimas leyes que reglamentaron el régimen de excepción aplicables al ramo docente y éstos estipulan que para reliquidar una pensión de dicho ramo es necesario que tenga un lapso de interrupción comprobada y después su incorporación por cuatro años más a la docencia; pues tanto el peticionario como el sustanciador de esta reliquidación han querido darle un carácter diferente hablando de disposiciones aplicables del Decreto 1848/69 que por normas para el sector público en general y no para el ramo docente, que está regido por normas de excepción, como lo es el Decreto 309 de 1958, que se refiere a servidores del ramo docente pensionados con arreglo a las leyes, *que hayan* vuelto o *vuelvan* al servicio de la educación para el efecto de reajustar la pensión con cuatro (4) años de servicio ininterrumpidos.

"Es lógico entender que lo dicho anteriormente en el Decreto 309 de 1958 habla de quienes *pensionados* se retiraron del servicio y vuelven (y para volver es necesario haberse separado). Caso que no es del señor Narváez Caicedo, porque precisamente a él y con antelación a la resolución que estoy solicitando su anulación la Caja Nacional le había negado el derecho a la reliquidación, por no haber acreditado plenamente el retiro definitivo en ninguna época (Resolución de la Entidad nominadora aceptándole la renuncia y declaración juramentada sobre el particular).

"Es el caso enunciar que la pensión reliquidada o revisada si se tuviera el derecho solo se causaría a partir de la fecha hasta la cual acreditó tiempo de servicio; y no como se está efectuando en ésta".

El señor Eduardo Luciano Narváez Caicedo se vinculó al proceso, por intermedio de apoderado, quien en el escrito de impugnación hizo, en síntesis, los siguientes planteamientos:

1o. Impugna en el proceso la Resolución No. 00291 de 1981 "la *misma* entidad que la profirió, representada por la *misma* persona que la suscribió".

2o. Hay indebida acumulación de pretensiones y, por lo tanto, la demanda es inepta. Al respecto dice el opositor: "En el capítulo de las declaraciones se pide: "1o. Que se decrete la nulidad y consiguiente restablecimiento del derecho violado por el acto administrativo conformado por la Resolución No. 00291 de 28 de enero de 1981 dictada ilegalmente por la Caja Nacional de Previsión Social". "2o. Que como consecuencia de la nulidad propuesta, se declare por esa Alta Corporación que la Caja Nacional de Previsión Social no está obligada a reconocer a título de reliquidación y de reajustes que ya fueron efectuados en la pensión del Sr. Eduardo Luciano Narváez Caicedo, y por lo tanto, la Caja no está obligada al pago de las sumas ilegalmente reconocidas por la Resolución de la cual se solicita la nulidad".

"Obsérvase bien, que se trata de una demanda de restablecimiento del derecho, sin que como lo exige el Art. 85 del C.C.A., se indiquen las prestaciones, ya se trate de indemnizaciones, o de modificación o reforma del acto demandado, o del hecho u operación administrativa que causa la demanda. Esa exigencia del artículo citado no la llena la demanda.

"Se está ejercitando, entonces, la acción de plena jurisdicción indirectamente, como consecuencia de la demostración de nulidad del acto de la Administración que se estima contrario a un status, a una situación jurídica personal y concreta, pero en vez de decirse en qué debe consistir el restablecimiento de ese derecho que conviene al status, a la situación jurídica propia de La Caja Nacional de Previsión, amparado en una norma de Derecho Administrativo o civil que se considere violada, el actor pide en el punto tercero del capítulo de las declaraciones que esa Alta Corporación declare que La Caja Nacional de Previsión *no está obligada a pagar, que no debe los reajustes de pensión* que fueron solicitados y reconocidos por la vía gubernativa, porque ya fueron efectuados, pretensión para la cual no tiene competencia La Corporación a la cual se ocurre o acude en demanda, toda vez que ese asunto sería materia de un proceso distinto y de él debería haber conocido otra entidad y si como se afirma esos "reajustes ya fueron efectuados en la pensión del señor Eduardo Luciano Narváez Caicedo", tal hecho debió proponerse como excepción de pago oportunamente durante la reclamación administrativa o en el ejecutivo laboral que contra La Caja se adelanta por mi cliente ante el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá. Ahora bien, si ese asunto no es del conocimiento de esa Corporación porque las reglas de competencia se lo atribuyen a otra entidad, entonces la ineptitud de la demanda se hace manifiesta".

3o. De conformidad con el artículo 52 —ordinal 5o.— del C.C.A., de las acciones relacionadas con pensiones conocen privativamente y en una sola instancia los Tribunales Administrativos.

4o. La Resolución impugnada no infringió las disposiciones que prohíben percibir más de una asignación del Tesoro Público, ni las que regulan el régimen de las excepciones, pues siendo el beneficiario integrante de la Banda de Músicos de Bogotá, al tenor del artículo 4o. de la Ley 67 de 1964, tenía el carácter de profesor para todos los efectos legales y fiscales, y podía, por consiguiente, percibir conjuntamente sueldo y pensión de jubilación, de conformidad con el parágrafo del mismo artículo. Si ello es válido para la pensión lo es también para la reliquidación que ordena el Decreto 1848 de 1969. Por las mismas razones, la resolución no viola el Decreto 2285 de 1955, el cual consagra, en su artículo 20, que la Banda Nacional de Músicos es una institución docente y establece que sus componentes pueden gozar simultáneamente de pensión y sueldo.

5o. El acto acusado tampoco viola el Decreto 309 de 1958, pues la reliquidación en cuestión no se rige por dicho decreto sino por las normas especiales dictadas en favor de los miembros de la Banda Nacional de Músicos mediante el Decreto 2285 de 1955 y la Ley 67 de 1964 como también por los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

6o. De conformidad con sentencia de esta Sala, tratándose de servidores del ramo docente, no es requisito para el disfrute de la pensión de jubilación, demostrar el retiro definitivo del servicio oficial.

7o. "Si no es necesario el retiro del empleado con carácter docente, puede permanecer en su cargo y disfrutar de la pensión y seguir percibiendo su sueldo correspondiente al cargo; y si puede percibir la pensión, no existe ninguna razón válida para que no pueda percibir la reliquidación pensional con los reajustes que correspondan a los incrementos que se producen en la pensión causada, por efecto de las nuevas leyes que establecen tales reajustes".

En el memorial visible a folios 50, 51 y 52 del expediente refuerza el impugnador los anteriores argumentos, destinados a obtener que se denieguen las súplicas de la demanda, para lo cual cita una sentencia del Consejo de Estado, interpretativa del artículo 1o. del Decreto 2285 de 1955 y se apoya también en lo dispuesto en los Decretos 320 de 1949 y 224 de 1972.

Por su parte, la demandante, amplía los argumentos de la demanda, en su alegato de conclusión, del cual se transcribe el siguiente aparte:

"Es de anotar tal como lo dije en mi libelo de demanda que esta Entidad había negado la reliquidación pensional al señor Narváez Caicedo por medio de la Resolución No. 8697 de noviembre 19 de 1979, por no reunir los presupuestos ordenados por el Decreto 0309 de 1958, y que un funcionario inescrupuloso al desatar el recurso de apelación presentado contra la resolución en mención desató dicho recurso en favor del señor Narváez Caicedo, argumentando en ál su reincorporación al servicio, cuando en efecto no existió tal reincorporación y no aportó los documentos conducentes a ello. Es más al reconocer la reliquidación pensional en la Resolución 00291 de enero 28 de 1981, se reajustó nuevamente la pensión con el Decreto 435 de 1971, 446/73, 1221 de 1975 y todos los reajustes de la Ley 4a. de 1976 hasta el año de 1980, con retroactividad al pago de dicha pensión desde octubre primero de 1972, monto total de la pensión que cobra el interesado por medio de apoderado sin hacer ninguna deducción de lo que ya le había cancelado esta entidad por dicho concepto en ejecutivo llevado a cabo en el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá y cuya cuantía fue por un valor de $2'809.33, presentándose en ello el fenómeno del doble pago, puesto que en la resolución citada se practica la operación de reajuste de la pensión de jubilación que había sido liquidada a favor del señor Eduardo Luciano Narváez Caicedo mediante la Resolución No. 02864 de junio 10 de 1964, dándole a ésta aplicación a lo establecido en los Decretos 435 de 1971, 446 de 1973, 1221 de 1975 y Ley 4a. de 1976, lo que era precedente puesto que fueron efectuados sobre el monto de la pensión inicial y así lo había aplicado la Entidad de Previsión Social. Pero el error ostensible en que incurrió la Caja Nacional en esta oportunidad es que, posterior a estos reajustes, reliquidó la pensión del señor Narváez Caicedo sin tener derecho con lo devengado del 1o. de septiembre de 1978 al 31 de agosto de 1979. El promedio mensual de lo devengado en estos doce (12) meses fue la suma de $14.260.87. Sobre esta nueva suma la Caja procedió nuevamente a aplicar los reajustes ordenados por los Decretos 435/71, 446/73, 1221/75 y Ley 4a./76, hasta el año de 1080. Los reajustes decretados en esta forma condujeron a que con base en un sueldo promedio de $14.260.87 se obtuviera una pensión total de $49.227.99, o sea que la pensión de jubilación resulta más de tres (3) veces superior al sueldo en actividad del empleo, lo que repugna ostensiblemente a los presupuestos de la entidad de Previsión y lesiona el patrimonio de todos sus afiliados".

En su concepto de fondo, quien desempeñaba entonces el cargo de Fiscal Cuarto del Consejo de Estado solicitó que se accediera a las súplicas de la demanda, a la cual hace algunas observaciones. Se transcriben los siguientes apartes del concepto de la entonces Fiscal Cuarto de la Corporación, en los cuales sus razonamientos están bien fundados y son notablemente acertados:

"Aspectos procesales: Dadas las condiciones concretas del negocio sub-lite, no podía la accionante formular la pretensión 2a. de la demanda en la forma como lo plantea el apoderado del pensionado (fls. 20-21, Cuad. No. 1), o sea, solicitando *positivamente* el restablecimiento de un derecho subjetivo según el tenor literal del Art. 85 del C.C.A., pues de acuerdo con el procurador especial del demandado los valores reconocidos en el acto enjuiciado no han sido solucionados y en esas circunstancias dicha pretensión, consecuencia lógica y obvia de lo impetrado en la primera, no podía elaborarse de otra manera, de lo cual es forzoso entender que equivale al restablecimiento del derecho que en el libelo inicial, se había indicado, sin que por no haberse señalado de la manera como lo cree la parte demandada puede generarse un vicio que conduzca imperativamente a un pronunciamiento inhibitorio.

"De otro lado, no es de recibo la tesis de que el negocio sub-lite sea de competencia de otras autoridades jurisdiccionales, pues la materia es evidentemente contencioso administrativo y la Caja Nacional de Previsión bien podía intentar la acción en análisis por permitírselo el C.C.A. Además, la lectura del artículo 32, ordinal 1o., del Decreto 528 de 1964 es indicativa de que el presente negocio no es de competencia en única instancia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sino que, conforme a su ordinal 2o. y, por sobre todo, 30 ibídem, en armonía con la Ley 22 de 1977, el asunto es de conocimiento en única instancia del H. Consejo de Estado.

"Aspectos de fondo: La Resolución enjuiciada no agravia los artículos 9o. del Decreto-ley 2400 de 1968, 9o. del Decreto-ley 2285 de 1968, el artículo 1o. parágrafo 2o. de la Ley 24 de 1947 y el precepto 64 de la C.N., en la forma como lo conceptúa la demanda, porque, en primer lugar a los servidores de la Banda Nacional, el artículo 4o., parágrafo de la Ley 67 de 1964 les permite percibir sueldo y pensión y aunque el artículo 56 del Decreto Extraordinario 3157 de 1968 derogó el artículo 1o. y el parágrafo del artículo 2o. del Decreto Legislativo 2285 de 1955, en virtud de los cuales se les permitía a los integrantes de dicha Banda el disfrute de la pensión y el sueldo, es lo cierto que el Decreto 3157 citado no hizo lo propio respecto del aludido precepto de la Ley 67 de 1964, que dicho sea de paso ya había *subrogado*, el parágrafo del artículo 2o. del Decreto Legislativo de 1955 y que por tanto, en la fecha de su "derogatoria" carecía de vigencia; en segundo lugar, en razón de que las disposiciones que prohíben devengar sueldo y pensión no son aplicables al caso de los miembros de la Banda Nacional que, como ya se dijo, se encuentran dentro de la excepción legal que hace posible el artículo 64 de la Constitución Política, a más de que con la reliquidación impugnada no se está exactamente reconociendo por vez primera el derecho a percibir ambas asignaciones que desde tiempo atrás, ya había sido reconocido y ejecutado por la Caja Nacional de Previsión.

"Respecto de la transgresión del artículo 1o., parágrafo 2o. de la Ley 24 de 1947 es ostensible que regula lo relativo a la liquidación de las pensiones de los docentes y nada tiene que ver con el concepto de violación según el cual no

podía el actor percibir sueldo y pensión. Por tanto, no es palmaria su infracción; y respecto de la alegada violación de la Ley 64 de 1947 y del Decreto 2285 de 1955, la demanda no precisa las disposiciones de la una o del otro que el acto supuestamente infringe, luego no es posible considerar si alguno o algunos de sus preceptos han sido quebrantados.

"No prosperan, entonces, los cargos que se le hacen a las anteriores disposiciones legales y constitucionales, y, lógicamente no es posible declarar la nulidad del acto por el concepto de violación que plantea la demanda al respecto.

"El hecho 3o. del libelo inicial afirma que el actor laboró ininterrumpidamente desde el 1o. de abril de 1964 hasta el 30 de agosto de 1979. En relación con esta circunstancia elabora el concepto de violación del artículo 3o. del Decreto Legislativo 309 de 1958, en el sentido de que para tener derecho a la "reliquidación" allí establecida es menester que exista un lapso de interrupción comprobada en la prestación de los servicios y que además el pensionado se reintegre a la Administración y dure en ella por un lapso de cuatro años.

"Respecto de lo anterior es pertinente observar que conforme a los documentos de folios 146-147, 150, 161, 179, 180, 201-205 y 215, emanados del Ministerio de Educación Nacional y el Instituto Colombiano de Cultura, el actor devengó sueldos en el primero de dichos organismos, desde mayo de 1955 hasta el 31 de diciembre de 1968, y en el segundo, desde agosto de 1969 hasta febrero de 1979, lo que prima facie induce a pensar que sí existió dicha interrupción. *Empero, en el último* folio del cuaderno No. 2 (el que contiene la documentación autenticada) figura certificado expedido por el Jefe del Archivo General del Ministerio de Educación, en 29 de septiembre de 1981, en el cual se declara que se encontró la hoja de vida "correspondiente a Eduardo Luciano Narváez Caicedo identificado con la cédula de ciudadanía No. 81.190 de Bogotá, *quien desempeñó el cargo de Músico de la Banda Nacional durante el período del 1o. de enero de 1969 al 31 de julio del mismo año"* (Sublíneas de la Fiscalía). También el demandante reconoce en memorial que obra al folio 199 del cuaderno de antecedentes administrativos, que ha trabajado en forma continua.

"Estos documentos, acreditan fechacientemente que es acertada la afirmación de la Caja Nacional en el sentido de que el actor laboró ininterrumpidamente en la prestación de sus servicios a la Banda Nacional, no existiendo discontinuidad en el traslado de esa dependencia al Instituto Colombiano de Cultura.

"Siendo ello así, como evidentemente lo es, no cabe duda que la Caja Nacional de Previsión agravió el artículo 3o. del Decreto Legislativo 309 en cuanto reajustó ("reliquidó") la pensión de jubilación del demandante sin haber éste cumplido con el supuesto jurídico del mismo, con arreglo al cual el pensionado debe haber vuelto al servicio (haberse separado y haberse reintegrado) para poder obtener el derecho que en la misma disposición se consagra".

Habiendo culminado la actuación, sin que se observen vicios que la invaliden, la Sala procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

En lo esencial está de acuerdo la Sala con los criterios expuestos por la Fiscalía Cuarta de la Corporación en la parte transcrita de su concepto de fondo y por eso los acoge como fundamento de su fallo. Pero juzga conveniente agregar algunos planteamientos a los del Ministerio Público.

Critica el apoderado de la parte impugnadora el hecho de que la misma entidad que profirió el acto acusado, representada por quien lo suscribió, pida su anulación a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cabe anotar al respecto que la entidad demandante obró de conformidad con la ley, concretamente con el artículo 72 del Código Contencioso Administrativo, que permite a la Administración, corregir por esta vía, errores en que hubiera incurrido al dictar un acto administrativo, el cual puede violar la Constitución o la ley, causar grave e injusto detrimento al Tesoro Público o atentar contra el interés público o social. Si no fuera así, subsistiría el acto a pesar de su inconstitucionalidad e ilegalidad, si lo que vulnera no son intereses particulares sino públicos, cuando se trata de aquellos creadores de situaciones jurídicas individuales o que hayan generado o reconocido derechos subjetivos en contra del Estado, si se tiene en cuenta la condición que para su revocación directa por la Administración establece el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959, en el sentido de que se obtenga previamente el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular, lo cual por lo general resulta imposible. Con indiscutible razón debe estar abierta a la Administración Pública la vía jurisdiccional para solicitar la anulación del acto administrativo de imposible revocación directa por falta del consentimiento del beneficiario, que no lo va dar, cuando aquél hace descarada ostentación de manipulaciones dirigidas a defraudar el Tesoro Público.

En lo que respecta a la supuesta incompetencia del Consejo de Estado, olvidó el impugnador dos cosas: La primera, que el artículo 52 del Código Contencioso Administrativo, mencionaba únicamente, en su ordinal 5o., "demandas sobre pensiones, recompensas, etc., *departamentales o municipales*", no nacionales, lo cual hubiera reñido con otras disposiciones del mismo estatuto, sobre competencia. La segunda, que esa disposición fue modificada por el artículo 32 del Decreto 528 de 1964, en el literal h) de su ordinal 1o. (el subrayado es de la Sala).

En lo que concierne a la objeción que se le hace a la demanda, de ser inepta por indebida acumulación de pretensiones, la Sala anota que como consecuencia de la declaración de nulidad del acto acusado, nada distinto podía pedir la Caja Nacional de Previsión Social sino la declaración de que legalmente no está obligada a efectuar aquello que ordenó la Resolución cuya anulación se solicita. Si el particular solicita, como restablecimiento del derecho vulnerado mediante un acto de una institución de previsión social, que se ordene reconocer y pagar lo que fue desconocido o negado, esta última tiene que hacer una solicitud en sentido contrario, si considera que ilegalmente reconoció y ordenó pagar una prestación social, un reajuste o una suma determinada.

Ciertamente la demanda es defectuosa, pero no infringe ninguna disposición del Código Contencioso Administrativo. Por lo que se ha expresado precedentemente, no son válidos los argumentos del impugnador sobre incompetencia del Consejo de Estado e ineptitud de la demanda.

En cuanto a los argumentos relacionados con el fondo de la cuestión controvertida, el Ministerio Público demostró que de las disposiciones invocadas en la demanda, la única que ciertamente fue infringida por el acto acusado fue el artículo 3o. del Decreto 309 de 1958, que según el impugnador no pudo ser violado porque, en su concepto no es aplicable al caso sub-judice.

Pero resulta que de las disposiciones citadas por el impugnador como aplicables al caso, la del Decreto 2285 de 1955 (derogada) y la de la Ley 67 de 1964 no se refería la primera ni se refiere la segunda al fenómeno de la reliquidación de la pensión de jubilación, sino a la compatibilidad de sueldo y dicha prestación social y al otorgamiento del carácter de profesores, para todos los efectos legales y fiscales, a los miembros de la Banda de Músicos de Bogotá, lo que en vez de escluirlas, los incluye dentro de las previsiones del artículo 3o. del Decreto 309 de 1958, en la misma forma como extiende a ellos los beneficios concedidos por la ley a los educadores; las otras disposiciones que invoca el opositor, contenidas en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 no son aplicables al caso sub-judice por cuanto el primero no trata de reliquidación de pensiones y el segundo se refiere exclusivamente a quienes desempeñan los cargos mencionados en su artículo 78. Además, para este caso existe una disposición especial, aplicable a los educadores, como ya se vio el artículo 3o. del Decreto 309 de 1958.

Así las cosas, el acto acusado infringe la ley al reliquidar la pensión de jubilación del señor Eduardo Luciano Narváez Caicedo con violación ostensible del artículo 3o. del Decreto 309 de 1958, ya que no se dieron los supuestos contemplados en la norma. Fue con base en la suma que arrojó esa reliquidación ilegal que se hicieron los reajustes ordenados en la parte resolutiva del acto acusado, los cuales por ese motivo resultan también ilegales.

Los términos inequívocos del decreto no dejan duda alguna de que la razón está de parte de la demandante y del Ministerio Público y en ningún caso del impugnador. Dice así la citada disposición:

"Los servidores del ramo docente pensionados con arreglo a las leyes, que hayan vuelto o vuelvan al servicio de la Educación, tendrán derecho al reajuste de la pensión por una sola vez, después de cuatro (4) años de servicios ininterrumpidos".

Esta norma, declarada exequible por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 9 de abril de 1980, proferida por su Sala Constitucional, por cuanto no viola ningún precepto de la Constitución Nacional, no entraña ninguna injusticia sino que propende a evitar una sucesiva acumulación de privilegios. La ley permite a los educadores recibir simultáneamente sueldo y pensión de jubilación, pero para que puedan gozar del beneficio de la reliquidación de esta prestación con base en la mayor asignación que posteriormente tengan, exige tres condiciones de carácter estricto: 1a. Que haya solución de continuidad, por retiro, entre el lapso de servicios respecto del cual se liquidó la pensión de jubilación y aquel que habrá de servir de base para su reliquidación; 2a. Que el nuevo lapso de servicios haya tenido una duración mínima de cuatro (4) años; y 3a. Que esos servicios correspondientes al lapso de la reincorporación se hayan prestado en forma continua.

De conformidad con dicha disposición, aplicable a los servidores del ramo docente, sin excepciones que no están contempladas expresamente en una norma legal, es ilegal, la reliquidación de la pensión de jubilación de los educadores o de los empleados asimilados a ellos por la ley, si no hubo interrupción, por desvinculación, entre los servicios que diesen base a la liquidación de la pensión de jubilación y aquellos que se quieren tomar como fundamento para su revisión.

Las anteriores razones son suficientes para declarar la nulidad de la Resolución No. 00291 de 1981, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social, sin necesidad de estudiar otros aspectos por los cuales resulta también violatoria de la ley.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, parcialmente de acuerdo con el concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1o. No prosperan las excepciones de incompetencia y de ineptitud de la demanda propuestas por el impugnador.

2o. Declárase la nulidad de la Resolución No. 00291 del 28 de enero de 1981, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social, por medio de la cual se revocó la Resolución No. 8697 del 19 de noviembre de 1979, dictada por la Subdirección de Prestaciones Económicas de la misma entidad, y se accedió a reliquidar y reajustar la pensión de jubilación del señor Eduardo Luciano Narváez Caicedo.

3o. Como consecuencia de lo anterior, declárase que la Caja Nacional de Previsión Social no está obligada a pagar al señor Eduardo Luciano Narváez Caicedo las sumas reconocidas en la providencia anulada.

4o. La Caja Nacional de Previsión Social dará cumplimiento a este fallo dentro del término previsto en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente previa devolución de los antecedentes administrativos.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 8 de abril de 1983.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

APORTES AL SENA, CAJAS DE COMPENSACION FAMILIAR, ESCUELAS E INSTITUTOS TECNICOS.

1. Regulación Ley 58/63, Ley 56 de 1973.

2. Aunque es cierto que el artículo 2o. de la Ley 58 de 1963 fue modificado por la Ley 56 de 1973, ésta sin embargo no expresa que el Sena tenga derecho del 2% del 6% del monto de los respectivos sueldos y jornales que la nación, los Departamentos, los Municipios, las Intendencias y Comisarías, deben aportar mensualmente para fines indicados en el artículo 2o. de la precitada ley. Allí lo que se hace es autorizar a las expresadas entidades para que puedan pagar el aporte correspondiente a la Escuela Superior de Administración Pública y al Servicio Nacional de Aprendizaje, y establece, ya no la facultad, sino la obligación de que giren el 1% destinado a las escuelas o institutos técnicos a una cuenta especial que debe abrir el Ministerio de Educación Nacional.

FONDOS EDUCATIVOS REGIONALES. Naturaleza Jurídica. (Reiteración de la Sentencia de mayo 6 de 1983. Sección Primera. (Publicada en Extractos, Pág. 309).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Bogotá, D.E., tres de junio de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Jacobo Pérez Escobar**

Actor: **Caja de Compensación Familiar Regional del Meta-Cofrem**

Referencia: Expediente No. 3.256

La corporación "Caja de Compensación Familiar Regional del Meta COFREM", en ejercicio de la acción de plena jurisdicción y por conducto de apoderado, ha demandado del Consejo de Estado que declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 138 de 20 de febrero de 1979 y 744 de 3 de septiembre del mismo año, expedidas ambas por el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje.

I. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

A. LOS HECHOS

Sirven de fundamento a la acción los siguientes hechos, que se sintetizan:

1. En el año de 1977 el Fondo Educativo Regional del Meta —FER—, pagó por concepto de nómina del personal administrativo y docente a él vinculado la suma de $56'658.469.oo.

2. A su vez, el Departamento del Meta canceló directamente de su propio patrimonio a la Caja de Compensación Familiar Regional del Meta la suma de $3'399.508.13, equivalente al 6% del valor de la nómina indicada en el punto

anterior, de conformidad con lo ordenado en el artículo 2o. de la Ley 58 de 1963 y en desarrollo de obligaciones contraídas previamente con la Nación.

3. La Caja de Compensación Familiar Regional del Meta hizo la distribución del aporte anterior en la forma indicada en el artículo 2o. de la Ley 58 de 1963, teniendo en cuenta que el aportante era el Departamento del Meta. En tales condiciones pagó al SENA la suma de $283.292.34, en dos contados de $141.646.17, suma equivalente al 1/2% del 6% indicado en el punto anterior.

4. El Director General del SENA mediante las resoluciones impugnadas ordenó a la Corporación actora cancelar la diferencia del 1½%, equivalente a $849.877.04, por considerar que la distribución es la ordenada en el artículo 5o. de la Ley 58 de 1963 y no la prevista en el artículo 2o. ibídem, además de los intereses moratorios a razón del 2.5% mensual.

5. La Resolución No. 138 fue notificada al representante legal de la Caja de Compensación Familiar Regional del Meta el día 26 de febrero de 1979 y contra ella interpuso el recurso de reposición, el cual fue desatado desfavorablemente mediante la Resolución 744 de 3 de septiembre del mismo año, con la cual quedó agotada la vía gubernativa.

B. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

La demandante señala como norma violada por los actos acusados el artículo 2o. de la Ley 58 de 1963, porque conforme a ella cada una de las entidades señaladas por el artículo 1o. de la misma Ley, esto es, la Nación, los Departamentos, los Municipios, el Distrito Especial de Bogotá, las Intendencias y Comisarías, "deberá destinar una suma equivalente al 6% del monto de los respectivos sueldos y jornales, y de preferencia la entregará mensualmente a una Caja de Compensación Familiar, la cual aplicará un 4% al subsidio familiar, y girará un 1% a las escuelas industriales e institutos técnicos nacionales, departamentales y municipales que funcionen en la actualidad en el país y exclusivamente para nuevas inversiones; medio por ciento (1/2%) a la Escuela Superior de Administración Pública (Esap) y medio por ciento (1/2%) al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA)...".

Sostiene la actora que del texto de la norma transcrita se desprende sin lugar a dudas que si el subsidio familiar del personal administrativo y docente vinculado al Fer viene siendo pagado por el Departamento del Meta a través de la Caja de Compensación Familiar Cofrem, la distribución de los aportes debe ser la señalada en el artículo 2o. de la Ley 58 de 1963 y no la pretendida por el Sena con fundamento en la norma del artículo 5o. de la misma ley. De consiguiente, al Sena solamente le corresponde un 1/2% de ese 6% y no el 2%.

Afirma igualmente la actora que es equivocado lo expresado por el Sena en las resoluciones impugnadas de que el Fondo Educativo Regional del Departamento del Meta canceló por intermedio de la Caja de Compensación Familiar del Meta los aportes de 1977 que por ley corresponden al Sena, pues tales aportes no fueron hechos por el citado Fondo Educativo sino directamente de su propio peculio por el Departamento del Meta, en desarrollo de obligaciones contractuales previamente contraídas y contenidas en el Contrato No. 1 de 1968, celebrado entre el Gobierno Nacional y el Departamento del Meta,

que corre publicado en el Diario Oficial No. 32.816 del 26 de junio de 1969, cuya cláusula 6a. expresa lo siguiente:

"Las partes contratantes acuerdan expresamente que con cargo al Fondo Educativo que por este convenio se constituye, no se podrán pagar prestaciones sociales del personal vinculado a los servicios educativos nacionales, departamentales o municipales".

"Si bien dicho contrato original, agrega la demandante, fue parcialmente modificado para adecuar la estructura del Fondo Educativo Regional a las normas contenidas en la Ley 43 de 1975 y a los Decretos que le dieron desarrollo a la nacionalización de la educación primaria y secundaria, en lo atinente al pago del subsidio familiar para el año de 1977 y aún para esta fecha ha venido siendo cubierto exclusivamente con fondos del Tesoro Departamental del Meta". Por esta razón considera la actora inoficioso entrar a un análisis pormenorizado tendiente a desentrañar la naturaleza jurídica de los Fondos Eductivos Regionales para establecer si son o no establecimientos públicos, como quiera que el Fondo Educativo del Meta no fue el aportante del subsidio familiar sino la entidad territorial del Departamento del Meta.

Sostiene la demandante que si bien el artículo 2o. de la Ley 43 de 1975 dispuso en su inciso 2o. que "las prestaciones que se causen a partir del momento de la nacionalización serán atendidas por la Nación", es un hecho evidente que tal ordenamiento no ha tenido efectividad y menos la tenía en el año de 1977, cuando la Nación apenas contribuía con el 40% de los gastos que demandaba la educación primaria y secundaria, congelados en 1975, al tenor del artículo 3o. de la misma ley. Pero aún en el evento de ser aportante del subsidio familiar la Nación, también debería aplicarse el artículo 2o. de la Ley 58 de 1963.

En su alegato de conclusión la Corporación actora sustentó sus pretensiones con los mismos argumentos expuestos en el libelo demandatorio.

II. ALEGATO DE LA PARTE IMPUGNADORA

Durante el proceso se hizo presente y fue reconocido como parte impugnadora el Servicio Nacional de Aprendizaje —SENA—, el que, por conducto de apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda. En su alegato de conclusión sostiene, en forma irónica, que el asunto es sencillo y claro. "La Caja de Compensación Familiar del Meta —COFREM—, como consta en los hechos de la demanda y en la certificación de la Tesorería del Departamento del Meta (fl. 12) que la misma Caja allegó, recibió por concepto de aportes al Sena por el año de 1977 el 2% del valor de las nóminas del Fondo Educativo Regional del Meta —FER— en ese período, esto es la suma de $1'133.169.30. Pero de este dinero público, del que apenas era una mera tenedora momentánea, en calidad de recaudadora, se apoderó, con la intención de apropiárselo, del uno y medio por ciento (1½%), esto es de $849.877.04, sin que le correspondiera hacerlo ni tuviera título para ello".

Expresa luego el Sena que los FER sí tienen personería jurídica y por lo mismo son establecimientos públicos. Hace después una disquisición con el fin de demostrar esta afirmación. Dice que si los FER son establecimientos públicos y el Fondo Educativo Regional del Meta aportó el 6% del valor de la

nómina del personal administrativo y docente a Cofrem, ésta está obligada, conforme al artículo 5o. de la Ley 58 de 1963, a girarle al SENA el 2% de dicha suma, lo cual no hizo. Por esta razón el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje dictó las Resoluciones cuestionadas con fundamento en los artículos 23 del Decreto-ley 3123 de 1968 y 1o. del Decreto-ley 2375 de 1974.

En uno de los apartes del alegato se expresa lo siguiente:

"Encuentro tendencioso y de mala fe que el apoderado de Cofrem, que parece conocer bastante la legislación sobre Cajas de Compensación Familiar, le presente al Honorable Consejo de Estado normas modificadas, ocultando su modificación, para apoyar en normas modificadas sus equívocos y sofistas argumentos. El artículo 2o. de la Ley 58 de 1963 no es aplicable, como lo pretende COFREM, porque fue modificado de modo expreso, y en materia fundamental, por el artículo 14 de la Ley 56 de 1973".

Finalmente el Sena formula la excepción de ineptitud sustancial de la demanda por indebida acumulación de pretensiones. Al respecto expresa lo siguiente:

"El FER del Meta pagó, con destino al SENA la suma de $1'133.169.oo, por concepto del dos por ciento (2%) de aportes por salarios pagados durante 1977. Como quedó visto en el punto 1.2. de esta demanda, las Cajas de Compensación Familiar son recaudadoras del aporte al SENA, mas no del a favor de los Institutos Industriales. Siendo esto cierto, como lo es, es claro que el FER del Meta consignó para el SENA y no para los Institutos Industriales. Esta decisión de consignar $1'133.169.oo, por tratarse de una manifestación de voluntad suya o, en gracia de discusión, del Ministerio de Educación o del Departamento del Meta, es un acto administrativo, el cual además tenía un objetivo preciso y claro cual era el de consignar a favor del SENA. Este acto administrativo, me parece, también ha debido ser demandado por el actor, quien no lo hizo, pues se limitó a demandar los expedidos por el SENA. Por lo antes expuesto, no se acumularon las pretensiones como era debido hacerlo, por lo que se incurrió en una ineptitud sustancial de la demanda, en la cual apoyo la excepción que solicito sea declarada".

III. CONCEPTO DEL SEÑOR FISCAL

El señor Fiscal Primero de la Corporación en su concepto de fondo solicita a esta Sala que despache favorablemente las pretensiones de la demanda. Apoya su solicitud expresando que conforme al contrato No. 1 (fl. 18 vto. y 19), celebrado entre el Gobierno Nacional, representado por el señor Ministro de Educación Nacional, y el Departamento del Meta, representado por el señor Gobernador, el Departamento del Meta asumió las funciones y servicios que ejecuta y administra la Nación, para lo cual se creó un Fondo Educativo representado legalmente por el Gobernador del Meta. Dicho contrato tiene fecha de 20 de diciembre de 1968 y fue adicionado mediante un otrosi, el No. 3 de 1977 (fls. 37 a 42), para garantizar y actualizar el Fondo Educativo Regional del Departamento del Meta.

Agrega el señor Agente del Ministerio Público que "de acuerdo con lo ordenado en la Ley 58 de 1963, se deduce por lo aportado al proceso, que el

FER del Departamento del Meta no es de creación legal, sino por el contrario, de formación contractual.

"En consecuencia, el Gobernador en un principio y posteriormente la Junta Administradora presidida en todo caso por éste, dirige el FER y según consta en certificación expedida por la Tesorería General del Departamento, es el Departamento el encargado de cancelar por concepto de aportes a la Caja de Compensación Familiar del Meta lo correspondiente al pago del subsidio familiar de los trabajadores del Fondo Educativo Regional (fl. 12).

"Así mismo, a fl. 13 se aprecia una constancia expedida por el Tesorero del Fondo de Educación Regional del Meta, por medio de la cual se certifica que durante los años de 1976, 1977, 1978 y 1979, dicho Fondo no ha aportado suma alguna a la Caja de Compensación Familiar Regional del Meta COFREM por concepto de subsidio familiar y que dicha prestación corre a cargo del Departamento.

"De todo lo anterior, esta Fiscalía considera que para poder encasillar el Fondo Educativo Regional del Meta dentro del artículo 5o. de la Ley 58 de 1963, éste debería ser un establecimiento público descentralizado de creación legal (que no lo es en el presente caso) o un particular, y como esta función la ha venido desarrollando el Departamento del Meta por delegación expresa contemplada en un contrato es el artículo 2o. de dicha ley la que tiene aplicación".

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Habiéndose ejecutoriado el auto de citación para sentencia y no hallándose causal que invalide lo actuado en el presente juicio, se procede a decidirlo previas las siguientes consideraciones:

A. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ACUSADOS

Como se expresó antes, los actos acusados son dos, a saber:

a) La Resolución No. 138 de 20 de febrero de 1979 expedida por el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje —SENA—, "mediante la cual se cobran aportes retenidos por una Caja de Compensación". La parte resolutiva es del siguiente tenor:

"Artículo primero: La Caja de Compensación Familiar del Meta 'COFREM' deberá consignar en la Tesorería del SENA Regional Bogotá $849.877.04, correspondientes al saldo de los aportes que por 1977 pagó a favor del SENA el Fondo Educativo Regional 'FER' del Departamento del Meta, suma que indebidamente retuvo la Caja.

"Artículo segundo: El citado pago, junto con los intereses de mora del 2.5% mensual, deberá hacerse dentro de los 5 días siguientes a la notificación de la presente Resolución.

"Artículo tercero: La presente Resolución presta mérito ejecutivo ante la Jurisdicción laboral según lo establecido por el inciso 1o. del artículo 1o. del Decreto 2375 de 1974.

"Artículo cuarto: Contra la presente Resolución cabe únicamente el recurso de reposición ante esta Dirección, el cual deberá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación".

En los considerandos de la Resolución se afirma que los Fondos Educativos Regionales —FER— son establecimientos públicos porque ellos tienen la facultad, de celebrar contratos, y después de otras consideraciones sobre la naturaleza jurídica de dichos entes administrativos expresa:

"Que del anterior análisis debemos concluir lógicamente que el 2% de la nómina del FER corresponde en su integridad al SENA por establecerlo así el artículo 5o. de la Ley 58 de 1963, y el numeral 2o. del artículo 21 del Decreto 3123 de 1968".

b) La Resolución No. 774 de 3 de septiembre de 1979 expedida también por el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje —SENA, "por medio de la cual se resuelve un recurso". Esta Resolución, como lo expresa su epígrafe, tuvo por objeto resolver el recurso de reposición interpuesto oportunamente por la demandante contra la Resolución No. 138 de 1979. Fuera de confirmar la Resolución recurrida se modificó la anterior en el sentido de que "el pago del citado valor, junto con los intereses de mora del 2.5% mensual, deberá hacerse en la Tesorería del SENA en las ciudades de Villavicencio o de Bogotá, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la presente Resolución".

B. LA EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA FORMULADA POR EL SENA

Sostiene el SENA que la demanda incurrió en una ineptitud sustancial por indebida acumulación de pretensiones, ya que también debió demandarse la nulidad de la decisión del FER del Meta de consignar $1'133.169.oo, lo cual es un acto administrativo que tenía un objetivo preciso y claro, cual era el de consignar esa suma a favor del SENA.

En relación con la excepción propuesta por el apoderado del SENA, esta Sala queda sumida en la perplejidad por cuanto las dos Resoluciones acusadas forman una unidad de decisión cuyo cumplimiento no depende de la voluntad del FER del Meta, ni del Ministerio de Educación o del Departamento del Meta. Por tanto, no se hace imposible tomar una decisión en este proceso con todas las consecuencias de eficacia propia de la sentencia. Por consiguiente, esta excepción no puede prosperar.

C. EL CARGO DE ILEGALIDAD CONTRA LAS RESOLUCIONES IMPUGNADAS

La Corporación demandante expresa que con los actos acusados se han violado los artículos 2o. y 5o. de la Ley 58 de 1963, porque conforme a ellos, de los aportes hechos por el Departamento del Meta a la Caja de Compensación Familiar del Meta —COFREM—, sólo le corresponde el 1/2% del 6% del monto de los respectivos sueldos y jornales pagados al personal administrativo y docente vinculado al FER del Meta y no el 2%, como lo pretende el Sena aplicando indebidamente el artículo 5o. de dicha Ley.

En relación con el cargo anterior la Sala hace las siguientes consideraciones:

Dos son los puntos que deben dilucidarse para la solución del problema jurídico planteado en el caso sub-judice: quién hizo el pago de los aportes a la Caja de Compensación Familiar del Meta, y en caso de haberlo hecho el Fondo Educativo Regional del Meta, cómo debió hacerse la distribución de los mismos.

1. De acuerdo con las pruebas allegadas al expediente encuentra esta Sala que fue el Departamento del Meta el que canceló directamente con sus propios recursos a la Caja de Compensación Familiar Regional del Meta, COFREM, la suma de $3'399.508.13, equivalente al 6% del valor de la nómina pagada por concepto del personal administrativo y docente vinculado al Fondo Educativo Regional del Meta en 1977, nómina que ascendió a la suma de $56'658.469.oo. En efecto, a fl. 12 se encuentra una certificación expedida el 7 de noviembre de 1979 por la Tesorera General del Departamento del Meta, en la que se expresa "que revisados los libros y documentos que se encuentran en el archivo de la Tesorería, se verificó que durante los meses de junio y diciembre de 1977, este Despacho canceló a la Caja de Compensación Familiar del Meta, por concepto de aporte del 6% correspondiente a los meses de enero a diciembre de 1977 y con destino al pago del subsidio familiar, a los trabajadores del Fondo Educativo Regional del Meta (FER)", las cantidades de $1'699.754.07 en el mes de junio y $1'699.754.06 en el mes de diciembre, lo cual da un total de $3'399.508.13.

A fl. 13 se encuentra la constancia expedida, a su turno, por el Tesorero del Fondo Educativo Regional del Meta, que expresa:

"Que durante los años 1976, 77-78 y 79 el Fondo Educativo Regional del Meta no ha aportado ninguna suma a la Caja de Compensación Familiar Regional del Meta (COFREM) por concepto de porcentaje de subsidio familiar.

"Esta prestación está a cargo del Departamento".

A fl. 107 aparece la comunicación dirigida al Consejo de Estado con fecha 26 de mayo de 1982 por la Delegada del Ministerio de Educación Nacional ante el FER del Meta, en la cual se expresa que "los pagos a la Caja de Compensación Familiar los hace directamente el Departamento a través de la Tesorería Departamental y los aportes apropiados aparecen en las respectivas ordenanzas del Presupuesto anual".

Estando demostrado plenamente que el pago de la suma de $1'133.169.38 fue hecho por el Departamento del Meta y no por el Fondo Educativo Regional del mismo Departamento, el Sena no puede reclamarla en su totalidad con fundamento en el artículo 5o. de la Ley 58 de 1963, porque esta norma dispone lo siguiente:

"Todos los patronos particulares, y los establecimientos públicos descentralizados con capital de cincuenta mil pesos ($50.000.oo) superior, o que ocupen un número de trabajadores permanentes no inferior a diez (10), cualquiera que sea el monto de su capital, el cual se calculará de acuerdo con lo

fijado por los artículos 2o. y 3o. del Decreto 875 de 1961, destinarán una suma equivalente al seis por ciento (6%) de su nómina mensual de salarios para el subsidio familiar y el Servicio Nacional de Aprendizaje, distribuido así: un cuatro por ciento (4%) para el subsidio familiar, y un dos por ciento (2%) para el Servicio Nacional de Aprendizaje —SENA. En esta forma quedan modificados en su parte pertinente los artículos 7o. y 9o. del Decreto 118 de 1957".

Como quiera, según se vio antes, que el fundamento de las Resoluciones acusadas es el citado artículo 5o. de la Ley 58 de 1963, resulta entonces que esta norma fue violada por aplicación indebida. Pues, es evidente que el Departamento del Meta no es un patrono particular ni un establecimiento público descentralizado.

El artículo 2o. de la Ley 58 de 1963, que según la actora es la norma aplicable al caso sub-judice, ordena lo siguiente:

"Para los efectos del artículo anterior, y desde la fecha en él citada, cada una de las entidades obligadas (Nación, Departamentos, Municipios, Distrito Especial de Bogotá, Intendencias y Comisarías) deberá destinar una suma equivalente al 6% del monto de los respectivos sueldos y jornales y de preferencia la entregará, mensualmente, a una Caja de Compensación Familiar, la cual aplicará un cuatro por ciento (4%) al subsidio familiar, y girará un uno por ciento (1%) a las escuelas industriales e institutos técnicos nacionales, departamentales y municipales que funcionen en la actualidad en el país, y especialmente para nuevas inversiones; medio por ciento (1/2%) a la Escuela Superior de Administración Pública ESAP y medio por ciento (1/2%) al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, destinado a programas específicos de formación profesional acelerada durante la prestación del servicio militar obligatorio.

"Si la entidad asume directamente el pago del subsidio familiar a sus trabajadores, los otros aportes a que se refiere el artículo, deberá remitirlos también mensualmente a la Caja de Compensación Familiar que el Gobierno designe, para que ésta los distribuya en la forma indicada".

Respecto a la norma anterior expresa el Sena que ella fue modificada por el artículo 14 de la Ley 56 de 1973 en lo que el demandante dice que ella es aplicable. El citado artículo es del siguiente tenor:

"Las entidades oficiales a que se refiere el artículo primero de la Ley 58 de 1963, podrán pagar directamente a la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP) y al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) los aportes establecidos a su cargo para dichas entidades por el artículo 2o. de la misma ley.

"En cuanto al uno por ciento (1%) con destino a las escuelas o institutos técnicos, deberán girarlo a una cuenta especial que abrirá el Ministerio de Educación Nacional, quien ordenará su distribución atendiendo a las necesidades regionales y técnicas de estos establecimientos, previo concepto favorable de la Oficina de Planeación Nacional.

"Quedan en esta forma modificados en lo pertinente los artículos 2o., 3o. y 4o. de la Ley 58 de 1963, el artículo 2o. de la Ley 89 de 1966 y derogados los Decretos 714 de 1965 y 3078 de 1966".

Aunque es cierto que el artículo 2o. de la Ley 58 de 1963 fue modificado por la norma precedente, ésta, sin embargo, no expresa que el Sena tenga derecho al dos por ciento (2%) del seis por ciento (6%) del monto de los respectivos sueldos y jornales que la Nación, los Departamentos, los Municipios, el Distrito Especial de Bogotá, las Intendencias y Comisarías, deben aportar mensualmente para los fines indicados en el artículo 2o. de la precitada ley. Allí lo que se hace es autorizar a las expresadas entidades para que puedan pagar el aporte correspondiente directamente a la Escuela Superior de Administración Pública y al Servicio Nacional de Aprendizaje, y establece, ya no la facultad, sino la obligación de que giren el uno por ciento (1%) destinado a las escuelas o institutos técnicos a una cuenta especial que debe abrir el Ministerio de Educación Nacional. Por consiguiente, es este Ministerio el que debe reclamar a la Caja de Compensación Familiar Regional del Meta, COFREM, ese uno por ciento (1%) si aún no le ha sido girado por el año de 1977.

De lo expuesto se concluye que también las Resoluciones impugnadas violan el artículo 2o. de las Ley 58 de 1963 en armonía con el artículo 14 de la Ley 56 de 1973, porque dichas normas no le asignan al Sena el 2% del 6% del monto de los respectivos sueldos y jornales que el Departamento del Meta pagó en 1977 a COFREM.

2. Aunque las consideraciones anteriores son suficientes para acceder a las pretensiones de la demanda, la Sala considera conveniente expresar su concepto sobre la naturaleza jurídica de los Fondos Educativos Regionales, ya que la concepción sobre dicha naturaleza es la que le ha dado fundamento al Sena para dictar las Resoluciones enjuiciadas.

Esta Sección en providencia de 6 de mayo de 1983, acogiendo el concepto del señor Agente del Ministerio Público, ha expresado que los Fondos Educativos Regionales son de aquellos definidos por el inciso 1o. del artículo 2o. del Decreto-ley 3130 de 1968, esto es, un sistema de manejo de cuentas especiales. No son, pues, establecimientos públicos, cuyas características por cierto están bien definidas en el artículo 5o. del Decreto-ley 1050 de 1968. Al respecto dijo la Sala lo siguiente:

"Estudiada la cuestión planteada por la señora Agente del Ministerio Público en el presente proceso, la Sala encuentra que le asiste toda la razón en solicitar que se declare la nulidad de todo lo actuado, por cuanto el acto administrativo acusado fue expedido por el Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá en su calidad de Presidente de la Junta Administradora del FER, entidad que no es nacional sino distrital, conforme le ha demostrado la mencionada Agencia Fiscal.

"En efecto, se tiene que los Fondos Educativos Regionales (FER) fueron creados por el artículo 29 del Decreto-ley 3157 de 1968 como cuentas especiales pertenecientes a los Departamentos y al Distrito Especial de Bogotá, constituidos por los aportes de la Nación, los Departamentos, el Distrito Especial y los Municipios para atender al sostenimiento y expansión de los servicios educativos en los planteles oficiales de educación elemental, media y de carreras intermedias. Dicho artículo dispuso literalmente lo siguiente:

"En cada uno de los Departamentos, en el Distrito Especial y en las áreas metropolitanas que se crean, habrá un fondo Educativo Regional o Distrital

constituido por aportes de la Nación, los Departamentos, el Distrito Especial y los Municipios para atender al sostenimiento y expansión de los servicios educativos en los planteles oficiales de educación elemental, media y de carreras intermedias".

"El artículo 31 del citado Decreto-ley dispone que 'Los Fondos Educativos Regionales serán administrados por las autoridades del respectivo Departamento, Distrito Especial o Area Metropolitana con la supervisión de un delegado del Ministerio de Educación Nacional que será funcionario de éste y que tendrá las funciones que le asigne el Gobierno Nacional'.

"De las normas transcritas se desprende sin la menor duda que los Fondos Educativos Regionales son de aquéllos definidos por el inciso 1o. del artículo 2o., del Decreto-ley 3130 de 1968, que expresa lo siguiente:

"Los Fondos son un sistema de manejo de cuentas de parte de los bienes o recursos de un organismo, para el cumplimiento de los objetivos contemplados en el acto de su creación y cuya administración se hace en los términos en éste señalados'.

"Se observa por la Sala que en el acto de creación de los Fondos Educativos Regionales —FER—, que lo fue el Decreto-ley 3157 de 1968, se establece en el artículo 31 que ellos son administrados por las autoridades del respectivo Departamento o del Distrito Especial de Bogotá, y según el artículo 34, 'el Ministerio de Educación Nacional deberá delegar por contrato la administración de los planteles nacionales dependientes de él, a las Secretarías de Educación de los Departamentos o Distrito Especial de Bogotá o de las Areas Metropolitanas que se constituyan y aportar al Fondo Educativo Regional respectivo las sumas necesarias para atender al sostenimiento de dichos establecimientos, dentro de las modalidades establecidas en el respectivo contrato.

"En el caso sub-judice el Alcalde del Distrito Especial de Bogotá, como presidente de la Junta Administradora del FER de Bogotá ha hecho tres nombramientos de supervisores dependientes de la División de Educación Básica Secundaria y Media Vocacional de la Secretaría de Educación del Distrito, cuya asignación deberá pagarse con cargo a dicho Fondo. Esto significa, por no invocar el Alcalde ninguna delegación del Gobierno Nacional, que los mencionados nombramientos son de carácter distrital.

"Ahora bien, según el artículo 191 del C.C.A., 'los Tribunales Administrativos conocen en primera instancia y el Consejo de Estado en última, de los juicios referentes a las elecciones de Diputados a las Asambleas, de Concejeros Municipales, así como de las elecciones o nombramientos hechos por las mismas entidades, o por el Gobernador y demás autoridades, funcionarios o corporaciones del orden departamental, municipal o de una intendencia o comisaría'.

"Siendo el acto administrativo acusado proferido por un funcionario del orden distrital, aunque sea del Distrito Especial de Bogotá, no es competente para conocer de él el Consejo de Estado sino el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Por consiguiente, se ha dado la causal de nulidad procesal

consagrada en el ordinal 1o. del artículo 113 del C.C.A. en armonía con lo dispuesto en el artículo 152 del C. de P.C. en su numeral 2o.

"Por lo expuesto se concluye que debe decretarse la nulidad procesal solicitada por la señora Fiscal del Consejo de Estado y ordenarse la remisión del proceso al Tribunal competente de conformidad con lo previsto en el artículo 140 del C. de P.C. en concordancia con el 282 del C.C.A.".

De lo transcrito también se desprende que aún en la hipótesis de que el Fondo Educativo Regional del Meta hubiese sido el pagador de la suma reclamada por el Sena, éste no tendría derecho a ella por no tratarse de un patrono particular o de un establecimiento público, que son a los que se refiere el artículo 5o. de la Ley 58 de 1963 invocado en el considerando 7o. de la Resolución 138 impugnada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con su colaborador Fiscal,

FALLA:

1o. Declárase no probada la excepción de ineptitud sustancial de la demanda propuesta por la parte impugnadora.

2o. Declárase nulas las Resoluciones 138 de 20 de febrero de 1979 y 744 de 3 de septiembre de 1979 expedidas por el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje —SENA—.

3o. Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, si la Caja de Compensación Familiar Regional del Meta ha hecho al Sena el pago ordenado por las Resoluciones anuladas, ordénase al Servicio Nacional de Aprendizaje hacer su devolución a la entidad actora dentro del término fijado por el artículo 121 del C.C.A.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veinte de mayo de mil novecientos ochenta y tres.

Mario Enrique Pérez V., Jacobo Pérez Escobar, Samuel Buitrago Hurtado, Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

RETIRO POR DERECHO A PENSION. EMPLEADOS DE LA CONTRALORIA. Régimen bajo el Decreto 929 de 11 de mayo de 1976. Esta disposición estableció un status de inamovilidad relativa por el término de 12 meses para los empleados de la Contraloría que hayan cumplido las condiciones de edad y tiempo de servicio para tener derecho a la pensión jubilatoria. Esta estabilidad es por un lapso de 12 meses a partir de la fecha en que se consolide el derecho, es decir, desde aquella en que se adquiera el status de pensionado.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.E., cuatro de junio de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Alvaro Orejuela Gómez**

Demandante: **Luis Ignacio Rosas García**

Referencia: Juicio No. 6.513 Autoridades Nacionales

El señor Luis Ignacio Rosas García, por conducto de apoderado y en acción de plena jurisdicción, solicitó de esta Entidad la declaratoria de nulidad de la Resolución número 01858 del 12 de abril de 1976, originaria de la Contraloría General de la República, mediante la cual se le declaró insubsistente del cargo de Sub-Auditor Grado 23, de la Auditoría Especial ante el Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas. A título de restablecimiento solicitó el reintegro al mismo cargo "hasta cuando la Caja de Previsión Social de la Nación, cumpla con lo preceptuado en el artículo 11 del Decreto 929 de 11 de mayo de 1976, anteriormente citado".

El proceso se había iniciado ante esta Corporación, pero por providencia del 25 de marzo de 1980, (folio 51) se ordenó remitirlo al Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, por competencia, en relación con la cuantía, a fin de que dicha Entidad continuara su tramitación.

Se citan en la demanda como Hechos constitutivos de la acción incoada, los que transcribe el Tribunal en la sentencia recurrida, conjuntamente con las disposiciones infringidas y el concepto de su violación, todo lo cual tendrá en cuenta la Sala al proferir su decisión definitiva.

El a-quo mediante providencia dictada con fecha 21 de agosto de 1981, denegó las súplicas del libelo, siendo apelada esta determinación por el apoderado del actor, ante el Consejo de Estado.

Rituado el litigio dentro de las prescripciones de ley, sin que se advierta causal de nulidad alguna, la Sala procede a pronunciar el respectivo fallo, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, en la sentencia proferida, indica que el cargo de falsa motivación, aducido contra la actuación administrativa, no se comprobó. En efecto, de un lado la Resolución

demandada carece de motivación y no teniéndola, no es dable predicar la falsedad en que se basa la acción. Además, no se acreditó que pese a que el acto administrativo careciera de motivación, la voluntad administrativa hubiera sido determinada por algún motivo y que éste fuera falso o constituyera desviación de poder.

Como el actor en su libelo inicial formula otra acusación consistente en que se violó el artículo 11 del Decreto 929 de 11 de mayo de 1976, por el cual se estableció el régimen de prestaciones sociales de los funcionarios y empleados de la Contraloría General de la República y sus familiares, precisa entrar al análisis de este punto.

El precepto citado es del siguiente tenor literal: "Ninguno de los funcionarios a que se refiere este Decreto, que por razones de edad y tiempo de servicio, vejez o invalidez desee retirarse o deba ser retirado del servicio, será reemplazado mientras la Entidad correspondiente de Previsión Social no haga el reconocimiento de sus prestaciones sociales y manifieste estar en condiciones de pagar especialmente la pensión, de suerte que no hay solución de continuidad entre la percepción del sueldo y la pensión, pero la permanencia en el cargo no podrá pasar de doce meses después de ocurrida la causal".

Como se ve la disposición transcrita estableció un status de inamovilidad relativa por el término de doce meses para los empleados de la Contraloría que hayan cumplido las condiciones de edad y tiempo de servicio para tener derecho a la pensión jubilatoria. Esta estabilidad es por un lapso de doce meses, a partir de la fecha en que se consolide el derecho, es decir, desde aquélla en que se adquiera el status de pensionado. El actor en el caso presente no demostró tenerlo y, en consecuencia, la estabilidad relativa establecida en la norma antes citada, no le puede ser reconocida por esta Corporación, pues es principio vertebral del derecho probatorio que quien afirma o crea estar dentro de los presupuestos de una norma jurídica, debe comprobar que ha cumplido con la imperatividad de los mismos.

Por lo demás, el demandante no acreditó estar inscrito en Carrera Administrativa alguna y, por lo tanto, la Contraloría General de la República tenía la facultad discrecional para removerlo, sin necesidad de motivar la providencia mediante la cual se declaró la insubsistencia del nombramiento en el cargo que venía desempeñando.

La Fiscalía Cuarta de la Corporación, en su vida de fondo, es de concepto que se debe confirmar el fallo recurrido.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto Fiscal,

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, con fecha veintiuno (21) de agosto de mil novecientos ochenta y uno (1981).

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el veinte (20) de mayo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Joaquín Vanín Tello, Alvaro Orejuela Gómez, Aydée Anzola Linares, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO. PETICION DE DECLARATORIA PARA ANTE LA JURISDICCION. No tiene justificación procesal alguna, en razón de que si ha ocurrido el fenómeno, debe estar acreditado como requisito constitutivo de agotamiento de la vía gubernativa, pero en ningún caso, como elemento integrante del petitum.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.E., catorce de junio de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Alvaro Orejuela Gómez**

Demandante: **Miguel Angel Ramírez Lozano**

Referencia: Juicio No. 6.388 Autoridades Nacionales

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el señor Fiscal 7o. del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, contra la sentencia proferida por dicha Entidad, con fecha ocho (8) de febrero de mil novecientos ochenta y dos (1982), mediante la cual se resolvió la demanda instaurada por el señor Miguel Angel Ramírez Lozano, por conducto de apoderado y en acción de plena jurisdicción.

En el libelo correspondiente, se solicitó que en el fallo que el a-quo dice al desatar el juicio, se hagan las siguientes declaraciones:

"Que se declare que existe un silencio administrativo por parte de la demandada Caja de Previsión Social de Comunicaciones 'Caprecom', al negarse a reliquidar la pensión de jubilación de mi mandante, o darle respuesta a su petición, según lo dispuesto por el parágrafo del artículo 80 del Código Contencioso Administrativo, ya citado.

"Que como consecuencia de la declaración anterior, se ordene que la Caja de Previsión Social de Comunicaciones —Caprecom—, debe reliquidar la pensión de jubilación de mi poderdante, con retroactividad a la fecha en que salió pensionado, incluyéndole el valor legal que le corresponde por concepto de lo pagado por prima de retiro, pero que se hizo en su último año de servicio. Para el efecto por el H. Tribunal la nulidad parcial de la Resolución número 2275 de octubre 4 de 1977, sea declarada.

"Se me reconozca personería para actuar de acuerdo al poder que se me otorgó".

Se aducen en la demanda como hechos constitutivos de la acción incoada, los que el Tribunal transcribe y que esta Sala tendrá en cuenta al pronunciar la decisión correspondiente.

Como disposiciones infringidas invoca el demandante, los artículos 30 de la Constitución Nacional 127 del Código Sustantivo del Trabajo; 21 del Decreto 1240 de 1945; 5o., parágrafo 1o. del Decreto 1160 de 1947; 2o. de la Ley 64 de 1945; 8a. de la Ley 4a. de 1945, 37 del Decreto Extraordinario 2135 de 1983; 2o. de la Ley 5a. de 1963; 73 del Decreto 1848 de 1979, Resoluciones números 1038 de 1967 y 2598 de 1969 de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones.

Sobre las normas que anteceden, hace el apoderado del accionante un estudio jurídico con el fin de demostrar su violación y el derecho que alega asistirle en el reclamo formulado.

La Gerencia de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones designó apoderado para que representara a la Entidad en el juicio, sin que el poder conferido hubiese sido aceptado por la Magistrada Sustanciadora del negocio.

Surtida la tramitación del litigio dentro de las prescripciones de Ley, sin que se advierta nulidad alguna, la Sala pasa a proferir la sentencia respectiva, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

El Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, en el fallo que se examina, accedió a las súplicas de la demanda basándose en lo que sobre el punto controvertido en el presente juicio, ya tiene resuelto esta Corporación en varios casos similares al sub-lite.

Efectivamente, en tratándose de la prima de retiro por jubilación decretada a favor de los servidores del Ramo de Telecomunicaciones, según Resolución número 2596 de 1969, la Sala definió que la prima en referencia constituye salario "porque no es otra cosa que una retribución de servicios otorgada por una sola vez a los empleados que se retiren con derecho a jubilación, después de largos años de labores en dicho Ramo. Ningún otro carácter podría tener su pago, pues no se trata de una prestación Social específica, sino de tres meses de salario concedidos a quienes se separan del cargo en las condiciones dichas".

Al reafirmar los anteriores conceptos, esta misma Corporación ha expresado:

"La prima de retiro por jubilación, sí es salario, por provenir su pago de la Entidad nominadora, que en este caso es la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, y no del organismo encargado de satisfacer las prestaciones sociales, es decir, de Caprecom.

"Considera también que la prima se causa por haber prestado servicios en Telecom, en el Ministerio de Comunicaciones o en la Administración Postal durante un mínimo de quince (15) años, si se trata de pensión de jubilación, o

de diez (10) años, si lo es por pensión de vejez, o sea, que se genera en razón de la prestación de servicios.

"De otra parte, para los servidores del Ramo de Comunicaciones, la prima en referencia es una remuneración estable aunque se disfrute de ella por una sola vez, con motivo del retiro para pensionarse, porque fue instituida por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones mediante una Resolución que tiene vigencia permanente en tiempo y que, en ningún otro caso es transitoria. Y para los empleados que se retiren o sean retirados para hacer uso de la jubilación, dicha prima es un derecho ordinario que hace que en el último año de servicio haga parte de sus ingresos salariales.

"Lo anterior es más evidente si se analiza el asunto a la luz del artículo 2o. de la Ley 5a. de 1969, por el cual se aclaró el 5o. de la Ley 8a. de 1969, que vino a definir con características más precisas lo que debe entenderse por salario integral. En efecto, ese artículo enumera como salario o retribución de servicio las horas extras, las primas kilométricas, las dominicales, los días feriados y las bonificaciones, utilizando la expresión, etc., para indicar de esta manera que además de los factores salariales expresamente designados, caben también otros de naturaleza semejante".

En relación con los planteamientos jurídicos en que el Fiscal Séptimo del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, fundamenta la apelación interpuesta por él contra la sentencia dictada en la primera instancia del asunto controvertido, esta Corporación acoge y comparte las razones expuestas por la Fiscalía Cuarta del Consejo en su vista reglamentaria, que dejan plenamente definido este punto de debate en lo referente al agotamiento de la vía gubernativa y el silencio administrativo y "negativa ficta" de la Administración, cuando se formula a ésta una petición y se abstiene de contestarla.

Sobre el particular, sostuvo la Agencia del Ministerio Público:

"En el caso que ahora es objeto de examen aparece palmariamente demostrado que se produjo el agotamiento de la vía gubernativa, toda vez que la Caja guardo silencio sobre la petición de reliquidación de la pensión del actor formulada mediante procurador judicial en escrito que obra a fl. 9 del expediente.

"En lo que toca con el silencio sobre la petición, cabe observar que la Ley no le ha atribuido la consecuencia de que constituya *decisión negativa ficta*, como ocurre respecto del silencio sobre los recursos. Por ello estima esta Fiscalía desacertada la censura que formula el señor Agente del Ministerio Público en la primera instancia, por no haberse solicitado la nulidad de la aludida negativa ficta. Cuando se eleva a la Administración una petición y ésta no contesta, simplemente hay silencio y obviamente no existe algo que pueda ser anulado. Además, tampoco enerva la acción la circunstancia de que el demandante hubiera solicitado en sus pretensiones la declaratoria del silencio y que como consecuencia de tal declaración se reconozca el derecho. Tal costumbre, es el fruto de criterios ya desechados que exigían "demandar" el silencio atinente a la petición administrativa. En verdad —es la primera vez que esta Agencia se refiere al tema— la declaración pedida y otorgada sobre la ocurrencia del silencio, tanto por los Tribunales Administrativos como por la

Sección Segunda del Consejo de Estado, no tiene justificación procesal alguna, en razón de que si ha ocurrido el fenómeno, debe estar acreditado como requisito constitutivo de agotamiento de la vía gubernativa, pero, en ningún caso, como elemento integrante del petitum. Dicha exigencia equivale a la de obligar al actor a que solicite *como pretensión* la declaración de que se ha configurado un requisito que le da competencia al Juez y a éste que diga, en la serie resolutiva de la sentencia, que ese factor de competencia se ha reunido, lo cual, eso sí, constituye formalismo inútil.

"Acerca de la prima de retiro esta Agencia del Ministerio Público ha manifestado su reserva sobre la naturaleza del salario que se le atribuye, pero esa Corporación ha sentado el criterio, reiterado, uniforme, en el sentido de que dicha prestación tiene carácter salarial. Su reconocimiento al demandante se acredita con las documentales de fls. 5 y 22.

"Por las razones que anteceden el fallo recurrido debe ser confirmado".

Como la decisión del a-quo está basada en la tesis que en casos similares ha expresado la Sala, habrá de confirmarse el fallo recurrido.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto Fiscal,

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, con fecha ocho (8) de febrero de mil novecientos ochenta y dos (1982).

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el nueve (9) de junio de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Joaquín Vanín Tello, Alvaro Orejuela Gómez, Aydée Anzola Linares, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

CLUB MILITAR. SOCIOS.

1. Requisitos para ingreso.

2. La facultad de la Junta Directiva para aprobar solicitudes de ingreso no es discrecional sino reglada y dicha aprobación constituye simplemente un trámite con el fin de estudiar si se cumplen o no los

requisitos para el ingreso, establecidos por la preceptiva legal. (Decreto 334/73. Art. 4o.).

3. ¿Cuándo se pierde la calidad de socio?

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.E., veinticuatro (24) de junio de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Doctor Joaquín Vanín Tello**

Actor: **Héctor José Mayorga Pineda.**

Referencia: Expediente No. 6.906 Autoridades Nacionales

El señor Héctor José Mayorga Pineda, actuando por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, presentó demanda ante el Consejo de Estado, con el fin de que esta Corporación "haga las siguientes o semejantes declaraciones:

"1. Que es nula, en lo pertinente, el acta de la junta Directiva del Club Militar, en la cual se decide la no admisión del Mayor Héctor José Mayorga Pineda, en su calidad de "Socio Efectivo".

"2. Que para restablecer al demandante en su derecho, se declare admitido en su calidad de "Socio Efectivo" con las obligaciones y derechos que le son inherentes a tal calidad, y de que tratan las normas referidas, debiendo la dirección del Club Militar expedir las credenciales respectivas en los términos de que trata el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo.

Los hechos en que se fundamenta la demanda los relata el actor de la siguiente manera:

"1. El Mayor Héctor José Mayorga Pineda fue oficial del Ejército en Servicio Activo, y para el pago de las prestaciones a que tenía derecho le fueron reconocidos veinticinco años (25), un (1) mes y diez (10) días. Por tal razón goza de asignación de sueldo de retiro, conforme a certificaciones que adjunto.

"2. El Mayor Héctor José Mayorga Pineda permaneció en servicio activo en el Ejército Nacional el tiempo ya anotado y para acreditar mi dicho, anexo certificación No. 007427 del 25 de septiembre de 81 expedida por la División de Archivo General del Ministerio de la Defensa Nacional.

"3. Dentro de los términos exigidos por los estatutos del Club Militar de Oficiales, el Mayor Héctor José Mayorga Pineda, presentó la solicitud del cambio de categoría de su condición de socio activo a la de socio efectivo, por haber pasado a la situación de retiro con asignación de sueldo de retiro, petición que le fue negada según comunicación No. 968/CM/DS/93-B, 3-1-75, firmada por el señor Capitán Alvaro Pineda Ruiz.

"4. Para efectos de la competencia, el derecho a ser socio efectivo del Club Militar de Oficiales no es susceptible de valoración.

"5. El Club Militar es un establecimiento Público creado por la Ley 124/48".

Como disposiciones violadas se señalan los decretos 262 de 1978, 1110 de 1969 y el Decreto 334 de 1973, artículo 4, que "dice que son socios efectivos los oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en goce de pensión o sueldo de retiro".

Habiéndose cumplido la actuación sin que se observen vicios que la invaliden, y ejecutoriado el auto de citación para sentencia, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se demanda en este proceso la nulidad del acto administrativo contenido en el acta No. 136 del 26 de noviembre de 1974, correspondiente a la Junta Directiva del Club Militar de Oficiales, en cuanto negó la admisión del demandante como socio efectivo del mencionado Club, y, en consecuencia, se ordene el restablecimiento del derecho violado.

El señor Fiscal Cuarto de la Corporación, al emitir su concepto de fondo, se expresa en el sentido de que la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo no tiene competencia para conocer del negocio en razón de que la controversia no es naturaleza laboral.

En diversos fallos esta Sala ha dilucidado tanto la cuestión de fondo como el problema de competencia que suscite la Fiscalía Cuarta de la Corporación, en uno de los cuales se dijo lo siguiente:

"Esta Sala ha fallado numerosos juicios en que se debaten cuestiones idénticas a las cuestionadas en este proceso en el entendimiento de que si bien los derechos de ingreso al Club Militar de Oficiales no se encuentran consagrados precisamente en el estatuto que gobierna las pretensiones de estos funcionarios, no es menos cierto que el Club Militar de Oficiales fue creado como un establecimiento público destinado a proporcionar a los oficiales de las Fuerzas Armadas un medio de recreación dentro de un ambiente cultural y social acorde con su categoría, derechos que nacen precisamente de su vinculación laboral a las Fuerzas Armadas y, por lo tanto, la discusión sobre tales derechos debe considerarse como una contención de carácter laboral cuyo conocimiento corresponde a esta Sección. Esto supuesto y separándose la Sala del concepto del señor Fiscal se procede al estudio de fondo de la cuestión debatida.

"Entrando al estudio de fondo del proceso se encuentra lo siguiente: Son varias las sentencias en que esta Sala ha decidido peticiones idénticas a la presente y por lo tanto será suficiente para fundamentar la decisión que ha de tomarse transcribir lo pertinente del fallo dictado el 26 de febrero de 1980 del presente año, expediente No. 3134, actor Hildebrando Galvis Galvis con ponencia de la doctora Aydée Anzola Linares.

"Para efecto, dispone el artículo 4o. del Decreto 334 de 1973 (marzo 5) —aplicable al actor—, puesto que estaba en vigencia a la fecha de su retiro (octubre 16 de 1974, folio 9 del expediente) como Teniente Coronel del Ejército".

"Son (socios) efectivos: Los oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en goce de pensión o sueldo de retiro..." Parágrafo. "Los casos contemplados en este artículo requieren solicitud previa aprobada por la Junta Directiva".

"A folio 10 y 27 citados, se demuestra la calidad del actor como militar que fue del Ejército, o sea retirado y que devenga sueldo de retiro, requisitos únicos para tener derecho al ingreso como socio del Club Militar. Estando acreditados, como en efecto lo están, dichos requisitos o condiciones, debe cumplirse sin más su derecho a ingresar como socio efectivo al Club Militar".

"Estima este Despacho que la facultad de la Junta Directiva para aprobar solicitudes de ingreso no es discrecional sino reglada y que dicha aprobación constituye simplemente un trámite con el fin de estudiar si se cumplen o no los requisitos para el ingreso, establecidos por la preceptiva legal".

"Armonizando el citado artículo 4o. con el 14 del Decreto 334, este Despacho concluye que asiste razón al accionante en su petición ya que cuando esta última disposición estatuye: "La calidad de socio se pierde para los socios activos por retiro del servicio", se refiere precisamente a los activos; no a los efectivos —que es el caso del actor Galvis—; por lo cual debe entenderse que una vez retirados, pasan a la calidad de efectivos".

"Entonces, reunidos por el demandante los dos supuestos a que se refiere el artículo 4o del Decreto 334 de 1973, no hay razón válida para la negativa porque optó la Junta Directiva del Club, imponiéndose la anulación de tal decisión".

Está demostrado en el expediente que el actor prestó sus servicios a las Fuerzas Armadas por más de veinticinco años y que al desvincularse de ella, se le reconoció asignación de retiro, en goce de la cual se encuentra. De conformidad con las normas legales vigentes en la fecha de su retiro el actor tiene derecho a ser admitido como socio efectivo del Club Militar de Oficiales.

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

FALLA:

1o. Declárase la nulidad del acto administrativo contenido en el acta No. 136 de 26 de noviembre de 1974, de la Junta Directiva del Club Militar de Oficiales, por medio del cual se negó la admisión a dicho establecimiento al Mayor (r) Héctor José Mayorga Pineda.

2o. Para efectos del restablecimiento del derecho violado, declárase que el Club Militar de Oficiales está obligado a admitir al demandante Héctor José Mayorga Pineda como socio efectivo de dicha institución, con las obligaciones y derechos inherentes a tal calidad.

3o. El Club Militar expedirá la correspondiente credencial al actor Héctor José Mayorga Pineda dentro del término fijado en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 28 de mayo de 1983.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orjuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

CAPITULO V

SUSPENSION PROVISIONAL DE ACTOS DEL ORDEN NACIONAL

PENSION DE JUBILACION. REAJUSTE. LEY 4a. DE 1976. Finalidad: Lo que el Legislador ha querido al ordenar reajustes de pensiones es devolverle a las mesadas liquidadas con anterioridad su valor real deteriorado por el procedimiento inflacionario que ha vivido el país en las últimas décadas. Es evidente que la Ley 4a. de 1976 opera hacia el futuro, esto solo se aplica a las pensiones después de un año de haberse liquidado la respectiva pensión.

Suspensión provisional de la Resolución No. 02480 de 27 de marzo —Cajanal—, por medio de la cual se reconoció una pensión vitalicia de jubilación a favor del señor Manuel Maldonado Lugo.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.E., dos de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Doctor Ignacio Reyes Posada**

Actor: **Caja Nacional de Previsión Social (Manuel Maldonado Lugo).**

Referencia: Expediente No. 8.110 Autoridades Nacionales

Por reunir los requisitos legales, se admite la anterior demanda que en ejercicio de la acción de plena jurisdicción y mediante apoderado promueve la Caja Nacional de Previsión Social.

Para su trámite se dispone:

1o. Notifíquese personalmente la admisión de esta demanda a la señora Fiscal Quinta y al señor Manuel Maldonado Lugo.

2o. Fíjese en lista por el término de cinco días, para los efectos legales.

Reconócese al doctor Mario Flórez Moreno como apoderado de la Caja Nacional de Previsión Social, en los términos y para los efectos del poder visible a folio 1 del expediente.

SUSPENSION PROVISIONAL:

Por haber sido solicitada expresamente en la demanda la suspensión provisional de los actos acusados, se procede a resolver previas las siguientes consideraciones:

Reiteradamente ha sostenido esta Corporación que, siendo el objeto de la suspensión provisional evitar transitoriamente la aplicación de un acto que ostensiblemente subvierte el orden jurídico, ha de ser tan evidente, tan clara, tan patente su contradicción con una norma superior, que sea suficiente su confrontación para destruir la presunción de legalidad implícita en todo acto administrativo y hacer posible la orden de no aplicarlo.

En el presente caso se reúnen en grado eminente tales características por lo que hace a la Resolución No. 02480 del 27 de marzo de 1981 emitida por el Subdirector de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión, pues sólo basta examinar el texto de dicha providencia para apreciar prima facie la violación de normas legales que consagran el derecho a reajuste de pensiones de jubilación, de retiro por vejez y de invalidez para los empleados del sector público.

En efecto, en la Resolución enjuiciada se practica la liquidación de la pensión de jubilación a que tiene derecho el señor Manuel Maldonado Lugo por sus servicios en el ramo docente, tomando como salario básico el devengado por el beneficiario durante el último año de servicios comprendido entre el 1o. de enero al 30 de diciembre de 1980 cuyo 75% arroja la suma de $30.309.13 que es la suma que al beneficiario le corresponde para esa fecha como pensión mensual de jubilación; pero sobre este valor la Caja ordena en la resolución acusada incrementar el valor de la pensión con los reajustes ordenados por la Ley 4a de 1976 para los años de 1978, 1979 y 1980, lo cual condujo a que el valor de la pensión ascendiera a una suma total de $51.402.30, es decir un valor muy superior al que le correspondía al beneficiario por concepto del 75% del último sueldo devengado.

Ahora bien, ¿por qué se produjo tal resultado?: por la indebida aplicación de las normas de la Ley 4a de 1976 en el presente caso. En efecto, lo que el legislador ha querido al ordenar reajustes de pensiones es devolverle a las mesadas liquidadas con anterioridad su valor real deteriorado por el proceso inflacionario que ha vivido el país en las últimas décadas. Es evidente que la Ley 4a. de 1976 opera hacia el futuro, esto es que sólo se aplica a las pensiones después de un año de haberse liquidado la respectiva pensión. Pero la Caja Nacional de Previsión en la resolución acusada practicó una liquidación con base en el promedio mensual devengado durante el año de 1980 y sobre dicha liquidación decretó en forma retroactiva reajustes pensionales ordenados por la ley 4a. de 1976 para los años de 1978, 1979 y 1980, con lo cual se produjo el fenómeno de que además de los aumentos salariales que el beneficiario obtuvo en esos mismos años de su sueldo en actividad, vio incrementada su pensión indebidamente por el acto de Caja que violó ostensible y palmariamente las normas de la Ley 4a. de 1976 por su indebida aplicación.

Por las consideraciones anteriores, esta Sala Unitaria decreta la suspensión provisional de la Resolución No. 02480 del 27 de marzo de 1981 dictada

por el Subdirector de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social, por medio de la cual se reconoció una pensión vitalicia de jubilación a favor del señor Manuel Maldonado Lugo.

Cópiese y notifíquese.

Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

IMPUESTOS. CONSULTA. Siendo establecido por la ley el grado de Consulta únicamente para los de la Administración, en materia tributaria particularmente, por la vía reglamentaria resulta legalmente violatorio que se otorgue también para las providencias que se dicten a favor de los particulares, pues se estaría rebasando los límites de la potestad.

Decrétase la suspensión provisional de los párrafos subrayados de la instrucción 003 de enero 16 de 1981 de la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales y que dicen:

"No distinguió el legislador si la misma era procedente, cuando se resolvía el recurso a favor o en contra del contribuyente, razón por la cual debe entenderse que en ambos casos es preciso efectuarse la revisión por parte de la Dirección General de Impuestos Nacionales, de las decisiones consignadas en las providencias que resuelvan los recursos de reconsideración presentados ante las Administraciones de Impuestos Nacionales".

"El grado administrativo de consulta es un control jerárquico creado por la ley tendiente a garantizar tanto los derechos del Estado como los de los particulares...".

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Bogotá, D.E., cuatro de abril de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Gustavo Humberto Rodríguez**

Actor: **Alejandro Páez Murillo**

Referencia: Expediente No. 9.993 Auto Interlocutorio

El ciudadano Alejandro Páez Murillo en su propio nombre ha formulado demanda en ejercicio de la acción popular de nulidad para que se decrete la suspensión provisional y la posterior nulidad de algunos párrafos contenidos en la "instrucción" No. 003 de enero 16 de 1981, originaria de la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

En la presente oportunidad se decide sobre la admisión de la demanda y sobre la suspensión provisional solicitada.

Dice la Instrucción:

"El artículo 58 de la Ley 52 de 1977 facultó al gobierno para establecer el grado de consulta de las providencias que resuelvan el recurso de reconsideración.

"El Decreto 2218 de 1978 expedido en uso de las facultades constitucionales y de las que le confiere el Gobierno el artículo 84 de la Ley 52 de 1977, en su artículo 16, determinó la obligatoriedad de someter al grado de consulta, las providencias que resuelvan el recurso de Reconsideración cuando su cuantía sea de $300.000 o más, cuantía que se determina por la diferencia entre la Liquidación de Revisión y la privada o por la Liquidación de Aforo según el caso".

A continuación agrega los siguientes párrafos, que en los subrayados se solicita su nulidad.

"No distinguió el legislador si la norma era procedente, cuando se resolvía el recurso a favor o en contra del contribuyente, razón por la cual debe entenderse que en ambos casos es preciso efectuarse la revisión por parte de la Dirección General de Impuestos Nacionales, de las decisiones consignadas en las providencias que resuelvan los recursos de Reconsideración presentados antes las Administraciones de Impuestos Nacionales.

"El grado administrativo de consulta es un control jerárquico creado por la ley tendiente a garantizar tanto los derechos del Estado como los de los particulares. Busca que las decisiones oficiales se profieran dentro del marco de la unidad doctrinal y ajustadas a principios de legalidad y equidad (artículo 31 Ley 52 de 1977).

"Abolido por la Ley 52 de 1977 el recurso de apelación de que trataba el Decreto 2821 de 1974, al grado de consulta que da oportunidad al superior de conocer y revisar las decisiones del inferior...".

Argumenta el actor; a) que tal instrucción es un acto administrativo, b) que viola el artículo 120-3o. de la Constitución Nacional, porque quien tiene facultad para reglamentar es el Presidente de la República, no la Dirección General de Impuestos Nacionales, c) que viola el artículo 58 de la Ley 52 de 1977, que dice: "En cuantía no inferior a trescientos mil pesos ($300.000), el Gobierno podrá establecer el grado de consulta de la providencia que resuelva el recurso de reconsideración", porque mediante tal disposición el legislador no creó el grado de consulta (que ya estaba consagrado en los artículos 134 de la Ley 167 de 1941, 21 del Decreto 2821 de 1974, y otros), sino que apenas fijó una cuantía mínima sobre la cual el Gobierno podía ordenar que se surtiera ese grado, ni modificó el concepto intrínseco de "consulta", ni facultó al gobierno para modificarlo. d) El artículo 16 del Decreto Reglamentario 2818 de 1978, que reglamentó al 58 de la Ley 52 de 1977, dispuso: "Las providencias que resuelven el recurso de reconsideración deberán consultarse cuando su cuantía sea de $300.000 o más. La cuantía estará determinada por la diferencia entre la Liquidación de Revisión y la privada o por el valor de la liquidación de aforo, según el caso". O sea que ni la norma reglamentada ni la reglamentaria entraron a distinguir ni a definir el concepto del grado de consulta, sino que se limitaron a establecer una cuantía. e) Viola también los artículos 25 y 30 del C. C. sobre hermenéutica jurídica.

SE RESUELVE:

1. La demanda reúne los requisitos legales, por lo cual deberá ser admitida.

2. Es procedente la declaratoria de suspensión provisional de los párrafos subrayados, por las razones expuestas por el demandante.

En efecto se tiene:

a) La "instrucción" en cuestión no es un simple concepto sino un acto administrativo, toda vez que procede que la Administración, es decisión unilateral de voluntad y produce efectos jurídicos ante terceros.

b) La potestad reglamentaria tiene titulares expresa y taxativamente señalados en la ley, entre los cuales no se cuenta la Subdirección Jurídica de la Administración General de Impuestos Nacionales.

c) Es igualmente ostensible que siendo establecido por la ley el grado de consulta únicamente para las providencias que se dicten a favor de la Administración, en materia tributaria, particularmente, por la vía reglamentaria resulta legalmente violatorio que se otorgue también para las providencias que se dicten a favor de particulares, pues se estaría rebasando los límites de la potestad. (C. C. A. Art. 134).

En mérito de lo expuesto, se decide:

1o. Admítese la anterior demanda.

2o. Comuníquese la admisión de la demanda al Director General de Impuestos Nacionales.

3o. Notifíquese al señor Agente del Ministerio Público;

4o. Cumplido lo anterior, fíjese en lista por el término y para los efectos que señala el ordinal 3o. del artículo 126 del C.C.A.;

5o. Decrétase la suspensión provisional de los párrafos subrayados de la instrucción 003 de enero 16 de 1981 de la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales y que dicen:

"No distinguió el legislador si la misma era procedente, cuando se resolvía el recurso a favor o en contra del contribuyente, razón por la cual debe entenderse que en ambos casos es preciso efectuarse la revisión por parte de la Dirección General de Impuestos Nacionales, de las decisiones consignadas en las providencias que resuelvan los recursos de reconsideración presentados ante las Administraciones de Impuestos Nacionales".

"El grado administrativo de consulta es un control jerárquico creado por la ley tendiente a garantizar tanto los derechos del Estado *como los de los particulares...".*

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Gustavo Humberto Rodríguez.

Jorge A. Torrado. Secretario.

CAPITULO VI

ACTOS DE AUTORIDADES NO ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN NACIONAL

EMPLEADOS DE LA RAMA JURISDICCIONAL. PERIODO BAJO LA VIGENCIA DEL DECRETO 1950 DE 1981.

Terminó el 4 de noviembre de 1981, por la declaratoria de inexequibilidad del Acto Legislativo No. 1 de 1979. Vencieron necesariamente en esa fecha los períodos de los magistrados y jueces que habían sido prorrogados y por la misma razón la Corte, los tribunales y los jueces retornaron la función legal que antes les había sido asignada para efectuar los nuevos nombramientos por el resto del período que había comenzado con anterioridad.

INEXEQUIBILIDAD Y DEROGATORIA. Diferencias.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.E., abril quince de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejera ponente: Dra. Aydée Anzola Linares.

Actora: **Mercedes Jiménez Rojas**

Referencia: Expediente No. 8.239 Autoridades Nacionales

La señorita Mercedes Jiménez Rojas, por conducto de apoderado, instauró demanda de plena jurisdicción, ante el Tribunal Administrativo del Huila para que, previos los trámites legales pertinentes, se hicieran las siguientes declaraciones:

1a. Nulidad del Acto Administrativo contenido en el artículo 4o. del Decreto No. 001 del 1o. de septiembre de 1981 del Juzgado Laboral del Circuito de Neiva, en cuanto designó a la señorita Blanca Ana Moreno Vargas como Escribiente II, Grado 5o. en interinidad y en reemplazo de la demandante.

2a. Que como consecuencia de lo anterior, se ordene al Tesoro Nacional, pagar a la actora los sueldos, primas, vacaciones, cesantías y demás emolumentos dejados de percibir desde el día 1o. de septiembre de 1981 hasta cuando el reintegro se verifique.

3a. Que se ordene el reintegro de la demandante al cargo de Escribiente II, Grado 5o. o en otro de igual categoría y remuneración.

4a. Que para todos los fines de prestaciones sociales, se considere que no ha existido solución de continuidad.

En la demanda se hizo la relación de las normas legales que se consideran quebrantadas por el acto acusado y en el concepto de la violación, entre otros argumentos se adujeron los siguientes:

Que aunque la demandante fue designada el 1o. de septiembre de 1979 para desempeñar el cargo antes citado, en forma interina, vencidos los noventa días a que se refiere el artículo 8o. de la Ley 12 de 1945, adquirió el carácter de empleada en propiedad y por lo tanto no podía ser suspendida ni destituida durante el respectivo período o por el lapso que faltare para completarse aquel, salvo los casos de investigación disciplinaria para lo cual era necesario sujetarse al debido proceso y agrega: Ello es así porque de conformidad con el artículo 27 del Decreto 1660 de 1978, mientras se reglamenta la carrera, los empleados de las Fiscalías, de los Tribunales y de los Jueces, serán nombrados para el período correspondiente a dichos funcionarios.

Tampoco podía ser suspendida o removida ante el hecho de que el período inmediatamente anterior había vencido el 31 de agosto de 1981, por cuanto que el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1950 de julio 23 de 1981 prorrogó, en forma indefinida, el período de los Magistrados de los Tribunales Superiores, Administrativos y de Aduanas, así como el de los Jueces y consecuencialmente el de los respectivos subalternos, hasta tanto entrara en vigencia el estatuto de la carrera judicial.

El Tribunal del conocimiento al dirimir la controversia planteada, con apoyo en las normas que la demanda cita como quebrantadas, consideró que la demandante, venía disfrutando de una relativa inamovilidad y que si bien el período asignado a su cargo y que correspondía al mismo que tenía el Juez Laboral del Circuito de Neiva, debía vencer el último día del mes de agosto de 1981, sin embargo este se prorrogó automáticamente porque en ese año estaba rigiendo el Acto Legislativo No. 1 de 1979, mediante el cual el literal g) de su artículo 63 le había otorgado al Gobierno Nacional un plazo máximo de dos años para que expidiera, el estatuto de la carrera judicial que debía reglar la manera de proveer los cargos de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional. Fue así como, en desarrollo del citado acto, se expidió el Decreto 1950 de 1981 por el cual se prorrogaron los períodos de Magistrados, Jueces y subalternos "para facilitar —dice el Tribunal— la implantación de la carrera judicial y no dejarlos en interinidad" y agrega: "Lógicamente es otro aspecto diferente que en virtud de la sentencia de inexequibilidad de la H. Corte Suprema de Justicia sobre la reforma constitucional de 1979, en noviembre de 1981, al dejar de regir, igualmente dejó de regir como consecuencia inmediata el Decreto 1950 de 1981 quedando a partir de esa fecha, 3 de noviembre de 1981, todos los Magistrados y Jueces de la República en interinidad, pero teniendo en cuenta el artículo 8o. de la Ley 12 de 1945, para la época en que el señor Juez 2o. Laboral del Circuito de Neiva fue elegido para el resto del período que se inició el 1o. de septiembre de 1981, sus empleados en virtud de la ley, quedaron ejerciendo el cargo en propiedad".

Con apoyo en este criterio, el Tribunal resolvió anular el acto acusado y ordenar el reintegro de la demandante al cargo que venía desempeñando hasta el 31 de agosto de 1983, fecha en la cual vencerá el actual período judicial.

No observándose defecto de nulidad que invalide lo actuado, se pasa a resolver, lo que se estime legal, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

ANALISIS DEL DECRETO 1950 de 1981

En primer lugar considera la Sala necesario hacer énfasis en que hay quienes sostienen que a virtud de que el Decreto 1950 de 1981 se refirió únicamente a los Magistrados y Jueces para prorrogarles sus períodos hasta la fecha en que el estatuto de carrera judicial señalare, dicha prórroga no podía hacerse extensiva al personal subalterno de tales funcionarios y por consiguiente, éste quedó en situación de interinidad indefinida. Ciertamente, ni en los considerandos ni en el articulado del mencionado decreto se hizo mención expresa de los empleados subalternos de la Rama Jurisdiccional, pero esta omisión no significa, en manera alguna, que ese personal hubiera quedado en interinidad, pues en su defecto debe acudirse a lo previsto en la Ley 15 de 1972 y en los Decretos 250 de 1970, 2284 de 1976 y 1660 de 1978 en los cuales, en su orden, se dispuso:

"Mientras el Consejo Superior de la Administración de Justicia reglamenta, organiza y pone en funcionamiento la carrera judicial, para los empleados subalternos de la Rama Jurisdiccional y de las Fiscalías, estos solamente podrán ser removidos de sus cargos durante el respectivo período judicial por las causas y mediante el procedimiento consagrado en la Ley". "...Los empleados así posesionados gozarán de estabilidad en sus empleos y no podrán ser removidos durante el período de sus respectivos superiores sin que previamente se adelante el procedimiento disciplinario señalado en el Decreto 250 de 1979, o en los eventos de pérdida del cargo por retiro forzoso señalados en el Decreto-ley mencionado". "Mientras se reglamenta la carrera los empleados de las Fiscalías y de la Rama Jurisdiccional que reúnan los requisitos para el cargo, serán nombrados para el período del correspondiente Fiscal, Magistrado o Juez y deberán tomar posesión dentro de los términos señalados en la Ley. Estos empleados gozarán de estabilidad y no podrán ser removidos dentro del período de sus respectivos superiores, salvo por causas disciplinarias".

Es así que las normas anteriormente transcritas prescriben que los subalternos de la Rama Jurisdiccional gozarán del mismo período señalado por la Ley a sus inmediatos superiores, mientras se reglamenta la carrera judicial y que el Decreto 1950 de 1981 se dictó precisamente para facilitar "la implantación" de esa carrera y que el personal subalterno no podía quedar por fuera de esta, luego debe entenderse que implícitamente quedó comprendido en el Decreto 1950 y que, por lo tanto, sus períodos fueron prorrogados en la misma forma en que lo fueron los de sus inmediatos superiores y mientras se reglamentaba la carrera judicial.

Sentado lo anterior, corresponde estudiar lo relativo a la aplicación en el tiempo del Decreto 1950 de 1981; pues mientras este punto no se defina, no podrá saberse con seguridad si el Tribunal acertó o no al afirmar que la relativa estabilidad de que gozaba la demandante se extiende hasta el 31 de agosto del año en curso. Para lograr un mejor entendimiento de la cuestión, debe transcribirse el artículo 1o. del referido estatuto, cuyo tenor es: "La designación que por vencimiento del actual período (se refiere al que venció el 31 de agosto de 1981) debe hacerse para proveer los cargos de los Magistrados

de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, de Aduanas y Administrativos y de los jueces elegidos por los Tribunales del Distrito Judicial y de Aduanas, se efectuará de conformidad con lo que sobre el particular establezca el estatuto de carrera judicial. *En consecuencia, los actuales Magistrados y Jueces permanecerán en sus cargos hasta la fecha que el mencionado estatuto señale*". (Subrayas de la Sala).

Al analizar la norma transcrita lo primero que habrá de tenerse en cuenta es que el estatuto de carrera judicial que debía dictarse, tenía como soporte constitucional, el entonces vigente ordinal g) del artículo 63 del Acto Legislativo No. 1 de 1979, según el cual, "señálase un término de dos años al Gobierno Nacional para expedir, con la asesoría del Consejo Superior de la Judicatura, si no lo hubiere hecho la ley, el estatuto de la carrera judicial y de tres años adicionales a fin de proveer todo lo necesario para su organización y funcionamiento".

Pese a lo transcrito, habida consideración de que el Acto Legislativo No. 1 de 1979, fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia mediante fallo dictado el 3 de noviembre de 1981, resulta obligado concluir que desapareció de la vida jurídica dicho acto y por ello perdieron vigencia también todas aquellas normas que fueron expedidas en desarrollo del mismo, aunque preciso es reconocer que a virtud de que la declaratoria de inexequibilidad, produce los mismo efectos que la nulidad, conforme a la doctrina de la Corporación, es decir, que los tiene hacia el futuro y no hacia el pasado, debe concluirse que el Decreto 1950 de 1981 tuvo operancia el veintitrés de julio de mil novecientos ochenta y uno (23 de julio de 1981) fecha en que entró en vigencia y el 4 de noviembre del mismo año fecha de la ejecutoria de la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia. Luego, desaparecido el Acto Legislativo 1 de 1979, el Decreto, tantas veces mencionado, corrió igual suerte porque fue dictado con fundamento en el mismo. En tales circunstancias las cosas quedaron en el estado en que se encontraban antes, esto es, revivieron o recobraron observancia las normas constitucionales y legales que regulaban lo relativo a la elección y períodos de los funcionarios judiciales y de los subalternos de la misma rama. Consecuencialmente, volvió a tener operancia el llamado Tribunal Disciplinario que antes había sido reemplazado por el Consejo Nacional de la Judicatura. Sobre este interesante punto, la Corporación en sentencias proferidas por las Secciones 1a., 2a. y 3a. en la misma forma ha tenido oportunidad de pronunciarse, en fallos proferidos, el 24 de marzo, 2 de abril y 29 de septiembre de 1982. Al efecto, en el Expediente No. 3.521, actor, Fondo Vial Nacional, se pronunció así:

"...La Reforma Constitucional de 1979, fue declarada inexequible por la Corte Suprema de Justicia. Por lo tanto, el Acto Legislativo No. 1 de 1979 que creó por su artículo 44 el Consejo Superior de la Judicatura y el 61 del mismo que sustituyó el artículo 217 de la Constitución, al ser declarados inexequibles, dejaron de tener vigencia o existencia. Es decir, todas aquellas normas que fueron dictadas en desarrollo de la Reforma Constitucional de 1979, quedaron afectadas por la misma declaración de inexequibilidad "y tanto valen como si nunca se hubieran dictado". En efecto, la declaración de inexequibilidad, no puede confundirse con la "derogatoria" que es una facultad exclusiva del legislador (Art. 76 de la Constitución) inseparable de la de sustituir o subrogar "que nunca tiene el Juez y que configura la potestad de dictar actos reglamen-

tarios de contenido general como son las leyes, que tampoco puede hacer el Juez. Por tanto tales decretos constitucionales, desaparecieron por la inexequibilidad de su causa, que implica la declaración de inexistencia, por lo mismo la derogatoria que en ellos se hizo de la legislación anterior, ha de tenerse por no hecha, por no existente "ab initio": desaparecida la causa, desaparecido el efecto: inexistente la causa, inexistente el efecto".

Y por lo mismo que la declaratoria de inexequibilidad no debe confundirse con la derogatoria, no puede acudirse a lo previsto en el artículo 14 de la Ley 153 de 1887, según el cual "la disposición derogada "solo recobra su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva. Y no puede acudirse a esta norma porque como la inexequibilidad es el producto de un acto jurisdiccional, no presenta las características de la derogatoria que es cuestión atribuida al poder legislativo. "...Por consiguiente a la extinción que se deriva de la inexequibilidad, no puede aplicarse la regla del Art. 14 y en consecuencia es preciso aceptar que, a partir de la sentencia de inexequibilidad, recobra vigencia la norma anterior, pues ya no es posible darle ejecución ni aplicación al propio precepto derogatorio, contenido implícita o explícitamente en la norma que ha sido declarada inexequible. Este precepto derogatorio también se ha extinguido por ministerio de la inexequibilidad de forma que hacia el futuro reviven automáticamente las normas anteriores".

Se tiene entonces que si el Decreto 1950 de 1981 tuvo existencia jurídica hasta el 4 de noviembre del mismo año, día en que quedó ejecutoriado el fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia que declaró la inexequibilidad del Acto Legislativo No. 1 de 1979, vencieron necesariamente en esa fecha los períodos de los Magistrados y Jueces que habían sido prorrogados y por la misma razón, la Corte, los Tribunales y los Jueces retomaron la función legal que antes les había sido asignada para efectuar los nuevos nombramientos por el resto del período que había comenzado con anterioridad. A su vez, los Jueces, por mandato del artículo 1o. del Decreto 2284 de 1976, quedaron en libertad de efectuar también los nombramientos de los subalternos pues la estabilidad que éstos tenían sólo se extendió hasta el 4 de noviembre de 1981 y no más allá de esta fecha como equivocadamente lo creyó el Tribunal de conocimiento.

Finalmente, en cuanto a este aspecto de la controversia se refiere, no sobra hacer notar que dada la forma como aparece redactado el Decreto 1950 de 1981, no es posible sostener que se consagró en él una interinidad especial mientras se procedía a dictar el estatuto, sobre carrera judicial, porque ya quedó explicado atrás que lo que hubo fue prórroga de períodos. Lo anteriormente expuesto conduce, inevitablemente a las siguientes conclusiones: El período asignado a la demandante fue prorrogado a partir del 1o. de septiembre de 1981 y como el decreto que así lo dispuso desapareció o dejó de tener vigencia el 4 de noviembre del mismo año, a lo sumo tiene derecho a que se le paguen los salarios y prestaciones causados hasta esta fecha, mas no al reintegro como lo dispuso el a-quo por haber vencido el lapso al cual podía extenderse aquél. Luego, se modificará la sentencia consultada en esta forma.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero: Confírmase el numeral primero de la sentencia consultada proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila con fecha veintitrés (23) de octubre de mil novecientos ochenta y dos (1982).

Segundo: Revócase el numeral segundo de la misma sentencia y en su lugar niégase el reintegro solicitado en la demanda.

Tercero: Modifícase el numeral tercero del fallo consultado en el siguiente sentido: Declárase que la Nación, por conducto del Ministerio de Justicia, está obligada a reconocer y pagar a Mercedes Jiménez Rojas, el valor de los salarios, primas y demás emolumentos que se hubieren causado desde el día 1o. de septiembre de 1981, hasta el 4 de noviembre del mismo año, de conformidad con lo expresado en la parte motiva de esta providencia, previa deducción de las sumas que hubiere percibido de la Administración Oficial.

Cuarto: Declárase que para efecto de las prestaciones sociales, no ha existido solución de continuidad.

Quinto: A esta sentencia se le dará cumplimiento dentro del término previsto en el artículo 121 del C.C.A.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

El anterior proyecto fue considerado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 8 de abril de 1983.

Los Consejeros,

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

Título II

Orden Departamental

CAPITULO I

ACTOS DE LOS GOBERNADORES

ARRENDAMIENTO LOCALES COMERCIALES.

ARRIENDOS PAGADOS POR ENCIMA DEL PRECIO CONGELADO. La devolución del mayor precio cobrado por los arrendadores es un derecho personal de los arrendatarios, equivalente a un crédito que tiene como fuente de la obligación la ley y concretamente, los artículos 1o. del Decreto Legislativo 1070 de 1956 y 1o. del Decreto

Reglamentario 699 de 1957, que les prohíben a los arrendadores cobrar un precio superior al congelado y que consagran en favor de los arrendatarios al derecho de exigir el reintegro de los excedentes pagados.

El reintegro de los excedentes del canon inicialmente pactado, a cargo de los arrendadores constituye una obligación personal y que puede extinguirse por la prescripción.

RENOVACION DEL CONTRATO ARTICULO 518 C. de Co. El régimen de congelación de arrendamientos de locales comerciales, cesó desde que entró en vigencia el Código de Comercio.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Bogotá, D.E., veintisiete de enero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Mario Enrique Pérez**

Actor: **Gabriel Lalinde M.**

Referencia: Expediente No. 3.284

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte impugnadora contra la sentencia fechada el 7 de diciembre de 1979, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por la cual fue decidido en primera instancia el proceso de la referencia.

LOS ACTOS ACUSADOS

1. Ellos son:

a) La Resolución No. 008242 de 23 de enero de 1975, expedida por la Gobernación del Departamento de Antioquia, mediante la cual se le ordenó a la señora Matilde Vélez v. de Posada devolver al señor Gabriel Lalinde M. la suma de $28.264.12, por concepto de arrendamientos cobrados a un precio superior al vigente en 31 de diciembre de 1955, con violación de los Decretos 1070 de 1956 y 0699 de 1957. Esta Resolución advierte que ella presta mérito ejecutivo y que contra la misma proceden los recursos de reposición y apelación.

b) La Resolución No. 008828 de 29 de abril de 1975, originaria de la citada Gobernación, que no repuso la anterior y que concedió el recurso de apelación interpuesto contra ésta.

c) La Resolución No. 826 de 11 de septiembre de 1975, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, por la cual fue confirmada, por vía de apelación, la No. 008242 de la Gobernación de Antioquia y declarada agotada la vía gubernativa.

2. Los actos enjuiciados contienen la motivación que, en lo esencial, se sintetiza enseguida:

Dice la Resolución No. 008242:

Que está demostrada la vinculación contractual entre las partes, en relación con el inmueble entregado a título de arrendamiento, lo mismo que las variaciones del precio primeramente pactado.

Que como el artículo 518 del actual Código de Comercio autorizó la renovación de los contratos de arrendamiento destinados al comercio, siempre que el empresario hubiera ocupado el inmueble por un término no menor de dos años consecutivos, desde la vigencia de dicho Código (1o. de enero de 1972) terminó la congelación del precio de los arrendamientos de esa clase de inmuebles, motivo por el cual la devolución de lo pagado por encima del precio inicialmente estipulado solamente se debe considerar hasta el 30 de diciembre de 1971.

Que la prescripción adquisitiva de los dineros recibidos superando los cánones congelados beneficia al arrendador, según el artículo 2529 del Código Civil. Y como, de acuerdo con el artículo 2538 de la misma obra, "Toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho", la acción estaría prescrita hasta el 5 de agosto de 1971, porque en la misma fecha de 1974 fue presentada la petición de devolución. Pero como desde el 1o. de enero de 1972 no hay congelación del precio de los locales comerciales, en el caso de autos solamente los excesos pagados entre el 5 de agosto y el 31 de diciembre de 1971 pueden ser objeto de reintegro.

Que en lo que respecta al argumento de la ilegitimidad de la parte demandada, si bien, "la actual propietaria sucedió a los anteriores dueños en todos sus derechos y obligaciones, tratándose de un derecho personal como es el arrendamiento, no es posible vincularla a las obligaciones de los demás copropietarios, por cuanto el derecho que tienen los arrendatarios a pedir la devolución de los cánones pagados en exceso es personal frente a quien los percibió; no se trata de un derecho real que grave el inmueble", por lo cual la señora Matilde Vélez v. de Posada debe responder de la suma correspondiente a la cuota que le pertenecía en el inmueble arrendado, que era del 84.75%, quedando a salvo el derecho del arrendatario para demandar de los otros copropietarios la devolución de la cuota correspondiente a ellos, sin perder de vista que la prescripción favorece únicamente a dicha señora, contra la que se dirigió la solicitud y quien alegó la prescripción.

Afirma la Resolución No. 008828:

Que las obligaciones que emanan del contrato de arrendamiento y concretamente la de pagar el precio respectivo son de cumplimiento sucesivo, por lo cual la extinción de la acción se determina mes por mes, sin que se pueda considerar que el término de prescripción de la acción que tiene el arrendatario para pedir la devolución de los valores pagados en exceso se cuente desde la terminación del contrato, pues es claro que desde el instante en que se paga un precio superior al vigente el 31 de diciembre de 1955 hay derecho a reclamar el reintegro.

Finalmente, expresa la Resolución de la Superintendencia de Industria y Comercio que no tiene cabida en el caso de autos la prescripción extintiva de la acción del arrendatario para solicitar la devolución de los excedentes, y que, en cambio, opera para el arrendador la prescripción adquisitiva ordinaria sobre muebles. Sobre el particular expresa: "Es ordinaria, pues hay justo título, ya que puede percibir rentas en virtud de su calidad de arrendador; hay buena fe,

pues ésta se está presumiendo; y versa sobre muebles, pues se ha pagado en dinero que es un bien mueble consumible".

LA DEMANDA

a) *Las pretensiones de la acción.* El actor solicitó que se declare la nulidad parcial de la Resolución 008242 de 1975, de la Gobernación del Departamento de Antioquia, en cuanto dispuso que la señora Matilde Vélez v. de Posada debía reintegrar al señor Gabriel Lalinde M., únicamente la suma de $28.264.12, en lugar de la de $621.835.oo, que es el verdadero monto del exceso del precio del arrendamiento que regía en 31 de diciembre de 1955 y que fue cobrado entre febrero de 1956 y julio de 1974. Igualmente pidió que se declaren nulas las Resoluciones confirmatorias de la 008242, ya citadas, y que a manera de restablecimiento del derecho se modifique dicha Resolución en el sentido de que se ordene el reintegro de $621.835.oo, por el concepto anotado, en lugar de la cantidad allí señalada, más los intereses corrientes de esa suma, de conformidad con el artículo 2318 del Código Civil.

b) *Los fundamentos de hecho.* El actor relaciona los que en seguida se resumen:

Mediante contrato celebrado el 7 de marzo de 1952, la señora Mercedes Fernández v. de Fernández, por conducto de su apoderado Raúl Hernández F., le arrendó al accionante Gabriel Lalinde M. el local comercial que hace parte del Edificio "San Fernando", ubicado en Medellín, local situado en los bajos de dicho Edificio, con frente a las carreras 49 (Junín) y 48 (Pasaje La Bastilla), distinguido en sus puertas de entrada con los números 50-62, por Junín, y 50-61, por el Pasaje La Bastilla, por el término de un año contado desde el 10 de marzo de 1952, prorrogable, por el precio mensual de $1.100.oo, pagadero por mensualidades vencidas en la oficina del señor Hernández F.

El precio del arrendamiento fue aumentado en febrero de 1956 a la suma mensual de $1.250.oo, el cual rigió hasta agosto de 1962. Desde septiembre del mismo año y hasta octubre de 1964, el precio fue de $2.000.oo. De noviembre de 1964 y hasta el mismo mes de 1970 fue de $4.500.oo. Finalmente, entre diciembre de 1970 y julio de 1974, la renta fue la suma mensual de $8.000.oo.

De la anterior manera, el reintegro total sobre el precio inicial de $1.100.oo, entre febrero de 1956 y julio de 1974, asciende a la suma de $621.835.oo.

Por la oficina "Edificio San Fernando", en donde el actor ha pagado siempre los arriendos, tuvo conocimiento de la venta que del Edificio hizo la primitiva arrendadora al señor Jesús Posada Correa, y de que a la muerte de éste la señora Matilde Vélez de Posada vino a ser en definitiva la arrendadora del local, por lo cual el demandante enderezó contra la última la reclamación de la devolución de lo pagado de más por concepto del precio del arrendamiento, sin que nada tenga que ver con las mutaciones del dominio del inmueble arrendado, porque continuó haciendo los pagos en la mencionada oficina.

El señor Lalinde solicitó ante la Gobernación de Antioquia la devolución del mayor valor de los precios pagados, entidad que por medio de la Resolución

No. 008242 de 1975 dispuso que la señora Matilde Vélez v. de Posada debía reintegrar al actor la cantidad de $28.264.12, equivalente al 84.75% de los mayores pagos, entre el 5 de agosto de 1971 y el 31 de diciembre del mismo año.

Contra la anterior Resolución el señor Lalinde interpuso el recurso de reposición y, en subsidio, el de apelación. El primero fue resuelto por la No. 008828 de 1975, de dicha Gobernación, y el segundo por la No. 826 del mismo año, de la Superintendencia de Industria y Comercio, las cuales confirmaron la primera.

c) *Disposiciones violadas y concepto de la violación.* En opinión del demandante, los actos acusados quebrantan los artículos 30 y 121 de la Constitución Nacional; 18 de la Ley 153 de 1887; 663, 666, 764, 768, 1494, 1502 —numerales 2o., 3o. y 4o.—, 1508, 1513, 1645, 1646 —inciso segundo—, 1973, 2000 —primera parte—, 2313, 2318, 2528, 2629, 2536 y 2538 del C. C.; 1o. del Decreto-ley 1070 de 1956; 1o., 2o., 3o. y 5o. del Decreto 699 de 1957; 2o. del Decreto-ley 1943 de 1956; 1o. de la Ley 141 de 1961; 518 del Decreto 410 de 1971; 281 del C. P.; 21 del Decreto 2733 de 1959; 66 del C.C.A. y 23 de la Ley 57 de 1887.

Al expresar el concepto de la transgresión el actor replica las tesis expuestas en los actos impugnados, entre ellas la referente a la prescripción del reintegro de las sumas pagadas sobrepasando la renta inicialmente pactada y analiza las disposiciones sobre congelación de arrendamientos y devolución del mayor valor pagado por ese concepto (Decreto-ley 1070 de 1956 y Decreto Reglamentario 699 de 1957).

Sobre el aspecto de la prescripción, dice el demandante:

"Los excedentes por los cuales se ha pedido la devolución, pagados por el actor a la parte arrendadora sobre el precio congelado del contrato que obra en autos, constituyen derechos personales o créditos que tienen como fuente de su obligatoriedad la señalada en el artículo 1494 del C. C., de haber nacido "por disposición de la ley". En efecto, el artículo 1o. del Decreto-ley No. 1070 de 1956 prohíbe al arrendador cobrar un precio superior al congelado y el artículo 1o. del Decreto No. 699 de 1957 da derecho al arrendatario a la devolución, mediante el cumplimiento de los requisitos exigidos en los artículos 2o. y 3o. e impuso al Ministerio de Fomento, hoy a los Gobernadores y al Alcalde de Bogotá en primera instancia y al Superintendente de Industria y Comercio, en segunda (Decreto No. 210 de 1958), el deber de dictar la orden de devolución, según el artículo 5o. del citado Decreto 699.

"Tales excedentes son créditos como lo sería el valor de cánones que el arrendatario hubiera dejado de pagar al arrendador para el cobro de los cuales el contrato de arrendamiento da acción ejecutiva, ya que lo pagado indebidamente constituye 'una acción personal proveniente de un derecho de crédito', según jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia expuesta en auto de 23 de marzo de 1918, XXVI, 233; y como es bien sabido, las acciones pertinentes para hacer efectivos esos derechos son la ejecutiva y ordinaria que prescriben en diez y en veinte años, con la modalidad de que la acción ejecutiva se

convierte en ordinaria por el lapso de diez años y convertida en ordinaria durará solamente otros diez, de acuerdo con el artículo 2536 del C. C.

"Con aplicación del anterior enunciado, por tratarse como efectivamente se trata de una obligación personal y teniendo en cuenta el tiempo señalado para la prescripción, en este caso de veinte años contados desde que las obligaciones sucesivas se hicieron exigibles, se tendría que desde febrero de 1956, cuando se pagó el primer reajuste ilegal del precio del arrendamiento pactado, o desde mayo de 1959 fecha a la cual se refiere el primero de los recibos presentados, hasta el día 20 de septiembre de 1973 cuando el señor Lalinde por medio de apoderado presentó su solicitud al señor Gobernador de Antioquia para que ordenara la devolución del mayor valor de arrendamientos que pagó a la arrendadora, no habían transcurrido todavía los veinte años requeridos para la prescripción de la correspondiente acción ordinaria. Sin contar que el contrato no ha terminado a virtud e las prórrogas sucesivas que han venido sucediéndose con los pagos de los arrendamientos que mi mandante verifica mes por mes a la arrendadora, por lo cual bien puede sostenerse, que al no habérsele señalado en los Decretos 1070 de 1956 y 699 de 1957, término alguno dentro del cual debe pedirse la devolución de excedentes, éstos son exigibles en cualquier tiempo durante la vigencia del contrato y que la prescripción de veinte años para la acción ordinaria solo principiaría a correr a partir del vencimiento de dicho contrato".

Con respecto a las afirmaciones que contienen los actos impugnados, en el sentido de que a partir de la vigencia del actual Código de Comercio quedaron liberados de la congelación de precios los arrendamientos de los locales comerciales, dice el demandante:

"No se justifica la abstención de los funcionarios; que dictaron las Resoluciones demandadas a considerar la devolución de los excedentes pagados por mi mandante sobre el precio congelado del arrendamiento del local, de enero de 1972 a julio de 1974, ya que en el caso de autos no se presentó el evento contemplado en el artículo 518 del nuevo Código de Comercio, para que hubiera podido considerarse que el inmueble a que se refiere el contrato de arrendamiento que se hace valer, no se hallaba comprendido bajo la vigencia de las normas de la congelación, y, de consiguiente, la arrendadora estuviera libre de la obligación de devolver los excedentes de que tratan los Decretos 1070 y 699. En efecto, ni ha vencido el contrato de arrendamiento, como se vio antes, y menos éste ha sido renovado de conformidad con el derecho que otorga el artículo 518 en mención, a partir del 1o. de enero de 1972, aun cuando el actor reúne el requisito de haber ocupado el local arrendado por el término allí fijado con un mismo establecimiento de comercio; y mientras esto no sucede, no puede afirmarse que respecto de dicho local haya terminado la congelación de arrendamiento. Máxime si se tiene en cuenta que el canon mensual de arrendamiento por $8.000.oo que ilegalmente se cobró a mi mandante, del cual $6.900.oo es excedente mensual del precio congelado, éste viene pagándolo desde diciembre de 1970, un año antes de que hubiera empezado a regir el nuevo Código de Comercio; y es claro que este hecho por sí solo no pudo convalidar la situación de ilicitud de objeto y causa que tal pago entraña, contraria al orden público y definida en el Código Penal como ganancia ilícita por contravenir disposiciones sobre control de precios".

LA SENTENCIA APELADA

El fallo recurrido declaró parcialmente nula la Resolución 008242 de 1975, de la Gobernación de Antioquia, en cuanto a que por ella se dispuso devolver al demandante únicamente la suma de $28.264.12 por el aludido concepto, y anuló totalmente las demás Resoluciones impugnadas, por ser confirmatorias de la anterior. Como consecuencia de las nulidades decretadas, ordenó a la citada señora reintegrar al actor la suma de $142.295.25.

La sentencia del a-quo acoge parcialmente la vista emitida por su Fiscal, que en gran parte transcribe, y se ocupa de los temas planteados y controvertidos en el proceso, como son los de la prescripción adquisitiva, la prescripción extintiva y la incidencia que tuvo en los arrendamientos de los locales comerciales la expedición del actual Código de Comercio. Obviamente, ella será objeto de posterior estudio.

EL CONCEPTO FISCAL

El señor Agente del Ministerio Público encontró razonable la decisión del Tribunal y dio su parecer en el sentido de que se le confirme. En lo pertinente, dice:

"El análisis de los hechos que se acaba (sic) de transcribir, coincide con las pruebas allegadas que acreditan que la señora Matilde Vélez vda. de Posada solamente a partir del año de 1968, fecha en que fue liquidada la sucesión de su difunto esposo señor Jesús Posada Correa, tuvo el carácter de propietaria del inmueble materia de la litis, pero solamente en un 84.75%, ya que el otro 15.25 restante del inmueble lo adquirió por compra hecha a Antonio Villa Cadavid y Paulina González de Villa, según escritura pública No. 4115 de 30 de agosto de 1972, de la Notaría Tercera de Medellín y registrada el 12 de septiembre siguiente como consta en el certificado glosado a folio 64 del cuaderno de pruebas.

"Por todo esto, la Fiscalía se declara de acuerdo con la determinación tomada por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el sentido de que a la demandada solamente se le puede condenar a devolver los excedentes de los cánones de arrendamiento que ella percibió y solamente a partir del 30 de diciembre de 1968, fecha en que fue liquidada la sucesión del señor Jesús Posada Correa, en donde resultó adjudicataria del inmueble la señora Matilde Vélez vda. de Posada, pero no por la totalidad, sino en proporción a una cuota de 84.75% de que era dueña, y únicamente hasta el 30 de diciembre de 1971, ya que a partir del 1o. de enero de 1972 entró en vigencia el Código de Comercio y en su artículo 518 autoriza la revocación (sic) de los contratos de arrendamientos de inmuebles destinados al comercio siempre que el empresario haya ocupado el bien por un término no menor de dos años consecutivos".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. LA VINCULACION CONTRACTUAL

Corre al folio 71 del cuaderno de la primera instancia la copia al papel carbón, con firmas autógrafas, del contrato de arrendamiento celebrado el 7

de marzo de 1952 entre el señor Raúl Hernández F., en su carácter de apoderado de la señora Mercedes Fernández v. de Hernández, y el demandante Gabriel Lalinde M., referente al local comercial en donde funciona el establecimiento de la misma índole del actor, esto es, el local que hace parte del Edificio "San Fernando" de la ciudad de Medellín, situado en la parte baja del citado Edificio y que en el contrato se determina y alindera.

Entre las principales estipulaciones contractuales figuran la de que el término es de un año, contado desde el 10 de marzo de 1952, pudiendo prorrogarse a voluntad de las partes, que el precio mensual es la suma de $1.100.oo, pagadero por mensualidades vencidas, en las oficinas de Raúl Hernández F., no poder el arrendatario ceder el contrato ni "darle al local arrendado una destinación distinta a la del local comercial" sin autorización previa del arrendador, y la de que para desocupar el local, pedir su entrega, subir o rebajar el precio, una vez vencido el plazo señalado, se requiere que las partes se den aviso con 30 días de antelación. En la parte final del contrato se dice que se firma en dos ejemplares del mismo tenor.

No hay prueba en los autos de que se hubiera suscrito otro contrato de arrendamiento sobre el referido local. Igualmente, la copia que existe en el expediente tampoco consta que la arrendadora Mercedes Fernández v. de Hernández lo hubiera cedido a persona alguna. Precisamente para obtener la exhibición del original del contrato de arrendamiento y el reconocimiento de los recibos de pago, el Tribunal Administrativo de Antioquia llevó a cabo la audiencia pública de que trata el folio 73 del cuaderno de la primera instancia, en cuya acta aparece la declaración del señor Ricardo Arango Uribe, Administrador del Edificio "San Fernando", que dice:

"El documento que se me solicita no lo conozco, no lo tengo en mi poder, no lo he tenido nunca en mi poder porque cuando yo me encargué de la administración del citado edificio solicité al propietario se me entregaran todos los documentos de arrendamiento y en el caso de este documento y otros varios, se me informó no existía tal documento. Posteriormente, con el objeto de elevar el canon de arrendamiento y renovar el contrato como no existía tal documento, tuve que comprobarlo o establecerlo por otros medios diferentes, es decir por medio de prueba testimonial y la conducente en casos de falta del documento. En el proceso que cité anteriormente, o sea, cuando se estableció la calidad de arrendatario del señor Gabriel Lalinde M., él afirmó que no era arrendatario sino que lo era una sociedad o persona jurídica denominada "Gabriel Lalinde y Compañía". En síntesis señor Magistrado no puedo exhibir el documento original cuya exhibición se me ordena por cuanto que no lo tengo en mi poder ni en los archivos de la administración; precisamente su ausencia, fue la que motivó el establecimiento del contrato por otros medios diferentes al documento original. En cuanto a la copia del documento contentivo del contrato y que se me pone de presente (se le mostró el anexo a las diligencias) manifiesto: No conozco el original de esta copia. No conozco al señor Raúl Hernández F. quien figura como arrendador a nombre de Mercedes Fernández vda. de Hernández a quien tampoco conozco y quienes no son propietarios del inmueble a que se refiere esta misma copia. El Magistrado sustanciador advierte que no hay lugar a tomar nota de cesión o agresiones por cuanto que no se presentó el documento original sino una copia de un contrato en el cual tampoco hay

ninguna anotación después de las firmas del arrendador, el arrendatario y los testigos. Sobre la prueba a que alude el ordinal 4o.) del memorial de pruebas y el del auto que decretó la práctica de la misma, el declarante manifestó: Soy administrador del Edificio San Fernando que funciona en esta ciudad en la carrera 49 —Junín— número 50-58 de propiedad de doña Matilde Vélez de Posada, pues el edificio no constituye propiamente una sociedad con personería jurídica propia sino que se trata de un edificio tradicionalmente denominado San Fernando cuya propietaria única es la señora Matilde Vélez de Posada y ella me designó como administrador de ese edificio y vengo cumpliendo las funciones de tal desde el año de 1968".

Según se anotó, en esta causa no se ha acreditado qué persona tenga la condición de arrendadora cesionaria, si es que ha habido cesión, así como tampoco se ha demostrado que se haya celebrado otro contrato. Pero como el contrato de arrendamiento posee, entre otras características, la de ser consensual, se perfecciona por el solo consentimiento (Art. 1500 del C. C.) y su existencia se puede establecer por todos los medios probatorios, pues no requiere prueba ad solemnitatem.

En este orden de ideas se procede a analizar si la señora Matilde Vélez de Posada, contra quien el demandante dirigió ante la Gobernación del Departamento de Antioquia la acción de reintegro del mayor valor del precio del arrendamiento inicialmente pactado, tiene el carácter —directo o indirecto— de arrendadora y si, consiguientemente, está obligada a hacer tal reembolso.

En el hecho 4o. del escrito mediante el cual el actor inició la actuación administrativa dice que el 13 de julio de 1959 el señor Jesús Posada Correa adquirió de la familia Hernández Fernández el inmueble de que se viene hablando y que, "en su condición de arrendador sustituto, continuó percibiendo el valor del arriendo". Y en el hecho 10o., del mismo expresa: "En 1968 fue liquidada la Sucesión del señor Jesús Posada Correa. En ella resultó adjudicataria del predio de que se ha hecho mérito, la señora Matilde Vélez de Posada, en su carácter de cónyuge sobreviviente, quien, como continuadora de los derechos del causante, sigue siéndolo también de las obligaciones transmisibles. De allí que esta solicitud se formule contra ella. Por lo mismo se hizo la liquidación de los excedentes a partir del 13 de julio de 1959, fecha de adquisición del predio por parte de Posada, pues de los de allí hacia atrás habrán de responder el primitivo arrendador o sus herederos". De la anterior manera el demandante solicitó el reembolso de la suma de $621.835.oo, por concepto de los mayores precios del arriendo entre el 13 de julio de 1959 y el 31 de julio de 1974.

Al descorrer el traslado ordenado por el artículo 4o. del Decreto 699 de 1957, la señora Vélez de Posada, cónyuge sobreviviente del señor Posada Correa, afirma que su esposo sólo era propietario de un derecho del 84.75% del mencionado bien, el cual estuvo radicado en cabeza de él desde julio de 1959 hasta el 9 de mayo de 1968, fecha de su fallecimiento, y que "a partir de esta última fecha y hasta el 7 de enero de 1969, dichos derechos aparecen radicados en cabeza de los herederos, quienes, por tanto, se subrogaron, por ministerio de ley, en los derechos y obligaciones del causante". Agrega que únicamente a partir del 7 de enero de 1969 resultó dueña del 84.75% del inmueble y que el 30

de agosto de 1972 les compró a los restantes comuneros el 14.25% de tal bien raíz. En este sentido asevera la opositora:

"Era obvio que el reclamante, si fueran ciertos los hechos que plantea en su libelo, debió demandar a quienes resultaban como usufructuarios de la propiedad alquilada, para la fecha en que se exigieron los aumentos de renta por él señalados. Si los arrendamientos se exigían en beneficios de los titulares del derecho de dominio, resulta obvio que a cada uno de ellos debía reclamarse la cuota pertinente, dentro del término en que se fue propietario.

"Dentro de este orden de ideas, no es posible deducir obligación alguna a cargo de la suscrita, por el tiempo anterior al 7 de enero de 1969. Y a partir de esta fecha y hasta el 30 de agosto de 1972, mi responsabilidad, en caso de configurarse la situación debatida, sólo podría concretarse con relación al derecho que tenía sobre el bien alquilado en cuantía del 84.75%".

Afirma también la señora Matilde Vélez de Posada que "de existir los excesos de arrendamiento reclamados, éstos están prescritos hasta el 17 de septiembre de 1971, pues solo operaría la reclamación en relación con los tres últimos años, contados, hacia atrás, a partir de la notificación de la presente actuación. Y, como a partir del 1o. de enero de 1972, el bien inmueble aquí cuestionado, dada su destinación aparece descongelado, tendríamos que concluir que la reclamación tendría que reducirse al lapso comprendido entre el 17 de septiembre de 1971 al 31 de diciembre del mismo año".

Concluye la impugnadora, así:

"*Octavo.* Del local cuestionado no ha sido arrendatario, frente a la suscrita demandada, el señor Gabriel Lalinde M., sino la sociedad "Gabriel Lalinde & Cía. Ltda.", pues aquél constituyó el 5 de mayo de 1966, por escritura No. 1.659 de la Notaría 5a. de ete Circuito, dicho ente jurídico. Tanto es así, que en la actualidad se tramita, ante el Juzgado 11o. Civil de este Circuito, un proceso verbal sobre renovación del contrato de arrendamiento, en el cual aparece como demandada dicha sociedad de responsabilidad limitada".

De la posición jurídica asumida por la señora Vélez de Posada se desprende que ésta no niega de manera absoluta que se beneficiara del precio de los arrendamientos, sino que fija el ámbito de su obligación, es decir, que se debe tener en cuenta la fecha desde la cual fue propietaria del 84.75% del inmueble, el día en que lo fue de todo el bien y sobre la prescripción que se ha operado a su favor. Lejos de rechazar la reclamación por inexistencia de la obligación, por no ser arrendadora directa, o presunta, o sustituta, o ser persona extraña al beneficio de los arriendos pagados en exceso, acude a medios de defensa precarios, como el de que el arrendatario no es el señor Gabriel Lalinde sino la sociedad "Gabriel Lalinde & Cía. Ltda.", según se verá adelante. De otra parte, no puede negarse que la mayor parte de sus afirmaciones, antes transcritas, envuelven una innegable, espontánea y reiterada confesión.

De ahí que los actos acusados consideraran implícitamente a la mencionada señora como arrendadora y la condenaran al reembolso de $28.264.12, por concepto de la mayor renta del arrendamiento entre el 5 de agosto de 1971 y el 5 de agosto de 1974, cuando fue formulada la solicitud de devolución, aplicando la prescripción ordinaria sobre bienes muebles, como es el dinero, que es de

tres años y que se cuenta hacia atrás, tomando como fecha de partida aquella en que se interrumpió la prescripción en virtud de la reclamación ante la Gobernación de Antioquia.

De la declaración del señor Ricardo Arango Uribe, Administrador del Edificio "San Fernando", de propiedad de la señora Vélez de Posada, fluye la existencia del contrato de arrendamiento cuando dice que "con el objeto de elevar el canon de arrendamiento y renovar el contrato como no existía tal documento, tuve que comprobarlo o establecerlo por otros medios diferentes" y que "En el proceso que cité anteriormente, o sea, cuando se estableció la calidad de arrendatario del señor Gabriel Lalinde M., él afirmó que no era arrendatario sino que lo era una sociedad o persona jurídica denominada "Gabriel Lalinde y Compañía". A propósito de esto último se anota que mientras la señora Vélez de Posada alude a la sociedad "Gabriel Lalinde y Cía. Ltda.", el testimonio que se viene analizando se refiere a la firma "Gabriel Lalinde y Compañía" que es una razón social de sociedad colectiva y no de sociedad limitada, como la primera, lo cual implica una contradicción.

Por lo demás, el contrato de arrendamiento suscrito sobre el local comercial ocupado por el demandante y el pago de los diversos precios del arrendamiento a lo largo de la duración de aquél, son cuestiones que no han sido controvertidas en esta causa. La copia del contrato aportado al proceso no ha sido tachada de falsa, por lo cual es auténtica, conforme el artículo 252 del C.P.C. Y en cuanto a la intervención de la parte impugnadora, ella se limitó a conferirle poder a su mandatario judicial y a interponer el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, que no sustentó. De otra parte, omitió aportar el contrato de arrendamiento que estableció judicialmente el Administrador del Edificio "San Fernando", según el testimonio por él rendido.

2. LA CANCELACION DE LOS ARRIENDOS

Los pagos de la renta del arrendamiento se hallan comprobados mediante 169 recibos originales que contiene el folio 65 del cuaderno del Tribunal, expedidos todos por el Edificio "San Fernando", así: 8 que van de mayo a diciembre de 1959 y 161 que comprenden de enero de 1961 a julio de 1974 —ambos meses inclusive— faltando del último período solamente dos meses: abril de 1961 y junio de 1969, lo que permite deducir que se han efectuado los pagos periódicos de los arriendos. Al respecto se repite que en el proceso no se ha puesto en tela de juicio el cumplimiento por parte del arrendatario.

Los recibos, en su mayor parte, están expresamente reconocidos por uno de los Administradores del Edificio "San Fernando", el señor Arango Uribe, en el pasaje de su declaración que en seguida se transcribe:

"Al Administrador en referencia se le pusieron de presente los 188 recibos de pago de arrendamiento acompañados a las diligencias y una vez revisados detenidamente y enterado del contenido de los mismos expresó: Los recibos numerados del número 5 de fecha 10 de mayo de 1959 hasta el 99, inclusive, de 2 de mayo de 1968 no los reconozco por cuanto no sé quien los firma. Para mayor claridad en la diligencia, afirmo que recibos anteriores al 1o. de Junio de 1968 no son de mi puño y letra, motivo por el cual no puedo dar ningún testimonio sobre la veracidad del contenido de los mismos ni sé a quién o a

quiénes corresponde la firma que en ellos aparece. Los recibos comprendidos entre el 100 y 192, ambos inclusive, de fechas 1o. de junio de 1968 y 22 de julio de 1974, en su orden, sí llevan firma que es de mi puño y letra algunos y otros de mis empleados o sea que esas cantidades sí fueron recibidas durante la época en que yo he ocupado el cargo de Administrador del citado edificio. Repito: los demás los desconozco".

Ahora bien, como la dirección que lleva esta providencia es la de revocar la sentencia apelada y, en su lugar anular parcialmente —en forma distinta a como lo hizo el Tribunal— los actos administrativos impugnados, que ordenaron a la señora Matilde Vélez v. de Posada devolver al señor Gabriel Lalinde la suma de $28.264.12, por concepto de la renta del arrendamiento cobrada a un precio superior al vigente el 31 de diciembre de 1955, únicamente durante el lapso comprendido entre el 5 de agosto y el 31 de diciembre de 1971, no se requieren, para los efectos relacionados con el reintegro, sino los comprobantes de pago correspondientes a dicho lapso, los cuales obran en el expediente.

En este orden de ideas y como lo afirma el demandante y se halla acreditado en el plenario, éste ha pagado el precio del arrendamiento, según lo estipulado en el contrato, en la oficina del señor Raúl Hernández F., quien lo suscribió como mandatario de la arrendadora primigenia, señora Mercedes Fernández v. de Hernández, y que posteriormente intervino como Administrador del Edificio "San Fernando", oficina que ha expedido todos los recibos. Se trata de recibos otorgados en talonarios con el membrete del nombrado Edificio —Junín No. 50-58—, fechado en Medellín, con imputación del mes al que corresponde el pago —en la mayoría anticipado—, con firmas autógrafas de varios empleados del Edificio, con el sello de éste, expedidos todos a favor del señor Gabriel Lalinde y con expresión de las sumas pagadas. Obviamente, el que los recibos aludan uniformemente a Gabriel Lalinde descarta de hecho que las arrendatarias sean las personas jurídicas "Gabriel Lalinde y Cía. Ltda." o "Gabriel Lalinde y Compañía", mencionadas por la señora Vélez de Posada y el testigo Ricardo Arango Uribe.

Lo anterior significa que los Administradores del mencionado Edificio han sido los encargados de recibir el precio del arrendamiento que sucesivamente ha pagado el inquilino Gabriel Lalinde. Se desprende también que tales Administradores han sido mandatarios tácitos o empleados de quienes de una o de otra manera revistieren el carácter de arrendadores, partiendo de la base de que desde el 7 de marzo de 1962 el local ha estado ocupado, a título de arrendamiento, por el demandante Lalinde y a que éste ha verificado los pagos, pues es claro que si existe un arrendatario debe existir un arrendador, dada la bilateralidad del contrato de arrendamiento. Estas deducciones adquieren mayor relevancia si se repara en que una de las obligaciones impuesta por el contrato al arrendatario fue la de pagar el precio en la oficina de Raúl Hernández F., que no es otra que la Administración del Edificio "San Fernando".

Se reitera que la acción, tal como ha sido propuesta, se encamina a obtener el reembolso de los arriendos pagados por encima del precio congelado y que el reintegro se ha exigido de la señora Vélez de Posada por considerarla continuadora de las obligaciones de su difunto esposo Jesús Posada Correa, como dueña del inmueble arrendado e, indirectamente, como arrendadora. Con

respecto a la última condición militan en contra de la impugnadora, tomadas en conjunto, las confesiones que implícitamente contiene el escrito mediante el cual descorrió el traslado que le corrió la Gobernación de Antioquia, a que antes se hizo amplia referencia, así como también la declaración del señor Ricardo Arango Uribe, los recibos de pago de la renta del arrendamiento y el propio contrato. A la misma conclusión llegaron la Gobernación de Antioquia y la Superintendencia de Industria y Comercio, entes que no abrigaron ninguna duda sobre el particular y que, por lo mismo, aceptaron sin reticencias este aspecto. De ahí que no resulte desacertada la calificación que el sentenciador de la primera instancia le da a la señora Vélez de Posada de "arrendadora sustituta". Y en relación con que la acción haya entablado contra la señora Vélez de Posada considerándola como propietaria del inmueble, la Sala estima que como raíz del problema debatido radica en un contrato de arrendamiento, la lógica jurídica exige la presencia de los dos sujetos de la relación jurídica en estos casos, que son el arrendador y el arrendatario, sin que sea inusitado decir que el propietario del bien arrendado, aunque no figure como arrendador, sea el beneficiario de los pagos y sin que esto quiera decir que los conceptos de propietario y de arrendador sean iguales, pues es obvio que son distintos.

3. LA PRESCRIPCION ALEGADA

La devolución del mayor precio cobrado por los arrendadores es un derecho personal de los arrendatarios, equivalente a un crédito que tiene como fuente de la obligación la ley y, concretamente, los artículos 1o. del Decreto Legislativo 1070 de 1956 y 1o. del Decreto Reglamentario 699 de 1957, que les prohíben a los arrendadores cobrar un precio superior al congelado y que consagran en favor de los arrendatarios el derecho de exigir el reintegro de los excedentes pagados.

Desde la etapa gubernativa la parte impugnadora esgrimió en su favor el argumento de la prescripción adquisitiva, en beneficio de los arrendadores, de los aumentos del precio estipulado en el contrato de arrendamiento, argumento que fue acogido por la Administración en los actos acusados.

El sentenciador de primer grado se separó del criterio anterior y expuso al respecto lo que a continuación se transcribe:

"En el caso sub-judice se trata de la obligación del inicial arrendador, posiblemente desplazada la señora Matilde Vélez de P., de *devolver* los dineros cobrados con excedencia al canon inicialmente fijado en el contrato. Nada significa jurídicamente la posesión del dinero correspondiente (si es que esos valores, abstractamente considerados, son jurídicamente susceptibles de posesión en el sentido propio de la institución), ya que la obligación de devolverlos subsiste durante todo el tiempo que rigió el contrato de arrendamiento, incumplido por la elevación del precio, y cuyo término inicial se prorrogó indefinidamente en razón de los preceptos que congelaron el contrato.

"Dicha obligación eminentemente *personal* puede extinguirse por los modos contemplados por el artículo 1.625 del C. C. entre los que figura la prescripción liberatoria. Pero en este caso el término de la acción ordinaria (de 20 años según el Art. 2536 del C. C.) sólo empieza a correr a partir del 31 de diciembre de 1979, fecha hasta la cual se prorrogaron los contratos de arrenda-

miento expresa o tácitamente según la facultad que a las partes les concede el Art. 518 del Código de Comercio y que en el presente caso, en sentir de la Sala, se verificó el 1o. de enero de 1972 cuando las partes por conducta concluyente renovaron el expresado contrato.

"Aceptar la *prescripción adquisitiva* en la forma alegada por el apoderado de la demandada y aceptada en las resoluciones acusadas, implicaría el desquiciamiento del régimen de congelación de arrendamientos o, al menos, el de derecho que tiene el arrendatario de exigir la devolución de las sumas pagadas con exceso ya que sería suficiente pagar o reintegrar los pagos de dichas sumas por el término de 3 años, para que al adquirir por usucapión el arrendador el derecho a ellas, se hiciese nugatorio el derecho de aquél".

La Sala está de acuerdo con lo expuesto por el a-quo en los párrafos que anteceden, en cuanto a que el reintegro de los excedentes del precio inicialmente pactado, a cargo de los arrendadores, constituye una obligación personal y que puede extinguirse por la prescripción. Pero discrepa en lo relacionado con que el término de la prescripción ordinaria sea de 20 años, por tratarse en el caso de autos de un crédito que, como tal, es un bien incorporal mueble que prescribe en 3 años, según el artículo 2529 del C. C. De otra parte, no cabe la prescripción adquisitiva por parte del arrendador porque estaría afectada de objeto ilícito, toda vez que el cobro de un precio del arrendamiento superior al fijado en el respectivo contrato es un hecho prohibido por la ley, según las voces de los artículos 1518 —in fine— y 1519 del C.C. El último es del siguiente tenor: "Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto".

Sostiene el Tribunal que la prescripción ordinaria se principia a contar, hacia atrás, desde el 1o. de enero de 1972, fecha en que principió a regir el Código de Comercio, porque fue entonces cuando los contratantes —arrendador y arrendatario— revocaron, con aplicación del artículo 518 del citado estatuto, el arrendamiento del inmueble ocupado por el establecimiento comercial del actor. Mas la Sala también discrepa sobre la fecha desde la cual se debe computar —hacia atrás— la prescripción, pues ella no es la que indica el a-quo sino la del 5 de agosto de 1974, cuando fue interrumpida la prescripción por el arrendatario mediante la presentación personal ante la Gobernación del Departamento de Antioquia de la solicitud de reintegro de los arriendos pagados en suma superior a la pactada, tal como lo hizo la Gobernación en la Resolución No. 008242 de 1975, según lo que adelante se analizará.

4. EL ARRENDAMIENTO DE LOCALES COMERCIALES

Al hacer regulaciones sobre los bienes mercantiles, el Código de Comercio se ocupa de los establecimientos de comercio y su protección legal y en su artículo 515 los define como "conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa". A su vez, el artículo 516 ibídem dice que "salvo disposición en contrario, se entienden que forma parte de un establecimiento de comercio: ...5o.) Los contratos de arrendamiento y, en caso de enajenación, el derecho al arrendamiento de los locales en que funciona si son de propiedad del empresario, y las indemnizaciones que, conforme a la ley, tenga el arrendatario".

Vienen luego los artículos 518 y 519 del Código en referencia, que dicen:

"Artículo 518. El empresario que a título de arrendamiento haya ocupado no menos de dos años consecutivos un inmueble con un mismo establecimiento de comercio, tendrá derecho a la renovación del contrato al vencimiento del mismo, salvo en los siguientes casos:

"1o. Cuando el arrendatario haya incumplido el contrato.

"2o. Cuando el propietario necesite los inmuebles para su propia habitación o para un establecimiento suyo destinado a una empresa sustancialmente distinta de la que tuviere el arrendatario, y

"3o. Cuando el inmueble deba ser reconstruido, o reparado con obras necesarias que no puedan ejecutarse sin la entrega o desocupación o demolido por su estado de ruina o para la construcción de una obra nueva".

"Artículo 519. Las diferencias que ocurran entre las partes en el momento de la renovación del contrato de arrendamiento se decidirán por el procedimiento verbal, con intervención de peritos".

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia, al decidir la demanda de inexequibilidad de los artículos 518 y otros del Código de Comercio, expresó:

"El derecho de renovación, contra lo que estima la demanda, no implica una eliminación del derecho de propiedad privada, ni una congelación de cánones, sino una vocación o prerrogativa para el inquilino a continuar utilizando el mismo inmueble, ya acreditado, aunque no necesariamente en las mismas condiciones primitivas. 'Renovación' no es sinónimo de 'igualdad de condiciones económicas' o de 'estabilización de condiciones' para el arrendatario. En su sentido jurídico es una variación del contrato en condiciones de plazo y precio que pueden ser iguales o distintas a las del procedente, a voluntad de los contratantes. Se pretende defender la estabilidad del establecimiento de comercio con sus valores intrínsecos y los humanos y sociales vinculados a los contratos de trabajo respectivos" (G. J., T. CXXXVIII, Nos. 2340 a 2342, pág. 492. Ponente, doctor Guillermo González Charry).

Sobre la renovación de los contratos de arrendamiento de los establecimientos de comercio, la sentencia apelada, en consonancia con lo anteriormente expuesto y refiriéndose al caso de autos, dice lo que se inserta a continuación, que la Sala acoge por hallarlo acertado.

"Es un hecho indiscutible que el régimen de congelación de arrendamientos de locales comerciales, cuya violación sustenta la pretensión deducida en la demanda, cesó desde que entró en vigencia el Código de Comercio (es decir a partir del 1o. de enero de 1972), ya que de conformidad con el artículo 518 de ese estatuto las partes pueden renovar el contrato en las condiciones allí previstas, o sea, celebrar un nuevo contrato con canon libremente fijado sin restricción alguna.

"Por tratarse de un contrato consencual según la noción que fija el Art. 1.500 del Código Civil, la manifestación de la voluntad de renovación no está sujeta a formalidad alguna y puede entonces expresarse aún en forma tácita o implícita cuando se deduce la circunstancia o hechos que conducen necesaria-

mente a ella y que no podrían tener otro significado. Se trata pues de la que la doctrina denomina "conducta" o "hecho concluyente", que es el que no podría tener otra significación si faltara la voluntad, y que resulta aceptada por nuestra legislación civil según el espíritu que informa entre otras las siguientes disposiciones Arts. 1298, 1301 y 2149 del C. C.

"Ahora bien: si desde el 1o. de enero de 1972 el Sr. Lalinde siguió pagando por el uso del local comercial un canon de $8.000.oo y la arrendadora o su causante, siguió o se conformó con dicho pago, debe inferirse de estos hechos que las partes implícitamente manifetaron su voluntad de renovar el contrato en esas condiciones y que lo que pudo ser ilícito (el precio o canon que venían pagando el arrendatario) dejó de serlo en razón de ese hecho jurídico (renovación implícita del arrendamiento)".

5. EL REINTEGRO PEDIDO

En relación con este aspecto afirma el a-quo en la sentencia apelada:

"Debe tenerse muy en cuenta para los efectos legales a que haya lugar, que la Sra. Matilde Vélez de P., cónyuge del Sr. Posada (arrendador inicial) no es heredera y por ende no tiene la calidad jurídica de representante del causante a fin de exigir de ella la restitución de los excedentes cobrados por su esposo según el Art. 1.411 del C. C. El hecho de que se le haya adjudicado el inmueble arrendado la convierte en Arrendadora sustituta de su esposo pero no la convierte en deudora de obligaciones adquiridas por la comisión de un hecho ilícito por el Sr. Posada (la elevación del precio del arrendamiento en contra de las normas legales pertinentes).

"Ni siquiera la adjudicación que se le hizo del inmueble, la legitima pasivamente para que se pueda exigir de ella la devolución de las sumas pagadas a su esposo ya que el derecho del arrendatario a exigir esa restitución, es un derecho personal y no derecho real que se entienda incorporado en el correspondiente inmueble o que pueda exigirse de su dueño o poseedor en virtud del derecho de persecución que caracteriza al derecho real.

"Significa lo anterior que a la demandada sólo se le debe condenar a devolver los cánones o excedentes que ella percibió durante el tiempo en que fue dueña del local (antes del 1o. de enero de 1972) desde que se registró la participación del juicio sucesorio pero no por la totalidad sino en proporción a una cuota del 84.75% de que era dueña ya que el 15.25% restante del inmueble sólo lo adquirió por compra hecha a Antonio Villa Cadavid y Paulina González de Villa según Escritura Nro. 4115 del 30 de agosto de 1972, de la Notaría Tercera de Medellín registrada el 12 de septiembre siguiente, tal como consta en certificado que obra a folios 64 del cuaderno de pruebas.

"Al realizar las operaciones aritméticas de rigor se obtiene como valor del exceso recibido por la demandada en concepto de cánones de arrendamiento la cantidad de ciento cuarenta y dos mil doscientos noventa y cinco pesos con veinticinco centavos (142.295.25), según el siguiente detalle:

"Son dos (2) los períodos que comprende la devolución, a saber:

"1o. Dic. 30/68 a Novbre. 30/70 son 23 meses. El exceso mensual fue de $3.400.oo por 84.75%. Total para este lapso: $66.274.50.

"2o. Dic. 1/70 a Dic. 31/71 son 13 meses. El exceso mensual fue de $6.900.oo por 84.75%, equivalente a $76.020.75".

La Sala no comparte, en abstracto, la aseveración hecha por el Tribunal, en el sentido de que una cónyuge supértite que haya intervenido en la sucesión de su difunto esposo, en concurrencia con la descendencia legítima del causante, como tal y también como beneficiaria de la cuarta parte de libre disposición, no sea heredera. Todo lo contrario. Lo último significa que intervino como asignataria a título universal y que, consiguientemente, actuó en la referida mortuoria como heredera. Y de esta manera, en los términos del artículo 1155 del C. C., representa al causante para sucederle en todos sus derechos y obligaciones trasmisibles.

Como ya se vio, tampoco comparte la Sala la fecha que fija el Tribunal para contar el término de la prescripción —31 de diciembre de 1971, hacia atrás—, sino la del 5 de agosto de 1974 cuando fue interrumpida. En este sentido se remite a lo expuesto por la Gobernación de Antioquia en la Resolución No. 008242 de 1975.

"El tiempo de prescripción se cuenta para el caso sub-examen desde el momento en que el arrendador recibe el precio del arriendo cobrado en exceso, por lo tanto estaría prescrito hasta el 5 de agosto de 1971, ya que el 5 de agosto de 1974 fue presentada la solicitud de devolución; pero como según se expresó atrás, a partir del 1o. de enero de 1972 no hay congelación para el precio del arrendamiento de locales comerciales, solo se tendrán en cuenta para hacer la respectiva liquidación los excesos pagados entre el 5 de agosto de 1971 y el 31 de diciembre del mismo año".

La misma Gobernación, después de anotar que la señora Matilde Vélez de Posada sólo era propietaria del inmueble arrendado en un 84.75% del bien arrendado, hizo la siguiente liquidación del reintegro:

"El precio del arriendo a 31 de diciembre de 1955 era de un mil cien pesos mensuales ($1.100.oo) según consta en el contrato visible a folios 193 y 194 del expediente. El canon pagado del 5 de agosto al 31 de diciembre de 1971 fue de ocho mil pesos ($8.000.oo) según los recibos que aparecen a fls. 157, 158, 159, 160 y 161; luego se ve claro un exceso de seis mil novecientos pesos ($6.900.oo) mensuales, que liquidado da un total de treinta y tres mil trescientos cincuenta pesos ($33.350.oo). Pero como durante esta época la señora Matilde Vélez era dueña solamente del 84.75% del bien, a esta proporción corresponde la suma de veintiocho mil doscientos sesenta y cuatro pesos con doce centavos ($28.264.12)".

La Sala acoge la liquidación hecha por la Gobernación de Antioquia en su Resolución No. 008242 de 1975, por valor de $33.350.oo, pero sin someterla a la deducción que hace dicha entidad por el hecho de que la señora Matilde Vélez de Posada fuera propietaria únicamente del 84.75% del bien raíz arrendado, en razón de que la condena de reintegro que a ella se le impone es en su condición de arrendadora y no de propietaria, aspecto este que no se tiene en cuenta en el caso de autos. El reintegro opera frente a la arrendadora, sin sometimiento a la persona titular del dominio. El reintegro obliga a la arrendadora, se repite, in integrum. Precisamente por la anterior razón la Administración en los actos

demandados y esta Sala en el presente fallo han deducido primero el carácter de arrendadora, por parte de la mencionada señora, para hacer la condena pertinente.

En tal virtud, es procedente revocar el fallo recurrido para, en su lugar, hacer la condena de reembolso en la cuantía pertinente.

Con fundamento en lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, parcialmente de acuerdo con su Fiscal colaborador,

FALLA:

Primero. Revócase la sentencia apelada y, en su lugar, decrétase la nulidad parcial de las Resoluciones números 008242 de 25 de enero de 1975 y 008828 de 29 de abril de 1975, de la Gobernación del Departamento de Antioquia, y 826 de 11 de septiembre del mismo año, de la Superintendencia de Industria y Comercio, en cuanto ordenaron a la señora Matilde Vélez de Posada devolver al señor Gabriel Lalinde M. la suma de veintiocho mil doscientos sesenta y cuatro pesos con doce centavos ($28.264.12), por concepto del precio del arrendamiento cobrado por encima del vigente el 31 de diciembre de 1955, en vez de ordenar el reintegro de la suma de treinta y tres mil trescientos cincuenta pesos ($33.350.oo), que es la suma que realmente le corresponde reintegrar a la referida señora al señor Lalinde M. por el concepto anotado.

Segundo. Niéganse las demás peticiones de la demanda.

Tercero. En firme esta providencia, vuelvan los autos al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión celebrada el veintiuno de enero de mil novecientos ochenta y tres.

Los Consejeros,

Roberto Suárez Franco, Mario Enrique Pérez, Jacobo Pérez Escobar, Samuel Buitrago.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

REFORMATIO IN PEJUS. Artículo 357 C. P. C. ¿En qué consiste?

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Bogotá, D. E., dieciséis de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Roberto Suárez Franco**

Demandante: **Eugenia Clemencia Varela y otros**

Referencia: 3.325

Al haberse negado para la Sala la ponencia elaborada por el Dr. Mario Enrique Pérez, le ha correspondido al siguiente Consejero en turno redactar el fallo respectivo de acuerdo al sentir mayoritario.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca contra la sentencia de 5 de febrero de 1980, del mismo Tribunal, recaída en los procesos acumulados de plena jurisdicción promovidos por Eugenia Clemencia Varela Navarro y once actores más contra la Resolución No. 2165 de 25 de mayo de 1972, dictada por la Gobernación de ese Departamento, sentencia ésta que es desfavorable a las pretensiones de los demandantes.

1. ANTECEDENTES

Por auto de 21 de junio de 1976 el Tribunal del conocimiento acumuló al proceso No. 6488, (No. 3225 en la radicación del Consejo), en el que figura como demandante la señorita Varela Navarro, otros once procesos, a saber:

No. 6480 Actor José Alberto Delgado Barco

No. 6481 Actor Carlos Ludvic Pazmiño Borrero

No. 6482 Actor Jairo Martínez Astudillo

No. 6483 Actor Jairo Zúñiga Escobar

No. 6484 Actor Ciro Roldán Jaramillo

No. 6485 Actor José Vicente Kataraín Vélez

No. 6486 Actor Carlos Alberto Roldán Luna

No. 6487 Actor Iván Arroyo Iruita

No. 6489 Actor Jona Alta Korman Kestemberg

No. 6490 Actor Laura Cardona Zárate

No. 6491 Actor Efraín Viveros Filigrana.

2. EL ACTO ACUSADO

Está cuestionada aquí la Resolución No. 2165 de mayo 25 de 1972, expedida por el Gobernador del Departamento del Valle del Cauca en uso de las atribuciones conferidas por el Decreto Legislativo No. 815 de 17 de mayo de 1972, por la cual se tomaron medidas disciplinarias en la Universidad del Valle.

La Resolución consta de 10 considerandos y de 8 artículos. En los primeros se hace alusión fundamentalmente a que el Gobernador, como Presidente del

Consejo Superior de la Universidad del Valle, está facultado para adoptar las medidas que corresponden a ese Consejo Superior y a que particularmente el artículo 3o. del Decreto 815 de 1972 lo autorizó para cancelar o suspender la matrícula de los estudiantes cuando quiera que éstos hubieran incurrido en las situaciones descritas en el artículo 2o. del mismo Decreto, tales como "paros temporales o indefinidos".

Se refiere luego a que por la Resolución 022 de 10 de mayo de 1972, emanada del Consejo Directivo de la misma Universidad, se convocó a clases y por el comunicado del Gobernador de 19 de mayo de ese año, éste esperaba la normalización de las actividades universitarias para el siguiente lunes 22. Agrega que no obstante lo anterior, un grupo de profesores desconocieron las órdenes impartidas y acordaron no dictar clases mientras permaneciera la fuerza pública en los predios de la Universidad. Por su parte un grupo de estudiantes, entre los cuales se hallan los demandantes, "se abstuvieron de concurrir a presentar sus descargos no obstante el emplazamiento del Gobernador por lo cual se presume que aceptan los hechos imputados".

Los tres últimos considerandos se refieren a algunos estudiantes contra quienes no se acreditó el carácter de promotores e investigadores de los hechos y al Decano de Estudiantes a quien la Resolución señala como instigador y promotor del paro indefinido. La Resolución recuerda que al Gobernador, en su condición de Presidente del Consejo Superior, le fueron atribuidas algunas facultades de éste como las de imponer sanciones disciplinarias de expulsión o cancelación de matrículas y nombrar y remover los Decanos.

La parte resolutiva declara insubsistente el nombramiento de algunos decanos y profesores (artículo 1o.), cancela definitivamente la matrícula a 16 estudiantes, entre los cuales figuran los demandantes (artículo 2o.) e impone la sanción de matrícula condicional a otro grupo de estudiantes.

3. LAS DEMANDAS

Los hechos en que se fundamentan las demandas de plena jurisdicción a que se contrae en estos procesos acumulados, se puede resumir así:

En abril de 1972 la Universidad del Valle se vio envuelta en un conflicto estudiantil que terminó con la toma de una de las dependencias de la división de medicina por parte de un grupo de alumnos, por lo cual el Gobierno dispuso la ocupación militar de la Universidad. Para forzar a la normalidad académica, con base de las facultades del estado de sitio, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo 815 de 17 de mayo de 1972, por el cual se facultaba al Gobernador, como Presidente del Consejo Superior Universitario, para tomar medidas académicas y disciplinarias contra profesores y estudiantes a quienes se demostrara participación en los mencionados disturbios.

Revestido de tales facultades, el Gobernador expidió un edicto emplazatorio, por el cual se citó a los demandantes a una diligencia de descargos que se realizaría en el salón central de la Gobernación, en la que deberían responder individualmente a los cargos que en providencia de la misma Gobernación se consignaron en su contra, a saber: acoger de la Federación de Estudiantes de no asistir a clases hasta obtener el retiro de la fuerza pública de los predios de

la Universidad, propiciar en asambleas en la plazuela de la Universidad, instigando el desconocimiento de la autoridad e impidiendo la asistencia a clases de los compañeros, con violación del artículo 2o. del Decreto 815 de 1972, y desconocer la orden contenida en la Resolución 022 de 10 de mayo de 1972, del Consejo Directivo, y el comunicado del Gobernador, a que ya se hizo referencia.

Como los demandantes no se presentaron a la diligencia de descargos el 24 de mayo de 1972, al día siguiente se dictó la Resolución 2166, del Gobernador, que es la acusada, que dispuso la cancelación definitiva de la matrícula, entre otros, los estudiantes demandantes, con base en que habiéndose abstenido de concurrir a presentar los descargos, no obstante el emplazamiento público del Gobernador, "se presume que aceptan los hechos imputados".

LOS ACTORES SOLICITAN:

a) Que se declare la nulidad del acto o actos administrativos contenidos en la Resolución acusada, en cuanto ordenó la cancelación definitiva de la matrícula de los demandantes; b) que como restablecimiento del derecho se reintegre a su condición de estudiantes, en las divisiones, departamentos y semestres correspondientes, tal como venían en el momento en que les fue cancelada la matrícula, y c) que se ordene la indemnización de todos los perjuicios ocasionados por la Resolución, hasta el día en que sean reintegrados, con la advertencia de que si esto ocurre en la mitad del semestre académico los estudiantes tendrían que esperar la finalización del mismo para poder iniciar nuevamente los estudios. Dicen los demandantes que para el cálculo del monto de la indemnización se tendrán en cuenta el retraso que cada uno haya sufrido en la culminación de su carrera y lo que tal retraso significa con relación a los posibles ingresos dejados de percibir como profesionales, según el ingreso mensual promedio de cada profesión en nuestro país.

Como disposiciones violadas se citan las siguientes: de la Constitución Nacional, los artículos 2, 16, 26, 28, 30, 52 y 194, del Código de Régimen Político Municipal, el artículo 127, numeral 1o.; del Código de Procedimiento Civil, el artículo 4o. 1974, 187; del Código de Policía del Valle (Ordenanza 119 de 1963), los artículos 596, 586, 616, 633 y 643; de los Estatutos de la Universidad del Valle (Acuerdo No. 1 de 1970), los artículos 7o., parágrafo 2o. y 18, literal a); el Acuerdo 1o. de marzo 4 de 1964, del Concejo Superior Universitario, artículo 1o., literal c), y el Decreto Legislativo 815 de 17 de mayo de 1978.

El concepto de la violación está centrado alrededor del derecho a la defensa, desde distintos ángulos, así: a) en cuanto a que el Gobernador no dictó la Resolución acusada en su carácter de Presidente del Consejo Superior Universitario sino en el de Jefe de la Administración Departamental, según la autorización del Decreto 815 de 1972, desbordando entonces con abuso de poder, los límites precisos consignados en la letra y en el espíritu de ese Decreto, con violación del mismo y de las normas citadas de la Constitución Nacional y del C.R.P.M.; b) en cuanto el Gobernador al asumir por ministerio del Decreto 815 de 1972 las funciones propias del Consejo Superior de la Universidad, no podía cancelar las matrículas, ya que esta atribución no la tiene dicho Consejo sino el Consejo Académico, con violación por tanto de los Estatutos de la Universidad y del mismo Decreto 815 de 1972; c) finalmente, en cuanto a las normas constitucionales y del Código de Procedimiento Civil,

mencionadas como violadas, hacen alusión a la necesidad de la existencia de prueba, así sean indiciarias, para poder asignar la responsabilidad de los hechos imputados. Según la demanda, aunque el Decreto 815 no prevé un procedimiento para su aplicación sí establece por el contrario, en forma diáfana, los presupuestos básicos de orden probatorio por fuera de los cuales el señor Gobernador no podía actuar sin incurrir en extralimitación de las facultades contenidas en el decreto legislativo y expresa que 'la actuación del señor Gobernador tipificó desde el punto de vista probatorio una evidente extralimitación de funciones', pues la no comparecencia de los demandantes a la citación hecha por el Gobernador "no le permitía elevar a la categoría de presunción el silencio del acusado", ni nada lo exoneraba de la obligación de aportar al proceso disciplinario la plena prueba de los hechos imputados a los demandantes. Por tanto, concluye el libelo, "no es posible hablar de la existencia jurídica de una presunción judicial o indiciaria".

4. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal, basado en una interpretación hecha por el Consejo de Estado (sentencia de 15 de noviembre de 1977. Ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo, Expediente 1582) admite que la jurisdicción contenciosa es competente para conocer de la presente acción.

Como ya se dijo, la sentencia del a-quo negó las peticiones de las demandas acumuladas. De ella se apartó en forma radical, la Magistrada María Teresa Garcés de Angel, quien consignó su discrepancia en un meditado salvamento de voto.

Los puntos en los que se fundamenta la decisión desfavorable a las súplicas de las demandas, son los siguientes:

a) Los cargos fueron formulados en forma concreta con nombres propios, la enunciación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que los hacían inconfundibles. El edicto emplazatorio fue debidamente divulgado en los diarios "Occidente" y "El País" y seguramente en las carteleras de la Universidad del Valle, según lo ordenado por el mismo edicto. No correspondía al Gobernador, en su condición de Presidente del Consejo Superior, enviar previamente ni entregar a la publicidad, antes de la diligencia de descargos, las pruebas en que fundara las acusaciones, pues para conocerlas y controvertirlas se hacía el emplazamiento. Dice el Tribunal que "al no hacerse presentes los emplazados en el lugar, hora y fecha señalados, ha de entenderse como la renuncia de un derecho que solo a ellos podía afectar y no a la legalidad de los actos de la administración. Por eso la norma consagró en forma expresa esa eventualidad y determinó sus consecuencias.... Se predeterminaron unas sanciones, se señaló quién tenía la facultad de aplicarlas, y se previó también el procedimiento a seguir en caso de que no fuere posible oírlos en descargos a unos y otros sobre su participación en los hechos materia de sanción". Agrega que "Tiene aplicación el principio jurídico de que, el que oportunamente no usa su derecho, impútase a sí mismo la pérdida o el daño".

b) El hecho de que la Resolución esté firmada también por el Secretario de la Gobernación y no por el de la Universidad, añade el Tribunal, no afecta la validez de la Resolución 2165 de 1972, ni prueba que hubiera actuado en

ejercicio de sus funciones de Gobernador y no de Presidente del Consejo Superior de la Univesidad. El Tribunal se acoge así al aforismo de que "a quien se le permite lo más, no debe prohibírsele lo menos".

c) En tercer lugar sostiene el a-quo que "Es apenas lógico considerar que ante la facultad otorgada de *cancelar* o *suspender* la matrícula de los estudiantes y *terminar los contratos* de trabajo vigentes o *destituir* a los funcionarios" —género—, la modalidad que se emplee, el condicionamiento que se utilice —especie— no pasa de ser el desarrollo práctico de aquella facultad primigenia", desarrollo que corresponde determinar "a quién es investido de aquellas atribuciones". Con lo anterior, el Tribunal quiere significar que al Gobernador le competía señalar la índole de la sanción por aplicar o, en otras palabras, interpretar la norma que le daba facultad para aplicar la sanción.

Por último, el Tribunal declaró no probada la excepción de prescripción de la acción.

6. CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Primero de la Corporación solicita la confirmación del fallo apelado. Parte del principio de que la jurisdicción Contenciosa Administrativa es competente para el conocer de esta acción y con tal propósito reproduce el resumen que el Tribunal hizo de la sentencia de 15 de noviembre de 1977, del Consejo de Estado, Sección Tercera en la cual comparte la tesis de la Sección Primera, en sentencia de 10 de agosto de 1976. Como en esta forma el Tribunal Administrativo desvirtuó la incompetencia argüida por el Fiscal ante la misma Corporación, el Agente del Ministerio Público ante el Consejo de Estado se acoge a ella, así como también a las demás argumentaciones expuestas en la sentencia recurrida.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En primer término, observa la Sala que, el recurso de apelación fue interpuesto por el señor Fiscal Primero del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, sin que en el escrito respectivo hubiese aducido ninguna argumentación distinta, a la expresada en su concepto de fondo, en el que sostuvo la tesis de la incompetencia del Tribunal para conocer del caso sub-judice, en razón de que se trataba de un asunto de policía. En este sentido, en la parte final de su vista de fondo afirmó el Fiscal del Tribunal:

"Con base en los anteriores planteamientos es forzoso concluir que el acto administrativo acusado corresponde a una medida policiva tomada en tal carácter por el señor Gobernador del Departamento y en consecuencia se escapa a la competencia del Tribunal" (folio 76, cuaderno No. 1).

Por otra parte, se pone de presente por la Sala que, los demandantes no interpusieron recurso alguno contra el fallo del Tribunal, lo que en cierta forma reduce el ámbito del pronunciamiento del ad quem, solo a aquello que le fue desfavorable al apelante.

De consiguiente dos cosas deberá avocar esta Corporación en la segunda instancia: el Radio de acción de su competencia, para pronunciarse sobre el

asunto sometido a su consideración, lo que toca directamente con el principio de la reformatio in pejus y el fondo mismo del asunto.

El Art. 357 del C. de P. C., aplicable al caso de autos por expresa referencia del Art. 282 del C.C.A., dispone que "la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por tanto, el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso salvo que en razón de la reforma fuese indispensable hacer modificaciones sobre puntos últimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido el recurso, el superior resolverá sin limitaciones".

Sobre este principio de la reformatio in pejus ha sostenido la Corte:

"Según esta figura procesal —que el C. de P.C., consagra en el artículo 494— la apelación no puede referirse sino a lo desfavorable al apelante, lo cual significa que el Superior no puede modificar la providencia en forma que haga más grave la situación del recurrente. Carnelutti expone: 'Mediante esta fórmula se indica que en virtud de la impugnación propuesta por el vencido parcial, éste puede, desde luego, obtener una decisión más ventajosa, pero no una decisión peor, o sea una decisión que elimine o atenúe el vencimiento de la otra parte'.

"Los fundamentos de la reformatio in pejus, son dos, según el nombrado tratadista: el principio dispositivo y el principio del vencimiento como antecedentes para impugnar el fallo. Con respecto al último, más que fundamento, es la causa eficiente, porque si no hay vencimiento, no habrá impugnación. "El Juez de apelación —dice Calamandrei— está obligado a examinar la controversia sólo en los límites en que en el primer grado el apelante ha sido vencido y en que es posible en segundo grado eliminar tal vencimiento; porque, si él se determinare a reformar in pejus la primera sentencia, esto es, a agravar el vencimiento del apelante, convirtiéndolo en vencido allí donde en primer grado era vencedor, vendría con esto a examinar una parte de la controversia en relación a la cual, faltando al apelante la cualidad de vencido o sea la legitimación para obrar, la apelación no habría tenido, ni podría tener, efecto devolutivo", (Estudio sobre el "Proceso Civil". Traducción de Santiago Sentis Melendo, p. 303). Carnelutti afirma que en el proceso civil la prohibición de reformar in pejus "no es más que una consecuencia del principio del gravamen parcial", esto es, del vencimiento parcial.

"Es el sistema dispositivo que gobierna el proceso civil, o más exactamente, la voluntad humana aplicada al proceso civil, el fundamento dogmático de la prohibición legal de reformar las sentencias empeorando la situación del apelante, porque es la voluntad de las partes, movida por sus intereses personales, el factor decisivo en la suerte del litigio, para impugnar o consentir la sentencia, en todo o en parte, para ampliar o disminuir el círculo jurisdiccional de la segunda instancia.

"Condiciones de la reformatio in pejus. Para que actúe esta figura, es decir, para que las sentencias no empeoren la situación del apelante, se requiere:

"1o. a) Que haya un litigante vencido, esto es, que algo se haya resuelto contra él en el fallo. Por lo mismo, si la motivación contiene consideraciones que no le satisfacen, no puede apelar "Es necesario —dice Calamandrei— que esta parte tenga, en relación con las cuestiones que la misma quiere someter al examen del segundo Juez, la cualidad de vencido", y repite al respecto las palabras de la Corte de Casación de Roma pronunciadas en asunto célebre: "Sólo la parte vencida se halla activamente legitimada para impugnar una sentencia" (Ob. cit. p. 301).

b) El vencimiento ha de ser parcial, porque si la sentencia se pronuncia en contra de una parte, de manera completa, la apelación no podría originar una reforma para empeorar la situación del vencido, pues ésta alcanzó en la primera instancia su más alto grado.

c) El vencimiento parcial implica una victoria parcial: esto último es lo favorable de la sentencia, que no puede tocar el Superior: aquéllo, lo desfavorable, o sea la materia de recurso.

2o. a) Que una de las partes apele de la sentencia y la otra consienta en ella. Si recurren ambas, el juez debe fallar sobre la litis completa.

(V. Casaciones de 25 de noviembre de 1938. XLVII 418. 10 de septiembre de 1942, LIV Bis. 72; 11 de marzo de 1948, LXVI. 125, y 20 de abril de 1950 LXVIII. 173). (G. J. Tomo 79, pág. 810 2a. columna y 811 1a. columna).

Por otra parte el tratadista Hernando Devis Echandía, sostiene en cuanto a la reformatio in pejus y su aplicabilidad al derecho administrativo, lo siguiente:

"Otro efecto peculiar de la apelación, que también comparte la casación, es que el superior no puede agravar la situación del apelante único, porque se entiende que la interpuso solo en lo desfavorable de la providencia. Esto se conoce como reformatio in pejus y significa una especie de limitación de la competencia del superior en la revisión de la providencia apelada. Cuando ambas partes apelan, el superior puede reformar la providencia en cualquier sentido. Este sistema está consagrado en nuestro C. de P. C. (Art. 357) y rige para lo labora, penal y contencioso administrativo, en virtud de la referencia que en los respectivos códigos se hace a aquél para llenar todos sus vacíos; sin embargo, si la sentencia penal es consultable de oficio, como la consulta da competencia para reformar en cualquier sentido la decisión, el superior puede agravar la condena, no obstante que el ministerio público no haya apelado y que no lo haya hecho solo el proceso. Pero también puede el superior mejorar la situación del condenado, aunque éste no haya apelado, en virtud de las facultades que le otorga la consulta.

"Sin embargo, cuando es preciso hacerle modificaciones a la providencia en puntos desfavorables al único apelante, pero íntimamente relacionados con lo favorable al mismo, y que no pueden coexistir, está facultado el superior para reformar ambos aspectos, porque de lo contrario se incurriría en contradicción en la decisión, lo que debe evitarse naturalmente.

"Este principio se aplica también en casación, cuando triunfa el recurrente en el recurso y debe dictarse nueva sentencia de instancia que sustituya la

del tribunal en segunda instancia, si la reforma resultare desfavorable al recurrente, la Corte hace la corrección doctrinaria, pero se abstiene de casar para no agravar la situación de éste.

"La reformatio in pejus es un rezago del antiguo concepto del proceso civil como contienda privada y de interés particular. Para ser lógicos con el interés público que hoy se reconoce en conseguir la justicia de la sentencia civil, debería permitirse que en toda apelación el superior pudiera revisar la decisión en todos sus aspectos, sin importar que el recurso resultara desfavorable al apelante único. Este sistema se llama de la comunidad de la apelación. También se busca atenuar los efectos de la reformatio in pejus con el sistema de la adhesión a la apelación por la parte contraria, aunque el adherente haya dejado vencer el término para apelar; este atenuante fue consagrado en nuestro C. de P. C., en el Art. 353, que permite usarlo hasta el vencimiento del término para alegar ante el superior, norma que se aplica en materia laboral, penal y contencioso administrativa, por ser un punto regulado en los respectivos Códigos y que no se opone a lo dispuesto en éstos".

(Compendio de Derecho Procesal Civil. Bogotá, 1972 Tomo I págs. 459 y 460).

De acuerdo a lo anteriormente expuesto se tiene, para el caso de autos, lo siguiente:

a) Consta en el expediente que el apelante lo fue el Ministerio Público, circunscribiendo su apelación a la incompetencia del Tribunal para conocer del asunto debatido, tesis que, en la eventualidad de prosperar, conduciría a una de dos cosas: 1o. a la nulidad de todo lo actuado para que el asunto pasase a una autoridad de policía, o 2o. sentencia inhibitoria por parte del Tribunal.

b) Como ya se dijo no aparece constancia en el expediente, ni escrito alguno que acredite, la interposición del recurso por parte de los demandantes, contra la providencia proferida por el Tribunal de instancia.

c) Consta igualmente en el expediente que el "a-quo" profirió sentencia denegatoria, vale decir negó las súplicas de la demanda.

De esta especie de presupuestos se deduce entonces, que en el caso debatido, esta Corporación quedó reducida en ámbito fallador a una de estas hipótesis: acceder a las pretensiones del apelante, vale decir a decretar la nulidad de lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda o simplemente declararse inhibida para fallar, en uno y otro caso, por falta de competencia, o si no compartir las argumentaciones y fundamentos expuestos por el Fiscal apelante, confirmar el fallo recurrido con lo que no haría más gravosa la situación procesal de apelante.

Y en esta última hipótesis la que en sentir de la Sala debe acogerse por cuanto se ajusta más a una realidad jurídica. En efecto, y como ya se ha expresado, por virtud del principio de lo reformatio in pejus, no se podría, en el caso de autos, revocar la sentencia apelada con el fin de acceder a las súplicas de la demanda, por razón de que se estaría haciendo más gravosa la situación del señor representante de la sociedad. Pero como la Sala no comparte la tesis de la incompetencia para conocer del asunto debatido en el juicio, antes por el

contrario acata las tesis del Tribunal, en el sentido de que éste sí era competente para conocer en primera instancia de dicho asunto, se impone entonces un pronunciamiento de mérito.

Bajo este aspecto la Sala considera que el fallo de instancia debe acogerse en su integridad. En efecto. El Tribunal después de un detenido estudio de los antecedentes de la demanda, de los alcances del acto acusado y su procedencia frente al Decreto 815 de 17 de mayo de 1972, de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de la acción, de la aplicación del debido proceso y del desempeño de la función secretarial y el lugar de decisiones, de las sanciones impuestas así como de las excepciones procesales llega a la conclusión de que deben negarse las súplicas de la demanda.

Las argumentaciones expuestas por el a-quo, así como el amplio análisis de cada uno de los temas que se tratan en la sentencia los acoge esta Corporación, lo que conduce a que el fallo deba ser confirmado.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Sesión del día 28 de enero de 1983.

Mario Enrique Pérez Velasco, (Con salvamento de voto); **Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Roberto Suárez Franco.**

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

JUICIOS DE POLICIA. (Salvamento). Artículo 73 No. 2o. C.C.A. REFORMATIO IN PEJUS.

1. Artículo 357 C.P.C. ¿En qué consiste?

2. La reformatio in pejus no es aplicable en el campo penal (Art. 197 bis C.P.P.).

RECURSO DE APELACION. (Salvamento). No sustentado. Consecuencias.

DERECHO DE DEFENSA. Presunción de inocencia.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR MARIO ENRIQUE PEREZ

Consejero ponente: **Dr. Roberto Suárez Franco**

Actor: **Eugenia Clemencia Varela Navarro y otros**

Referencia: Expediente No. 3.325

Como la ponencia presentada por mí a la consideración de la Sala no fue acogida por la mayoría de sus miembros, le correspondió al señor Consejero que me sigue en turno elaborar el nuevo proyecto de sentencia, el que al ser discutido fue aprobado, con la sola salvedad de mi voto. En tal virtud, con todo respeto consigno mi total desacuerdo con la sentencia de 16 de febrero último, así:

I. LA REFORMATIO IN PEJUS

El señor Agente del Ministerio Público que actuó en la primera instancia alegó que el Tribunal carecía de competencia para conocer de la presente causa por estar acusado en ella un acto administrativo que equivale a una medida de policía tomada por el Gobernador del Departamento del Valle del Cauca. Mas el a quo, con fundamento en una jurisprudencia del Consejo de Estado, lejos de dictar una sentencia inhibitoria en razón de una supuesta incompetencia, decidió el proceso en el fondo, en el sentido de negar las peticiones de las demandas acumuladas.

En atención a que el Fiscal ante el Tribunal no sustentó, como era su deber, el recurso de apelación que interpuso contra la anotada sentencia, es presumible que la alzada se debiera a que la Corporación ante la cual actuó se apartara del criterio de que el acto impugnado fuera de índole policiva.

El primer término, se parte del punto de vista de que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sí es competente para conocer de este asunto, a pesar de que la medida adoptada por el Gobernador del indicado Departamento es policiva, en atención a que no se trata de un juicio penal de policía. Y no debe olvidarse al respecto que el ordinal 2o. del artículo 73 del C.C.A., sólo sustrae de esta Jurisdicción las "resoluciones que se dicten en los juicios de policía de naturaleza penal o civil", es decir, los actos jurisdiccionales de policía.

Haciendo hincapié en el recurso de apelación interpuesto por el señor Fiscal de la primera instancia y en que los demandantes no apelaron, el ad quem encontró que debía acatarse el principio de la reformatio in pejus, instituido por el artículo 357 del C.P.C. y conforme al cual "la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por tanto, el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso...".

Estimo que en el caso sub-judice no cabía el principio de la reformatio in pejus, por los siguientes motivos:

1. Este asunto que, como ya se dijo, participa del carácter de policivo, es aledaño a las materias penales o indisciplinarias o correccionales y, por ende, en él no es aplicable el anterior principio, al tenor de lo dispuesto por el artículo 197-bis del C.P.P., que abolió la reformatio in pejus en el campo penal, y que dice:

"El recurso de apelación otorga competencia al juez o tribunal de segunda instancia para decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada" (a 3o. Ley 17 de 1975). De otra parte, se puede afirmar que aquí se trata de un asunto penal administrativo, extraño a la figura jurídica que se está examinando.

2. Se anota que el Código Penal (Decreto 100 de 1980) dice en el artículo 375, sobre la aplicación extensiva de sus normas, que "Las disposiciones contenidas en el Libro Primero de este Código se aplicarán también a las materias penales de que tratan otras leyes o normas, siempre que éstas no dispongan otra cosa". Y dentro de tal Libro Primero —Parte General— figuran las normas rectoras de la ley penal colombiana, entre las que se cuentan las siguientes disposiciones: "Artículo 1o. *Legalidad*. Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella", y "Artículo 11. *Juez Natural*. Nadie podrá ser juzgado por juez o tribunal especiales instituidos con posterioridad a la comisión del hecho punible, ni con violación de las formas propias de cada juicio".

3. Independientemente del poderoso motivo atrás expuesto, es inaceptable o, por lo menos, muy discutible, que en esta causa quepa la reformatio in pejus. Evidentemente, no siendo los demandantes vencidos parciales sino totales y no habiendo recurrido en apelación, al decidir el a-quo mediante la sentencia apelada el proceso en el fondo, sin acoger la tesis del Fiscal de que la materia es de naturaleza policiva, el ad quem no podía variar —en la hipótesis de que fuera procedente el principio comentado— el fallo de la primera instancia.

Desde luego esto generaría otro problema: ¿hasta dónde el Ministerio Público en una acción de plena jurisdicción, como la presente, puede tener interés de parte para que el superior planteara que no se podía hacer más gravosa la situación del apelante? Por otro lado, el interés del Ministerio Público, dada su peculiaridad institucional, se puede ubicar en la defensa del orden jurídico general pero no en un restablecimiento concreto. Además, como se desconocen los motivos determinantes de su apelación, al dársele cabida a la reformatio in pejus se adivinaron o supusieron esos motivos.

4. La cita que hace la sentencia de lo expuesto por el tratadista Hernando Devis Echandía, en la que se lee que la reformatio in pejus se aplica en materia laboral, penal y contencioso administrativa, tiene como fuerte una obra suya editada en 1972, antes de la Ley 17 de 1975. Solo así se explica lo dicho con antelación a la citada Ley.

II. EL DERECHO DE DEFENSA

Según la explicación que de este derecho ha hecho la Corte Suprema de Justicia, el artículo 26 de la Constitución Nacional consagra un complejo doctrinario integrado por distintas predicaciones, que no siempre tuvieron igual desenvolvimiento histórico, si bien se presentan ahora en estrecha unión para instituir las llamadas garantías procesales que, completadas con las

garantías penales del artículo 28, preservan situaciones absolutamente necesarias para la seguridad de la persona humana.

Las garantías señaladas por estas disposiciones, cada una de las cuales tiene naturaleza, objeto y consecuencias propias, han sido señaladas en número de cuatro, así: "a) preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento; b) legalidad de la jurisdicción; c) observancia plena del juicio y d) aplicación de la ley favorable aunque sea posterior al acto impugnado". (Sala de Casación Penal, Gaceta Judicial, Tomo CXXXIII, 1970, pág. 202).

III. EL CASO SUB JUDICE

La Resolución acusada dice en el ordinal séptimo de los considerandos, como fundamento de la medida tomada, que los estudiantes allí mencionados, "se abstuvieron de concurrir a presentar sus descargos, no obstante el emplazamiento público del gobernador, por lo cual se presume que aceptan los hechos imputados".

Lo anterior, además de constituir una inversión del principio universal acogido por nuestro legislador de que toda persona se presume inocente mientras no se compruebe su culpabilidad, según la Ley 74 de 1968, artículo 14-2, inequívocamente está aludiendo a los cargos que les fueron imputados a los sancionados y a los descargos que éstos se abstuvieron de hacer al dejar de concurrir a la citación hecha para tal efecto por el Gobernador.

Pero resulta que tal citación solo dijo lo siguiente: "El Gobernador del Valle del Cauca, en ejercicio de las facultades que le confiere el Decreto Legislativo 815 de 1972, mayo 17, y para los efectos del artículo 3o. del mismo decreto, cita y emplaza a los siguientes miembros del personal docente, administrativo y estudiantil de la Universidad del Valle, con el fin de oírlos en descargos de conformidad con el artículo 3o. del Decreto Legislativo No. 815 de 17 de mayo de 1972, para que se presenten en el Salón Central de la Gobernación del Valle (Carrera 6a., calle 9a. y 10a.), segundo piso, el día miércoles 24 de mayo en curso a las 8 a.m.". Al respecto hace la citación y emplazamiento para 9 miembros del personal docente y 27 del personal estudiantil, mencionándolos por sus nombres.

De esta transcripción se deduce que los cargos atribuidos son los mencionados genéricamente en el artículo 3o. del Decreto 815 de 1972, esto es, "la participación en los actos a que se refiere el presente decreto", que el artículo 2o. del mismo describe como los que los estudiantes o los profesores "promuevan o realicen dentro de la Universidad o en lugares públicos, actos que atenten con el orden público o dificulten su restablecimiento, tales como paros temporales o indefinidos; asambleas que perturben la vida académica normal; actividades extra-académicas que conduzcan a los mismos resultados; y participen o inviten a participar en manifestaciones y otros actos lesivos del orden público, especialmente los prohibidos por la legislación de emergencia".

Pero más grave aún es que, como lo recuerda la Magistrada que salvó el voto, doctora María Teresa Garcés, mediante auto de 22 de febrero de 1974, el Tribunal decretó la prueba documental pedida por ambas partes (fl. 21 C. 3. Exp. 6488 y fl. 6 C. 2 ibídem), consistente en la copia de los documentos que hubieran podido servir de fundamento para formularles a los estudiantes los

cargos por los cuales se les sancionó y que debían encontrarse en los despachos de la Gobernación.

Sinembargo, tales documentos no fueron allegados por la Gobernación y por tanto no obra en el proceso ninguna prueba que establezca que los sancionados hubieran incurrido en las conductas enumeradas en el Decreto 815.

En una palabra, por anticipado se estaba llamando a los estudiantes a descargos en relación con cargos no establecidos, desconociendo así la garantía de un juicio plenamente observando y vulnerando el principio de la presunción de inocencia.

Ahora bien, en fallo reciente de la Sección Segunda de la Corporación, por el cual se decidió el proceso de plena jurisdicción iniciado por los profesores declarados insubsistentes por causa de la misma Resolución cuestionada en este proceso, refiriéndose al caso del estudiante Gustavo Ruiz Montoya, quien también acabó como demandante en dicho proceso, dijo con respecto a él:

"Esta interpretación del espíritu del Decreto legislativo No. 815 de 1972 implicó su aplicación indebida, con infracción de las normas constitucionales que consagran el derecho de defensa, del artículo 14 de la Ley 74 de 1968, artículo 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según los cuales nadie puede ser penado sin que previamente se hubiera comprobado su responsabilidad, la cual no se puede presumir de la renuencia del imputado a rendir descargos, máxime si se tiene en cuenta que esta oportunidad es un medio para su defensa equiparable a la indagatoria dentro de un proceso penal y muy distinto al interrogatorio de parte en los procesos civiles; pues, mientras en éstos la no comparescencia del citado hace presumir los hechos sobre los cuales verse el interrogatorio, en los procesos penales y disciplinarios no es admisible tal presunción puesto que, si por disposición del artículo 25 de la C. H. se prohíbe la confesión provocada con mayor razón es inaceptable la confesión presunta.

"En el expediente disciplinario que sirvió de precedentes para la cancelación de la matrícula del señor Gustavo Ruiz Montoya no obra prueba alguna en su contra y en las diligencias de inspección judicial practicadas en la correspondiente oficina de la Gobernación del Departamento y en la Rectoría de la Universidad, efectuadas por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, sobre los antecedentes en que se basaron tales sanciones (folios 17 a 20 y 127 a 131 del Expediente de Comisión ordenada por el Consejo de Estado), tampoco se encontraron documentos que en algún sentido inculpen al mencionado demandante. De lo cual se concluye que el único elemento de juicio que se tuvo en cuenta para imponer la sanción fue la presunción a que se hizo referencia, originada en que el señor Ruiz Montoya no compareció a rendir descargos, lo cual es contrario al artículo 26 de la Constitución Nacional. "(Sent. de 17 de junio de 1982, Exp. No. 1764, Actores Gustavo Ruiz Montoya y otros, ponente doctor Ignacio Reyes Posada).

El claro concepto de violación de las normas constitucionales que garantizan el derecho de defensa, expuesto como acaba de transcribirse por la Sección Segunda de la Corporación en un caso idéntico al de los estudiantes demandantes, en el que se incriminó al mismo acto cuestionado en este proceso, era

más que suficiente para que se anulara la Resolución impugnada y se ordenara, en consecuencia, el reintegro de los estudiantes demandantes.

Para abundar en razones, se reproducen a continuación varios apartes del salvamento de voto de la Magistrada disidente, por encontrarlos acertados:

"a) Es inocuo decir que los estudiantes fueron citados públicamente. La citación que se les hizo no fue eficaz, pues además de ser pública como lo exigía el decreto, ha debido hacerse en forma personal, manera justa y equitativa de vincular a una persona a un proceso. Además ha debido efectuarse comunicación de los cargos para que las personas acusadas pudiesen argüir contra ellos y presentar sus pruebas. Si las personas citadas no sabían cuáles hechos se les imputaban, no está claro sobre qué iban a ser oídas en descargos".

"c) La citación para oír en descargos se hizo en la Gobernación, y no en la Universidad, a pesar de que las conductas sancionables se referían fundamentalmente al orden interno de esta última, entidad que por su naturaleza jurídica y su carácter docente es autónoma.

"d) No se puede "presumir", como lo hizo el señor Gobernador, que las personas que no asistieron a la Gobernación, a pesar de haber sido citadas, efectivamente incurrieron en los hechos "imputados". La abstención no implica confesión, pues es principio universal, acogido por nuestro legislador, que toda persona se presume inocente mientras no se compruebe su culpabilidad conforme a la ley (Ley 74 de 1968, artículo 14, 2)".

"...".

"En cuanto a las facultades sancionatorias del artículo 1o. del Decreto 815, las medidas académicas, administrativas o disciplinarias que los estatutos y otras normas vigentes atribuyan al Consejo Superior Universitario, su aplicación no habría podido hacerse sino de conformidad con tales textos, en cuanto a los hechos punibles y al procedimiento, por cuanto el previsto en el artículo 3o. del Decreto 815 se refiere sólo a las sanciones de que trata la misma norma.

"Ahora bien, el Acuerdo No. 1 de marzo 4 de 1964 emanado del Consejo Superior reformatorio de los artículos 94 y 135 de los antiguos estatutos de la Universidad, contempla en su artículo 1o. entre las sanciones que pueden imponerse a los estudiantes la cancelación definitiva de la matrícula. Pero le da esta facultad al Consejo Directivo de la Universidad a petición del Rector o del Decano, cuando la falta afecte gravemente la disciplina o la moralidad de los alumnos.

"Como puede observarse, esta facultad no corresponde al Consejo Superior, y por lo tanto no está dentro de las atribuidas en el artículo 1o. del Decreto 815 al señor Gobernador".

IV. LA CONCLUSION

El acto impugnado en este proceso desconoció principios de garantía procesal, tales como los de que únicamente la ley puede crear la jurisdicción represora y de que nadie puede ser condenado sino después de un juicio legítimo y pleno. Por consiguiente, lo procedente era que esta Corporación

revocara la sentencia apelada y que, en su lugar, declarara la nulidad de dicho acto y ordenara que la Universidad del Valle reincorporara a los estudiantes afectados en las mismas condiciones académicas en que se encontraban cuando les fue cancelada la matrícula, tal como lo propuse en la ponencia derrotada.

Respetuosamente,

Mario Enrique Pérez

Bogotá, D.E., dos de marzo de mil novecientos ochenta y tres.

GOBERNADORES. ACTUACIONES POR DELEGACION. Son de conocimiento en primera instancia por los tribunales administrativos. (Literal h) del numeral 2o. del artículo 32 del Decreto 528 de 1964).

GOBERNADORES. PERSONERIA JURIDICA. RECONOCIMIENTO.

Por medio del Decreto-ley número 2703 de 1959, dictado en uso de las autorizaciones que le confirió la Ley 19 de 1958 delegó en los gobernadores de los departamentos las facultades indicadas en el artículo 1o. del mismo, entre los cuales figura: n) Tramitación y reconocimiento de personería jurídica a las entidades a que se refiere el Decreto número 1326 de 1922, decreto que en concordancia con el artículo 635 del Código Civil, impone a las corporaciones y entidades sin ánimo de lucro la obligación de someter a la aprobación del gobierno los estatutos que regula su funcionamiento, así como las reformas, supresiones y en general, cualquier alteración de los mismos (artículo 3o.).

REVOCACION DIRECTA. (Decreto 2733 de 1959, artículo 24). En qué consiste.

PRESUNCION DE LEGALIDAD. El acto administrativo se presume legal mientras no se desvirtúe su legalidad.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Bogotá, D.E., veinticinco de mayo de mil novecientos ochenta y tres.

Consejero ponente: **Dr. Samuel Buitrago Hurtado**

Actor: **Corporación Nuevo Cúcuta Deportivo**

Referencia: Expediente No. 4.050 Asuntos departamentales

Por apelación interpuesta por el señor apoderado de la parte actora, ha llegado al Consejo el expediente contentivo de la sentencia fechada el 9 de julio

de 1982, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander que negó la nulidad de las Resoluciones números 107 y 001 de enero 11 y febrero 2 de 1982, mediante las cuales se revocó la Resolución No. 018 de marzo 5 de 1980, por medio de la cual se reforman los estatutos de la "Corporación Nuevo Cúcuta Deportivo", nulidad solicitada por la entidad mencionada por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de simple nulidad.

Los hechos sustentantes de la acción así como las disposiciones violadas y el concepto de la violación, se exponen ampliamente en el escrito de demanda.

Tramitada como se encuentra la segunda instancia en esta Corporación y obtenido el concepto del señor Fiscal Primero del Consejo, se procede a la decisión a que hubiere lugar mediante las consideraciones que siguen:

El señor Fiscal Primero de la Corporación en su concepto de fondo es del parecer que el asunto sub-judice es de conocimiento del Consejo de Estado y no del Tribunal Administrativo de Norte de Santander y que, en consecuencia, se debe declarar la nulidad de todo lo actuado. Al efecto razona así, en lo pertinente:

"Tal y como lo considera la sentencia recurrida, los artículos 1o. literal n) y 4o. del Decreto-ley 2703 de 1959, establecen la competencia para que el Gobernador (en este caso del Departamento de Norte de Santander) ejerciera las funciones de que tratan dichos artículos; pero considera este Despacho, que en relación con dicho tema, hay que hacer algunas observaciones, así:

1. En el evento de que las facultades otorgadas mediante los artículos 1o., literal n) y 4o. del Decreto-ley 2703 de 1959, incluyera las de aprobar adiciones o modificaciones introducidas a los Estatutos de las entidades a que se refiere el Decreto 1326 de 1922, se entiende la competencia desarrollada o ejercida por el Gobernador de Norte de Santander; sin embargo, ello no es así:

"2. No obstante lo anterior, y bajo el supuesto de ejercer el Gobernador de Norte de Santander atribuciones o funciones propias, lo que no es verdad, tampoco podía revocar el acto que revocó, por haber establecido aquél derechos a terceros.

"3. Tampoco era competente el Tribunal Administrativo de Norte de Santander para conocer de las controversias planteadas, por lo siguiente:

"a) Al tenor de lo contemplado en el artículo 3o. del Decreto-ley 2703 de 1959, los actos expedidos por el Gobernador en ejercicio de las facultades que se le delegan por dicho decreto, son de carácter nacional, pues la norma dice:

"Para los efectos legales a que haya lugar, los actos de los gobernadores, *expedidos en ejercicio de las funciones delegadas, se consideran como actos de una autoridad, agentes o funcionarios del orden nacional*". (Subraya la Fiscalía).

"b) Siendo los actos expedidos por el Gobernador y acusados en la demanda, del orden nacional, de conformidad con la cláusula general de competencia del H. Consejo de Estado (Art. 34 numeral 10 del C.C.A.), conoce privativamente y en única instancia, "de los recursos contencioso-administrativos contra los decretos, resoluciones y otros actos del gobierno, de los ministros o de

cualquiera autoridad, funcionario o persona administrativa del orden nacional que pongan fin a una actuación administrativa y que no estén atribuidos a una jurisdicción distinta".

La Sala no comparte la opinión de su colaborador Fiscal, pues basta recordar que el literal h) del numeral 2o. del artículo 32 del Decreto-ley 528 de 1964, expresa que los Tribunales Administrativos conocen en primera instancia:

"De los juicios de nulidad contra las decisiones de carácter departamental, intendencial o comisarial que deban someterse para su validez a la aprobación de autoridad superior *o que hayan sido dictados en virtud de delegación de funciones hecha por la misma*" (Subraya la Sala).

Es pues indiscutible la competencia del Tribunal de Norte de Santander para conocer de los actos acusados, que los expidió el Gobernador del Departamento en ejercicio de una función que delegó expresamente el Presidente de la República en los Gobernadores mediante el Decreto 2703 de 1959. Por ello, la nulidad propuesta carece de fundamento.

Y en cuanto al fondo del asunto, se tiene que el Gobernador del departamento de Norte de Santander en uso de sus atribuciones legales y en especial de las conferidas por el Decreto 2703 de 1959 y el Decreto 2733 del mismo año, en virtud de los actos acusados, Resoluciones números 107 y 001 de enero 11 y febrero 2 de 1982, revocó en todas sus partes la número 018 de marzo 5 de 1980, por medio de la cual se reformaron los estatutos de la Corporación "Nuevo Cúcuta Deportivo".

La Corporación aludida conforme se afirma en autos, es una persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro, constituida con la finalidad primordial de fomentar el deporte.

Para el señor apoderado de la entidad actora, los actos acusados están resentidos de nulidad, fundamentalmente, porque se considera que el Gobernador del Norte de Santander carecía de competencia para revocar directamente la Resolución No. 618 de marzo 5 de 1980, puesto que no estaba facultado por norma alguna para tramitar y reconocer la personería jurídica de una Corporación como el "Nuevo Cúcuta Deportivo".

Pero sucede que el Gobierno Nacional por medio del Decreto-ley No. 2703 de 1980, dictado en uso de las autorizaciones que le confirió la Ley 19 de 1968, delegó en los Gobernadores de los Departamentos las facultades indicadas en el artículo primero del mismo, entre las cuales figura: n) Tramitación y reconocimiento de personería jurídica a las entidades a que se refiere el Decreto número 1326 de 15 de septiembre de 1922, decreto que en concordancia con el artículo 636 del C. Civil, impone a las Corporaciones y entidades sin ánimo de lucro la obligación de someter a la aprobación del Gobierno los estatutos que regulan su funcionamiento, así como las reformas, adiciones, supresiones y en general, cualquier alteración de los mismos. (Artículo 3o.).

Por manera que resulta claro a todas luces, la competencia del señor Gobernador de Norte de Santander para expedir las resoluciones acusadas.

Y en cuanto a la violación que se pregona en el libelo de demanda del artículo 24 del Decreto 2733 de 1959, según el cual, "Cuando el acto administrativo haya causado una situación jurídica individual, o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento oportuno y escrito del respectivo titular", tampoco se evidencia en el caso presente, pues la Resolución No. 018 de marzo 5 de 1980, por medio de la cual se reformaron los estatutos de la Corporación "Nuevo Cúcuta Deportivo", que se revoca por los actos acusados, ciertamente que no es creadora de un derecho subjetivo, individual, particular y concreto, y obviamente, con su revocatoria no se están lesionando derechos de esa índole en cabeza de persona alguna. La resolución apenas reformaba los estatutos de la Corporación, que habían sido aprobados por la Resolución No. 252 de octubre 13 de 1971, cuya vigencia se reconoce expresamente en la resolución No. 107 de enero 11 de 1982, acusada.

Así las cosas, es de concluir que la presunción de legalidad de los actos impugnados no fue desvirtuada y, por lo mismo, conservan su plena vigencia. De allí que las peticiones de la demanda, mal podrían prosperar, no como lo estableció el Tribunal de Norte de Santander en la audiencia que fue objeto de apelación, sino por las razones que brevemente se han expuesto, razón por la cual el fallo apelado, aunque por otros motivos, será confirmado.

Y con tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del señor Fiscal Primero de la Corporación y en desacuerdo con él administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Certifícase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el 9 de julio de 1982.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 20 de mayo de 1983.

Mario Enrique Pérez Velasco, Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay. Secretario.

CAPITULO II

ACTOS DE LAS ASAMBLEAS

ORDENANZAS. SANCION. (Reiteración Jurisprudencia de la Sentencia de julio 25 de 1962 —Pág. 254 a 256).

La sanción es parte integrante de la Ordenanza, es un presupuesto para la validez del acto administrativo en cuyo proceso de formación

concurren las voluntades de la Corporación que la expide y del órgano que la sanciona, que comúnmente es el Gobernador del Departamento y excepcionalmente el presidente de la misma Asamblea, voluntades que se fusionan para producir un acto único.

2. Calidad de la ordenanza: Acto complejo

3. Acusación

ACTO COMPLEJO

Acusación

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.E., veintiséis de enero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Joaquín Vanín Tello**

Actor: **Jairo Restrepo Angel**

Referencia: Expediente No. 6.261 Autoridades Departamentales

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el ciudadano Jairo Restrepo Angel contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta el 24 de julio de 1981 respecto de la demanda presentada por el recurrente, con fundamento en el artículo 66 del C.C.A., en la cual hizo las siguientes peticiones:

"Primero: Que, con citación del señor Agente del Ministerio Público y mediante sentencia, se declare la nulidad de los artículos 3o. con su parágrafo de la Ordenanza No. 014 de 1976 y 1o. de la Ordenanza No. 004 de 1978, expedida por la Honorable Asamblea Departamental del Meta, por ser violatorios de los artículos 62 y 76 —numeral 10— de la Constitución Nacional y del artículo 241 de la Ley 4a. de 1913 sobre Régimen Público y Municipal.

"Segundo: Que, en la oportunidad procesal señalada en el artículo 96 del Código Contencioso Administrativo, se decrete la suspensión provisional de los citados preceptos ordenanzales, por ser manifiesta y evidente la violación de las normas superiores de derecho enunciadas en el punto anterior."

Los hechos en que se fundamenta la demanda, las normas que el actor considera violadas y el concepto de la violación aparecen consignadas en los folios 38 y 39 del expediente.

El Tribunal negó las súplicas de la demanda por considerar que los actos acusados no violan las disposiciones constitucionales y legales que señala el actor como infringidas.

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, con fundamento en una jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, conceptúa que la demanda es inepta por cuanto "no se impugnó el acto del Gobernador que sancionó la referida ordenanza" y solicita, en consecuencia, que se revoque el fallo apelado.

Habiéndose cumplido la actuación con forma lega, procede la Sala a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La sentencia de la antigua Sala de lo Contencioso Administrativo que cita el señor Fiscal en su concepto, se expresa, en lo pertinente, de la siguiente manera:

"Dijo la Sala en auto de fecha 25 de julio de 1962, para confirmar la negativa de suspensión provisional:

"La sanción es parte integrante de la Ordenanza, es un presupuesto para la validez del acto administrativo en cuyo proceso de formación concurren las voluntades de la corporación que la expide y del órgano que la sanciona, que comúnmente es el Gobernador del Departamento y excepcionalmente el Presidente de la misma Asamblea, voluntades que se fusionan para producir un acto único. La Ordenanza es por eso un acto complejo, porque consta de una serie de actos que concurren a integrar la voluntad administrativa dirigida a un mismo fin.

"El Profesor Manuel María Díez, refiriéndose a los actos administrativos complejos, expresa:

"Los actos complejos son los que resultan del concurso de voluntades de varios órganos de una misma entidad o de entidades públicas distintas, que se unen en una sola voluntad. En todo caso es necesario para que exista un acto complejo que haya unidad de contenido y unidad de fin en las diversas voluntades que se unen para formar un acto único. En el acto complejo la voluntad declarada es única y resulta de la fusión de la voluntad de los órganos que concurren a formarla, o de la integración de la voluntad del órgano a que se refiere el acto. Si las voluntades que concurren a la formación del acto son iguales, el acto se forma por la fusión de las distintas voluntades; si son desiguales, por la integración en la principal de las otras. Habrá integración de voluntades cuando un órgano tiene facultad para adoptar una resolución, pero ese poder no podría ejercerse válidamente, sin el concurso de otro órgano. Así, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, los ministros refrendarán y legalizarán los actos del Presidente de la Nación por medio de su firma, sin la cual carecen de eficacia (Art. 87, Cons. Nac.).

"El decreto, en consecuencia, resulta del concurso y fusión de dos voluntades desiguales, la del Presidente de la República y la de los Ministros que integran la voluntad del Presidente. En este supuesto como la voluntad de un órgano es jurídicamente prevalente, nos encontramos con un acto complejo desigual.

"Habrá fusión de voluntades cuando cierto poder se atribuye en forma igual a varios órganos que deben participar en la formación del acto. Así la sanción de las leyes deriva de la fusión de voluntades del Congreso y del Poder Ejecutivo (Art. 69, Const. Nac.). En este supuesto del poder Legislativo y el Ejecutivo concurren con igualdad de condiciones, desde el punto de vista jurídico, a la formación de la ley. En estos casos se produce un acto complejo igual y los órganos pertenecen a un mismo ente.

"Por lo demás, cuando las voluntades concurrentes a la formación del acto complejo pertenecen a la misma entidad, se dice que se trata de un acto complejo interno. Si las voluntades pertenecen a distintos entes habrá complejidad externa; en este caso el acto complejo se llama también acuerdo". (El Acto Administrativo, Segunda Edición, 1961, págs. 124 y 125).

"Ahora bien, reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado que cuando se trata de un acto complejo, es decir formado por una serie de actos con la concurrencia de diversas voluntades, como el acto es único, debe acusarse en su total complejidad, aunque el vicio sólo afecte a uno de los actos que lo integran, porque habiendo unidad de contenido y unidad de fin en las diversas voluntades que se unen para producirlo, la serie de actos que lo integran no tiene existencia jurídica separada e independiente. El acto que se firma es un acto único es la voluntad declarada, por la fusión en una sola voluntad de las voluntades de los órganos que concurren en el proceso de formación del acto.

"Así, pues, cuando, por ejemplo, se considera que está viciada de ilegalidad la sanción de una ordenanza, se debe demandar la ordenanza por la ilegalidad de su sanción, pues ésta es parte integrante de ese acto administrativo complejo. La ordenanza y su sanción forman un solo acto.

"La doctrina anterior ha sido tradicional del Consejo y la Sala no encuentra fundamento para rectificarla. Si no hay ordenanza sin sanción y ésta no pueda existir sin aquélla, pues, son dos actos inseparables que forman un solo acto administrativo que se llama ordenanza departamental, es ésta en su integridad jurídica la que debe ser demandada o acusada cuando su sanción es ilegal y no simplemente esta última, como si fuera un acto que pudiera existir independientemente. Porque bien sea el articulado de la ordenanza el ilegal o bien lo sea su sanción, lo que se anula es el acto completo en ambos casos, aunque en el primero la sanción no adolezca de ilegalidad y no la tenga el articulado de la ordenanza, en el segundo, pues no debe olvidarse que la acción de nulidad contra los actos administrativos procede tanto por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad como por haber sido expedidos en forma irregular (Art. 66 del C.C.A.).

"En consecuencia, en el caso de autos debe declararse probada la excepción de inepta demanda por haberse acusado la sanción y no la ordenanza, y por tanto la Sala habrá de reformar la sentencia de primera instancia porque emitió declarar la excepción aunque reconoció implícitamente en su parte motiva." (Anales del Consejo de Estado, Tomo LXVIII, Números 405 y 406, Páginas 254 a 256). La Sala acoge las tesis sostenidas en la sentencia parcialmente transcrita y como en el presente caso se demandó sólo la ordenanza y no el acto del Gobernador mediante el cual fue sancionada, hubo ineptitud en la demanda".

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

FALLA:

Revócase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, el 24 de julio de 1981, y en su lugar declárese inhibido para un pronunciamiento de fondo, por ineptitud de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 3 de diciembre de 1982.

Alvaro Orejuela Gómez, Aydée Anzola Linares, Ignacio Reyes Posada, Joaquín Vanín Tello

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

AREAS METROPOLITANAS. ART. 198 C.N. OPINION DE LOS CONCEJOS DE LOS MUNICIPIOS INTERESADOS. Interpretación. Son a términos de la C.N., formas de organización administrativa fruto de un crecimiento exagerado de las ciudades de un tipo que pudiera llamarse supramunicipal, en las que no solamente entra en juego un elemento de colaboración sino uno de integración, que da origen de otro lado, a autoridades y organismos especiales que van a operar sobre el conjunto, autoridades y organismos que son diferentes a las que en particular gobiernan cada uno de los municipios, comprendidos en el área individualmente considerados CREACION corresponde a la ley y a las Asambleas Departamentales, a iniciativa del Gobernador, reglamentar su funcionamiento con la concurrencia de los municipios interesados cuyos Concejos deben ser necesariamente oídos. (Art. 198 C.N. Decreto 3104/79).

Declárase nula la Ordenanza No. 34 expedida por la Asamblea Departamental de Antioquia el 27 de noviembre de 1980 "Por medio de la cual se dispone el funcionamiento del Area Metropolitana del Valle de Aburrá", pero únicamente en cuanto por medio de ella se vinculó a dicha Area Metropolitana a los Municipios de Envigado, Caldas y Sabaneta.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Bogotá, D.E., veintiocho de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Samuel Buitrago Hurtado**

Actor: **Alvaro Vanegas Montoya y otros.**

Referencia: Expediente No. 3.938 Asuntos Departamentales

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 12 de febrero de 1982, me-

diante la cual fueron negadas las súplicas de la demanda que en acción pública habían formulado los señores Alvaro Vanegas Montoya y Fabio A. Rodríguez S. tendientes a obtener la nulidad de la Ordenanza No. 34 de 27 de noviembre de 1980, expedida por la Asamblea Departamental de Antioquia.

Se dice en los hechos de la demanda que con la ordenanza impugnada la Asamblea Departamental de Antioquia traspasó los límites que la Constitución Nacional y las leyes le señalan como funciones propias a esas corporaciones y se violó la autonomía municipal restringiéndole derechos y facultades que tales entidades tienen por disposición de la misma Constitución, fuera de pretermitir los procedimientos establecidos por el máximo estatuto para disponer el funcionamiento de las áreas metropolitanas.

En la demanda se indicaron las disposiciones consideradas como violadas y se enunció el concepto de la violación.

CONSIDERACIONES:

La Asamblea Departamental de Antioquia expidió el 27 de noviembre de 1980 la Ordenanza acusada No. 34, "Por medio de la cual se dispone el funcionamiento del Area Metropolitana del Valle de Aburrá". En el artículo primero dijo que estaría compuesta por los Municipios de Medellín, Caldas, La Estrella, Sabaneta, Envigado, Itagüí, Bello, Copacabana, Girardota y Barbosa, cuyo núcleo principal es Medellín.

En el artículo tercero de la Ordenanza en mención se expresó que el Area Metropolitana se regiría por las normas del Decreto Legislativo 3104 de 1979 y en el tercero se creó la Junta Metropolitana integrada por: a). El Alcalde Metropolitano, quien la presidirá; b). Un representante del Concejo de Medellín, elegido por mayoría de votos; c). Dos representantes de dos Concejos correspondientes a dos Municipios diferentes a Medellín, elegidos por los nueve presidentes de los Concejos de los demás Municipios que integran el Area; d). Un Alcalde de un Municipio diferente al de Medellín, designado por el Gobernador; y e). Dos representantes del Gobernador. Se dice en el artículo 4o. que como Alcalde Metropolitano actuará el Alcalde de Medellín, quien será jefe de la Administración y su representante legal.

Para negar las peticiones de la demanda, encaminadas a obtener la nulidad del acto cuya síntesis se ha hecho en el párrafo anterior, el Tribunal de Antioquia empieza por afirmar que los reparos que se le hacen al mismo son de naturaleza primeramente formal y luego de orden sustancial: lo primero porque el artículo 198 de la Carta manda solamente que sea oída previamente la opinión de los Concejos de los Municipios interesados, pero en parte alguna manda que esa opinión sea favorable para que los Distritos formen o no parte del Area Metropolitana, sino previa. Así mismo agrega que la presunta causal de nulidad alegada en el sentido de que la Asamblea no oyó la opinión de ningún Municipio, sino que fue el Gobernador quien pidió esos conceptos, carece de todo sustento constitucional o legal, existiendo por el contrario preceptos vigentes que expresan todo lo contrario, verbigracia el artículo 17 del Decreto 3104 de 1979, según el cual, corresponde a la Asamblea Departamental respectiva, a iniciativa del Gobernador, y oída previamente la opinión de los Concejos de los municipios que integrarían el área, disponer el funciona-

miento de las áreas metropolitanas." El Gobernador del Departamento presentará a consideración de la Asamblea conjuntamente con el proyecto de ordenanza, las certificaciones a que se refiere el artículo segundo del presente decreto". Esta norma dice el Tribunal, deja entender que la iniciativa para integrar un área metropolitana, para lo cual se debe oír previamente la opinión de los municipios interesados, incumbe exclusivamente al Gobernador quien a la vez, debe presentar el respectivo proyecto de ordenanza a fin de que la Asamblea disponga si se pone en funcionamiento o no ésta, procedimiento que fue llevado a cabo en el caso a estudio. Dice así mismo, que el artículo 10o. del Decreto 1390 de 1976, dispone que "El Gobernador, antes de tomar la iniciativa del proyecto de ordenanza, oirá previamente los conceptos de los Concejos Municipales de los municipios afectados" Y en cuanto a la objeción de orden sustancial que se le hace a la ordenanza dice que para rechazarla basta mirar el artículo segundo de la misma según el cual el área se regirá por las normas del Decreto Legislativo 3104 de 1979 y éste en su artículo 5o. contempla el número de miembros de la Junta y su forma de integración, norma que fue acatada por la Asamblea en su artículo 1o.

Conforme el artículo 198 de la Constitución Nacional, "La ley podrá establecer diversas categorías de Municipios de acuerdo con su población, recursos fiscales e importancia económica, y señalar distinto régimen para su administración.

"Para la mejor administración o prestación de servicios públicos de dos o más Municipios de un mismo Departamento, cuyas relaciones dan al conjunto las características de un área metropolitana, la ley podrá organizarlos como tales, bajo autoridades y régimen especiales, con su propia personería, garantizando una adecuada participación de las autoridades municipales en dicha organización. Corresponde a las Asambleas, a iniciativa del Gobernador y oída previamente la opinión de los Concejos de los Municipios interesados, disponer el funcionamiento de las entidades así autorizadas."

La exposición de motivos a la norma en cita expresa: "Dentro de los propósitos de modernización de la administración local el artículo 11 contempla una serie de fenómenos que han venido apareciendo y que es indispensable definir jurídicamente: ellos son los de las áreas metropolitanas y la asociación de Municipios.

"El primer fenómeno es característico del crecimiento urbano y propio de los "países de ciudades" como es Colombia. La atracción de servicios, comodidades y empleos que ejercen los grandes centros urbanos han venido aumentando considerablemente su población, sus límites físicos y sus necesidades. Desbordados los antiguos marcos urbanos se han creado relaciones cada vez más estrechas de dependencia entre las grandes ciudades y los Municipios vecinos. Tal como ocurre con Bogotá (que ha obtenido una organización de Distrito Especial con las poblaciones más cercanas) Medellín, Cali y Bucaramanga, por ejemplo. Por cuanto esas relaciones de dependencia exigen modalidades distintas en la organización administrativa o de cooperación en la prestación de los servicios públicos, el artículo 11 dispone que, para tal efecto, cuando dos o más Municipios tengan entre si relaciones que den al conjunto las características de un área metropolitana, la ley puede organizarla como tal, creando autoridades especiales, señalando sus competencias y disponiendo la

forma de participación de las autoridades municipales en la administración de la misma. O sea que ese esfuerzo de integración municipalista, esencial para la mejor administración o prestación de servicios, y que corresponda a la nueva realidad del país, se cumple sin menoscabo de la autonomía municipal." (Historia de la Reforma Constitucional de 1968, Presidencia de la República, Secretaría Jurídica, Imprenta Nacional, 1969, págs. 335 y 336).

Por manera que las razones que llevaron al Gobierno a proponer la creación de las áreas metropolitanas fueron muy claras.

Por medio del Decreto Ley 3104 de 1979 el Gobierno Nacional expidió las normas para la organización y funcionamiento de las áreas metropolitanas, plasmando allí las disposiciones declaradas exequibles por la H. Corte Suprema de Justicia de las disposiciones de la Ley 61 de 1978. De ellas merece destacarse el Art. 17 según el cual, "Corresponde a la Asamblea Departamental respectiva, a iniciativa del Gobernador, y oída previamente la opinión de los Concejos de los municipios que integrarían el área, disponer el funcionamiento de las áreas metropolitanas autorizadas en el artículo anterior. El Gobernador del Departamento presentará a la consideración de la Asamblea, conjuntamente con el proyecto de Ordenanza, las certificaciones a que se refiere el artículo segundo del presente decreto".

Por manera que conforme el artículo 198 de la Constitución y sus desarrollos en el Decreto-ley 3104 de 1979, corresponde a la ley la creación de las áreas metropolitanas y a las Asambleas Departamentales, a iniciativa del Gobernador, reglamentar su funcionamiento con la concurrencia de los Municipios *interesados* (se subraya), cuyos Concejos deben ser necesariamete oídos al respecto.

Las áreas metropolitanas son a términos de la Constitución, formas de organización administrativa fruto de un crecimiento exagerado de las ciudades de un tipo que pudiera llamarse supramunicipal, en las que no solamente entran en juego un elemento de colaboración sino uno de integración, que da origen de otro lado, a autoridades y organismos específicos que van a operar sobre el conjunto, autoridades y organismos que son diferentes a los que en particular gobiernan cada uno de los municipios comprometidos en el área individualmente considerados. Y es que en verdad, no empece a que los entes municipales en su individualidad no pierdan su propia fisonomía, es evidente que al entrar a formar parte del área metropolitana surgen otros mecanismos administrativos con amplia jurisdicción sobre ellos, que reflejan, que llevan la personería jurídica de toda el área, mecanismos en los que naturalmente están comprometidas las autoridades propias de cada municipio en la forma que la ley determine.

Y es evidente que a través de las áreas metropolitanas se viene a superar el individualismo característico del municipio tradicional entre nosotros, que por razones geográficas, políticas o sociológicas están bajo el influjo de un conglomerado, de un municipio de crecimiento exagerado, expansivo sobre municipios circunvecinos con los que resultan formando una unidad natural pero del cual realmente los separa razones de orden legal, producto de la misma autonomía que tradicionalmente ha existido en el municipio Colombiano.

Ahora bien, el artículo 3o. del Decreto 3104 de 1979 expresa que "Los Acuerdos y Decretos Metropolitanos serán obligatorios para las autoridades municipales del Area y no podrán, en consecuencia, ser desconocidos mediante actos administrativos de los Concejos y Alcaldes de los Municipios que la conforman". Esta previsión legal que muestra cierto rigor conceptual es de entender cuando se haya llegado al área metropolitana por las causas normales indicados por el artículo 198 de la Constitución, en particular cuando ha mediado el concepto favorable de los municipios integrantes de la misma, que no otra cosa quiere significar la frase "opinión de los Concejos de los Municipios *interesados*" (se subraya), allí consignada.

En el caso de autos claramente está establecio que algunos Municipios de los que posteriormente fueron vinculados al área metropolitana, manifestaron no tener interés en pertenecer a ella. Así ocurrió con los Municipios de Envigado (fls. 6 a 10). Caldas (fl. 48) y Sabaneta (fl. 81 y s.s.) De tal manera que la Ordenanza acusada que dispuso el funcionamiento del Area Metropolitana del Valle de Aburrá compuesta por los municipios de Medellín, Caldas, La Estrella, Sabaneta, Envigado, Itagüí, Bello, Copacabana, Girardota y Barbosa, cuyo núcleo principal es Medellín, se resiente de inconstitucionalidad por el motivo anotado, al menos en cuanto a la vinculación a ella de los Municipios de Envigado, Caldas y Sabaneta que no dieron su concepto favorable para el efecto, al no mostrar su interés en formar parte del Area Metropolitana prospectada.

Y la Sala no obstante no compartir el criterio del señor Fiscal en el sentido de la nulidad integral de la Ordenanza acusada, participa de las razones que expone en su concepto en torno al problema debatido, destacando en particular los siguientes pasajes del mismo:

"Es que "*interesado*" de conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Castellana: "que tiene interés en una cosa e interés de acuerdo con el mismo compendio, "provecho, utilidad, beneficio, conveniencia", que precisamente no fue lo expuesto por los Concejos municipales de Caldas, Sabaneta, y Envigado, quienes no fueron partidarios de pertenecer al área metropolitana en proyecto y cuyo concepto fue solicitado por el señor Gobernador del Departamento de Antioquia, de conformidad con lo consagrado en el artículo 198 de la Carta, "oída previamente la opinión de los Concejos de los Municipios interesados", que según la acepción dada por el diccionario antes aludido, para ser interesado debe mediar un interés, y como consecuencia de la ausencia de dicho interés según las opiniones dadas por los Municipios mencionados por medio de sus respectivos Concejos Municipales, no puede tenerse a dichos municipios como interesados en pertenecer al área metropolitana a que se refiere la Ordenanza No. 34 expedida por la Asamblea Departamental de Antioquia el 27 de noviembre de 1980 y acusada en el presente proceso, por infracción del artículo 198 de la Constitución Nacional y al artículo 17 del Decreto-ley 3104 de 1979, que este despacho considera violados por el acto impugnado".

Por manera que la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia será revocada para en su lugar declarar la nulidad de la Ordenanza acusada en cuanto vinculó al Area Metropolitana del Valle de Aburrá, a los Municipios de Envigado, Caldas y Sabaneta.

Y en tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo en parte con el concepto del señor Fiscal Primero de 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 Tribunal Administrativo de Antioquia el 12 de febrero de 1982, y en su lugar:

Declárase nula la Ordenanza No. 34 expedida por la Asamblea Departamental de Antioquia el 27 de noviembre de 1980, "Por medio de la cual se dispone el funcionamiento del Area Metropolitana del Valle de Aburrá", pero únicamente en cuanto por medio de ella se vinculó a dicha Area Metropolitana a los Municipios de Envigado, Caldas y Sabaneta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el 18 de febrero de 1983.

Mario Enrique Pérez Velasco, Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Roberto Suárez Franco (Con aclaración).

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

AREAS METROPOLITANAS. Art. 198 C.N. POR "INTERESADO". Debe entenderse solo a los municipios que resultan comprometidos en el área metropolitana, como integrantes del mismo dadas sus relaciones de conjunto y características para mejor prestación de servicios públicos y presentados por el Gobernador como tales a la Asamblea y por "OPINION" de los Concejos que cuando éste sea negativo no tiene fuerza suficiente para impedir a las Asambleas, la creación del área metropolitana.

ACLARACION DE VOTO DEL DR. ROBERTO SUAREZ FRANCO

Bogotá, D.E., marzo cuatro de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Samuel Buitrago H.**

Expediente: No. 3.938

Comparto el sentir mayoritario de la Sala en cuanto confirma la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia sobre la integración del Area Metropolitana del Valle de Aburrá; me aparto respetuosamente en cuanto se excluye a los Municipios de Envigado, Caldas y Sabaneta del área, por las siguientes razones:

El inciso segundo del Art. 198 de la Constitución Nacional, es del siguiente tenor:

"Para la mejor administración o prestación de servicios públicos de dos o más Municipios de un mismo Departamento, cuyas relaciones den al conjunto las características de un área metropolitana, la ley podrá organizarlos como tales, bajo autoridades y régimen especiales, con su propia personería, garantizando una adecuada participación de las autoridades municipales en dicha organización. Corresponde a las Asambleas, a iniciativa del Gobernador y oída previamente la opinión de los Concejos de los Municipios interesados disponer el funcionamiento de las entidades así autorizadas."

El área metropolitana ha sido concedida por el Constituyente como un nuevo ente, de tipo administrativo, que tiene como finalidad prestar de manera eficiente determinados servicios públicos. La disposición Art. 198 C.N. contempla una especie de organización de dos o más municipios, en el caso subjudice diez, para sustraerlos del régimen administrativo común, contemplado en otras leyes, pero sin que desaparezca su organización política prevista en la misma Constitución y leyes que la contemplan.

Ello necesariamente implica ciertas limitaciones para los municipios que entren a formar parte de tales áreas metropolitanas, las que obviamente sólo podrán referirse a algunos aspectos de su vida administrativa pero solo en lo que se relaciona a la prestación de servicios públicos comunes.

Al tenor del texto de la misma norma, corresponde al gobernador del Departamento resolver, inicialmente, cuáles municipios forman el área en cuanto tengan relaciones de conjunto y características que permitan su conformación.

Obviamente que ello será motivo de los estudios previos, por parte de la oficina competente y demás organismos del Estado, en el que se recomendarán la extensión y componentes del área, lo cual a su vez será presentado por el Gobernador del Departamento para el estudio de la respectiva asamblea departamental.

De esta concepción previa o iniciativa del Gobernador surge el concepto, previsto en la Constitución Nacional, de Municipios interesados.

Para el suscrito municipio interesado no es todo el que tenga deseo de forma parte del área metropolitana sino el que ha sido incluido en ella a iniciativa del Gobernador.

De consiguiente, en este sentido el simple interés de ingresar a un área metropolitana no es motivo suficiente para que se acepte como parte del proyecto a un municipio, pues ello debe obedecer a ciertas relaciones que den al conjunto las características" de un ente de tal naturaleza.

Ahora bien, la Constitución exige además que la Asamblea debe oír previamente *la opinión* de los Concejos de los Municipios interesados, lo cual en ningún caso quiere decir que tal opinión obligue vale decir que en caso de abstención o de opinión negativa tal como lo ocurrido en el caso de autos con los municipios de Envigado, Caldas y Sabaneta, ello no implica un derecho para éstos consistente en negarse a formar parte del área.

La naturaleza misma de la disposición constitucional que obedece a la prestación efectiva de servicios públicos, cuyo costo en la mayor parte de las veces trasciende al de las cifras imaginables, no puede estar sujeta, como en el caso de autos, a la aceptación de un determinado Cabildo para que se incluya dentro del sistema integral de la prestación eficiente de tal servicio, cuando un organismo superior como es la Asamblea departamental lo considere de otra manera y esto se pone aún más de relieve en el caso del Valle de Aburrá, tal vez uno sino al más importante del País en el que se requiere con mayor énfasis una integración administrativa que permita una común prestación de servicios.

Realmente, la opinión de los municipios que de todas maneras debe oírse, según el texto constitucional no obliga a la Asamblea, aunque servirá de elemento valioso para tomar una determinación sobre la creación del área.

La palabra opinión de por sí excluye obligatoriedad, se trata de un requisito que debe cumplirse por mandato constitucional, pero que no liga a la Asamblea para proceder en contrario.

En síntesis en dos cosas se aparta respetuosamente el suscrito del fallo de que me vengo ocupado en que por interesado debe entenderse solo a los municipios que resultan comprometidos en el área metropolitana, como integrantes del mismo dadas sus relaciones de conjunto y características para mejor prestación de servicios públicos y presentados por el Gobernador como tales a la Asamblea y en que la opinión de los Concejos que le exigen la Constitución cuando sea negativa no tiene fuerza suficiente para impedir a la Asamblea la creación del área metropolitana.

Ello conduce en últimas o concluir que para el caso de autos el Tribunal acertó al aceptar la integración del Area Metropolitana del Valle de Aburrá los 10 municipios inicialmente escogidos.

No comparte la exclusión de los tres municipios varias veces citados por las razones expuestas.

Respetuosamente,

Roberto Suárez Franco.

REVOCACION DIRECTA. (Artículo 24 del Decreto 2733 de 1959). El acto administrativo que concede un derecho no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

ACTO ACUSADO. PRUEBA DE ESTATUTOS DEPARTAMENTALES O MUNICIPALES. Es necesario acreditar la existencia de ellos en el expediente. Cuando el juzgador de primera instancia con conomiento pleno de lo que disponen las ordenanzas departamentales, las aplican al caso controvertido y las transcriben en el texto de su decisión, el fallador de segunda instancia puede dar por probada

la existencia de esos actos y proceder de conformidad con las transcripciones hechas. (VER ANALES DE 1962, TOMO LXIV PAG. 173).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Bogotá, D.E., primero de junio de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Samuel Buitrago Hurtado**

Actor: **Luis Guillermo Cardona y otros**

Referencia: Expediente No. 4.070 Asuntos Departamentales

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 16 de julio de 1982, en la cual accedió a la petición de la demanda que en ejercicio de la acción pública formuló el señor Luis Guillermo Cardona Ortiz, tendiente a obtener la nulidad de la Ordenanza No. 027 proferida por la Asamblea Departamental de Risaralda el 27 de noviembre de 1981, mediante la cual se adicionó la No. 024 del 30 de noviembre de 1979.

Se dijo en los hechos de la demanda, que la Asamblea de Risaralda expidió con fecha 13 de diciembre de 1979 la Ordenanza No. 024 "Por lo cual se hace una cesión, se dan unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones", ordenanza expedida a iniciativa del ejecutivo y sancionada por éste en la fecha indicada. Que posteriormente la misma entidad, a iniciativa de algunos Diputados, expidió el 28 de diciembre de 1981 la Ordenanza acusada que en su artículo 2o. adicionó a la Ordenanza No. 024 antes citada, disponiendo que en el inmueble materia de ella continuará funcionando en las mismas condiciones vigentes a 30 de noviembre de 1979 el Colegio Benjamín Herrera de la "Fundación Benjamín Herrera", proyecto que según el actor no tuvo exposición de motivos, pues no fue suscrito por los ponentes y fue firmado por sólo uno de los miembros de la respectiva comisión de educación de la Asamblea, sin que exprese claramente qué normas de la Ordenanza 024 reforma o deroga como es de imperativo legal.

En el libelo de demanda se indicaron las disposiciones violadas y se expresó el concepto de su transgresión por el acto acusado.

El Tribunal declaró la nulidad de la ordenanza acusada por considerar que había quedado demostrado plenamente que acusaba las siguiente violaciones a la Constitución, a la ley y al reglamento.

a) El numeral 7o. del artículo 187 de la Constitución Nacional, porque fue expedida por la Asamblea Departamental de Risaralda a iniciativa de algunos Diputados y no del señor Gobernador.

b) El artículo 24 del Decreto 2733 de 1959, por cuanto dicha norma prohíbe derogar un acto administrativo que haya creado una situación jurídica individual o reconocido un derecho de igual categoría, sin el consentimiento escrito y expreso del titular del derecho, y la Ordenanza había cedido en favor

de la Universidad Libre los derechos de dominio y posesión que el Departamento de Risaralda tenía sobre el inmueble ocupado por ella.

c) Ela rtículo 29 del Reglamento de la Asamblea que ordena presentar por escrito y firmados por la mayoría de sus miembros los informes de las comisiones, y el informe de la Comisión de Educación acompañado al proyecto de ordenanza, sólo fue firmado por uno de los diputados. Además, dice el Tribunal, la exposición de motivos carece de firmas responsables, lo que la hace inexistente, con violación del Parágrafo del artículo 58 del mismo reglamento que prohíbe dar curso a los proyectos cuando carecen de la correspondiente exposición de motivos.

El señor Fiscal Primero de la Corporación en su concepto de fondo dice no compartir las argumentaciones expuestas por el Tribunal, pues considera que tratándose de una acción de plena jurisdicción, ha debido ser incoada como tal y no como de simple nulidad, razón por la cual debe proferirse fallo inhibitorio y que, de otra parte, considera que la Asamblea sí tenía competencia para introducir modificaciones o adiciones sustanciales al proyecto presentado por la Administración (Gobernador) que luego se convirtió en la Ordenanza 024, de acuerdo con las facultades otorgadas a las Asambleas por el Parágrafo del artículo 187 de la Carta, motivo por el cual debe revocarse la sentencia recurrida y en su lugar negar las pretensiones de la demanda.

El primer argumento del señor Fiscal no lo comparte la Sala, pues aceptándose que la acción propuesta lo es contra un acto administrativo de contenido particular y concreto, así lo fuera por la vía de la simple nulidad, de acuerdo con la teoría de los motivos determinantes de la acción acogida y reiterada por el Consejo de Estado desde hace ya varios lustros, es de anotar que en el caso presente la acción de nulidad fue propuesta dentro del término de los cuatro meses de que habla el artículo 83 del C.C.A. contados a partir de la sanción de la Ordenanza acusada (diciembre 28 de 1981). La demanda fue presentada el 26 de abril de 1982.

Y comparte la Sala el criterio del Colaborador Fiscal en cuanto al fondo del asunto.

En efecto, por medio de la Ordenanza No. 024 de noviembre 30 de 1979, la Asamblea Departamental de Risaralda cedió a la Universidad Libre de Pereira, los derechos de dominio y posesión que tenía el Departamento sobre un inmueble de su propiedad, comprometiéndose la Universidad a otorgar un cupo de 32 becas anuales durante tres años consecutivos para estudiantes de comprobada insolvencia económica, que se distribuirían en la forma indicada en la misma ordenanza. Así mismo se autorizó al señor Gobernador para otorgar la correspondiente escritura de cesión a favor de la Universidad. Dicha ordenanza fue presentada por el señor Gobernador de Risaralda.

Y por medio de la ordenanza acusada, esto es, la No. 027 de noviembre 27 de 1981, se adicionó la ordenanza No. 024 de 1979 con el siguiente artículo:

"Artículo 2o. En el inmueble materia de esta ordenanza continuará funcionando en las mismas condiciones vigentes a 30 de noviembre de 1979, el Colegio Benjamín Herrera de la Fundación Benjamín Herrera.

"Parágrafo. En las escrituras de cesión correspondientes, el Gobernador consignará las cláusulas necesarias para garantizar el cumplimiento de este artículo".

La ordenanza anterior fue propuesta a la consideración de la Asamblea por algunos Diputados de la misma.

El artículo 187 de la Constitución Nacional dice que corresponde a las Asambleas, por medio de ordenanzas:

"... 7o. Expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos del Departamento, con base en el proyecto presentado por el Gobernador y de acuerdo con las correspondientes normas legales. En todo caso, las ordenanzas que decreten inversiones y participaciones de fondos departamentales; las que decreten cesión de bienes y rentas del Departamento, y las que creen servicios a cargo del mismo o las traspasen a él, sólo podrán ser dictadas o reformadas a iniciativa del Gobernador.

Y el Parágrafo del mismo artículo expresa:

"En los casos de los ordinales 5o., 6o. y 7o., las Asambleas conservan el derecho de introducir en los proyectos y respecto a las materias específicas sobre que versan, las modificaciones que acuerden (artículo 57 del Acto Legislativo número 1 de 1968)".

Confrontando el acto acusado con la norma constitucional transcrita, indicada como violada por el actor y que sirvió de fundamento al Tribunal para declarar su nulidad, encuentra la Sala que su violación no se evidencia pues, en primer lugar, mediante la Ordenanza impugnada no se está haciendo cesión alguna de inmuebles del Departamento por parte de la Asamblea de Risaralda. Simplemente está adicionando la ordenanza número 024 de 1979 que fue la que cedió a la Universidad Libre Seccional de Pereira, los derechos de dominio y posesión que tenía el Departamento sobre el inmueble que en ella se relaciona, en el sentido de que en el inmueble en mención, "continuará funcionando en las mismas condiciones vigentes el 30 de noviembre de 1979, el Colegio Benjamín Herrera de la Fundación Benjamín Herrera". Luego, mal puede afirmarse la violación del artículo 187, ordinal 7o. de la Constitución en los extremos indicados.

En segundo lugar, y en cuanto hace a la presunta violación del artículo 24 del Decreto 2733 de 1959, ciertamente que examinada con todo detenimiento la Ordenanza No. 027 de 1981, resulta claro que por medio de ella no se está alterando en forma alguna ninguna situación jurídica particular y concreta creada en favor de la Universidad Libre, Seccional de Pereira. Al decir que en el inmueble materia de la ordenanza continuará funcionando en las "mismas condiciones vigentes a 30 de noviembre de 1979, el Colegio Benjamín Herrera de la Fundación Benjamín Herrera", no está haciendo otra cosa que reiterar una situación que según los mismos términos de la ordenanza se había creado desde el 30 de noviembre de 1979, cuando se expidió precisamente la ordenanza No. 024 por la cual se hizo la cesión del inmueble a la Universidad Libre, sin que, por lo mismo, ello entrañe modificación ninguna a la situación que creó para la Universidad Libre de Ordenanza No. 024 de 1979.

El artículo 24 del Decreto 2733 de 1959 dispuso que, "cuando el acto administrativo haya creado una situación jurídica individual, o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular". Es pues apenas natural que actos de esta índole no puedan revocarse sino de acuerdo con el titular del derecho, ya que de otra manera esos derechos quedarían al sólo arbitrio de la Administración, lo que ciertamente es contrario a nuestra legislación positiva. Pero en el caso de autos, como atrás se analizó no hubo revocación de oficio de acto alguno.

El tercer lugar y en lo referente a las violaciones del Reglamento interno de la Asamblea de Risaralda, el Consejo siempre ha dicho que cuando se invocan estatutos departamentales o municipales es necesario acreditar la existencia de ellos en el expediente. Pero también ha expresado que cuando el juzgador de primera instancia con conocimiento pleno de lo que disponen las ordenanzas departamentales, los aplican al caso controvertido y los transcriben en el texto de su decisión, el fallador de segunda puede dar por probada la existencia de esos actos y proceder de conformidad con las transcripciones hechas. Sin emmargo, en el caso de autos, el Tribunal hace referencia a las violaciones de los artículos 29 y 58 del Reglamento de la Asamblea de Risaralda, pero no transcribe esas disposiciones, lo que impide a la Sala hacer el cotejo de los mismos con la ordenanza impugnada.

Las razones anteriores son suficientes para que el Consejo revoque la sentencia apelada y en su lugar, niegue las peticiones de la demanda.

Y en razón de las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del Señor Fiscal Primero de la Corporación y de acuerdo en parte con él y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Revócase la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 16 de julio de 1982, y en su lugar, niéguese las peticiones de la demanda.

Cópiese, Notifíquese y Devuélvase al Tribunal de origen.

El fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 27 de mayor de 1983.

Mario Enrique Pérez Velasco, Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

CAPITULO III

ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN DEPARTAMENTAL

MINISTERIO PUBLICO. REPRESENTANTES. INTERVENCION.

1. Si encuentran que la Administración al hacer sus manifestaciones de voluntad, mediante actos administrativos, infringe la Constición o la ley, la misma Carta en su artículo 143, los autoriza perentoriamente para propender por el estricto cumplimiento de tales ordenamientos legales.

2. Intervención del Ministerio Público (Art. 19 C.C.A.).

COMPETENCIA SUBJETIVA

Actos del Orden departamental

SERVICIOS SECCIONALES DE SALUD

Constituyen dependencias de la Administración Departamental, por la cual los actos proferidos por los funcionarios encargados de administrarlos, llevan implícito igual naturaleza.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.E., veinte de enero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Alvaro Orejuela Gómez**

Demandante: **Carlos Piñeres Fuentes**

Referencia: Juicio No. 5.493 Autoridades Departamentales

Mediante demanda instaurada ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó, en acción de plena jurisdicción, el señor Carlos Piñeres Fuentes, por conducto de apoderado, solicitó que en sentencia, se hicieran las siguientes declaraciones:

Es nula la Resolución número 0545 del 9 de junio de 1980, en cuanto por ella se le aceptó la renuncia del cargo como Director del Hospital San Francisco de Asís de Quibdó, que venía desempeñando el doctor Carlos Piñeres Fuentes.

"Es nulo el Oficio 403, del 11 de septiembre de 1980, en cuanto con él se quiere expresar que mi mandante, se le declara insubsistente del cargo de Director de la Unidad Regional San Francisco de Asís de Quibdó.

"Como consecuencia de las declaraciones anteriores, el Servicio Seccional de Salud del Chocó, restablecerá a mi mandante en el cargo de Director de la Unidad Regional San Francisco de Asís de Quibdó, o en otro cargo de igual o

superior categoría y con las mismas prerrogativas del que venía desempeñando el día en que fue separado del servicio público.

Que el Servicio Seccional del Chocó, reconocerá y pagará los sueldos dejados de devengar así como las prestaciones sociales correspondientes, primas y demás bonificaciones, dejados de percibir desde el día en que fue ilegalmente retirado del cargo, hasta aquél en que sea reintegrado, sin perjuicio de las indemnizaciones y prestaciones legales a que hubiere lugar, para cuyos efectos se entenderá que no ha habido solución de continuidad alguna.

"La Entidad obligada dará cumplimiento a esta providencia dentro del término señalado en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo.

Los hechos en que el actor fundamenta sus anteriores peticiones, se encuentran relatados en el libelo, por lo cual la Sala estima innecesario reproducirlos de nuevo, pero los tendrá en cuenta al pronunciar su decisión definitiva.

En la demanda se citan como disposiciones transgredidas, por el pronunciamiento del acto acusado, los artículos 16, 17 y 20 de la Constitución Nacional; y 27 del Decreto número 2400 de 1968. Acerca de cada una de las normas precedentes, el apoderado del actor hace un breve estudio jurídico, con el fin de demostrar su violación y el derecho que dice asistirle en la reclamación impetrada.

La Jefatura del Servicio Seccional de Salud del Chocó, se abstuvo de designar apoderado para que representara a la Entidad durante el trámite del juicio.

Por medio del fallo datado el 16 de diciembre de 1980, el Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó, denegó las pretensiones de la demanda, siendo apelada esta decisión por el apoderado del demandante, para ante el Consejo de Estado.

Habiéndose surtido la litis dentro de las prescripciones de ley, sin que se observe causal de nulidad alguna que pudiese invalidarla, la Sala procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Esta Corporación conoce, en grado de apelación, de la sentencia del 16 de diciembre de 1980, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó, por la cual no accedió a las pretensiones formuladas en el libelo demandatorio.

En primer término, debe anotarse, que el referido Tribunal mediante el auto de 2 de febrero de 1981 (folio 38), sólo concedió la apelación al apoderado del actor, negándosele, a su vez, al respectivo Agente del Ministerio Público, que actúa en el proceso, ya que según sentir del Tribunal, este funcionario "carece de legitimación en causa para proponer tal recurso contra la misma parte demandada, que no puede ser susceptible de enfrentarse a dos apoderados o contrapartes, como son el Fiscal y el demandante, en una acción de plena jurisdicción de carácter laboral, en la cual el Fiscal no ha acreditado su interés directo en las resultas del juicio contra la citada Entidad. Apelar de una sentencia que está absolviendo a una Entidad de derecho público de carácter De-

partamental de los obligaciones por las cuales ha sido demandada, es tanto como actuar contra la misma, lo cual es un privilegio exclusivo del demandante, y no de los Agentes del Ministerio Público, a quienes el inciso primero de la norma citada (se refiere al artículo 143 de la Carta) les atribuye la obligación de defender, no sólo los intereses de la Nación, sino también "el patrimonio del Estado", en cuya noción está comprendido el patrimonio de la Entidad Departamental demandada.

El criterio, así establecido, no lo comparte el Consejo, pues el rigorismo procesal y mejor aún la legitimación en la causa, de la cual, se afirma, carece el señor Fiscal, es equivocada ya que la norma constitucional y la legal que rigen su actuación expresan, claramente, todo lo contrario.

Así, el artículo 143 de la Constitución Nacional, preceptúa que es obligación de todos los funcionarios del Ministerio Público, defender no sólo los intereses de la Nación, sino también, entre otras funciones, promover la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas.

Si el texto constitucional visto, es de ese tenor literal, concluye la Sala que no sólo corresponde a los Fiscales que actúan en los procesos contencioso-administrativos, defender los intereses nacionales, sino también, cuando a ello hubiere lugar, promover la ejecución de las leyes, y demás normas vigentes; y esto se logra guardando un verdadero equilibrio entre los intereses patrimoniales en disputa y el acatamiento al derecho positivo vigente, el cual puede ser quebrantado no sólo por las personas naturales, sino jurídicas y hasta por la misma Nación a quien corresponde, precisamente, procurar que el estado de derecho no sea una simple formulación de disposiciones, sino que éstas tengan su debida observancia y ejecución.

En obedecimiento a este mandato constitucional, los representantes del Ministerio Público, si encuentran que la Administración Pública, al hacer sus manifestaciones de voluntad, mediante actos administrativos, infringe la Constitución o la ley, la misma Carta en su artículo 143, los autoriza perentoriamente para propender por el estricto cumplimiento de tales ordenamientos legales.

Es más, el artículo 19 del Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941), dispone que el Ministerio Público intervendrá en todas las acciones contenciosas que se sigan ante el Consejo de Estado y los Tribunales Contencioso Administrativos, para lo cual todas las providencias que se profieran en los procesos, le deberán ser notificadas, en cuyo momento puede usar con respecto a ellas de los recursos legales.

La autorización para recurrir las providencias que se dicten, dentro de los procesos contencioso administrativos, tiene su plena vigencia y no está recortada o disminuida, bien sea el proceso del orden Nacional, Departamental o Municipal, cuando de la vigencia del estado de derecho se trate, por lo cual los Fiscales actúan en estos casos con plenos poderes y facultades otorgados por la Constitución y la ley, y por consiguiente, con legitimación de la causa, para proceder de esta manera, no interesando cuál puede ser el sentido de la decisión jurisdiccional.

Procede la Sala a estudiar seguidamente la nulidad solicitada por la Fiscalía Cuarta de la Corporación, la que tiene como fundamento el que el acto controvertido es del orden Departamental, por lo cual la acción es de conocimiento, en única instancia, del Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó, con arreglo en lo dispuesto en el artículo 32, ordinal 1o. literal a) del Decreto 528 de 1964, en armonía con el artículo 12 de la ley 22 de 1977, sin que la errónea apreciación del libelo inicial pueda infirmar la cuantía real y objetiva de la acción sub-judice, es aspecto que comparte la Corporación, ya que como lo tiene definido la Sala, en la providencia de fecha seis (6) de noviembre de 1981, con ponencia del Consejero doctor Reyes Posada, los Servicios Seccionales de Salud, constituyen dependencias de la Administración Departamental, por lo cual los actos proferidos por los funcionarios encargados de administrarlos, llevan implícita igual naturaleza.

Sostuvo la providencia en cita, lo siguiente:

"La Sala ha estudiado detenidamente los planteamientos de la señora Fiscal y los encuentra acordes con las normas positivas correspondientes. En efecto, los Servicios Seccionales de Salud no constituyen una persona jurídica, no han sido organizados como establecimientos públicos, con personería jurídica y patrimonio propio, sino que constituyen dependencias de la Administración Departamental de la cual forman parte. Por lo tanto, su representación la tiene exclusivamente el Gobernador del respectivo Departamento como surge del artículo 194 de la Constitución Nacional, ya citado.

"Esta Corporación ha reconocido en reiteradas oportunidades que al establecerse el servicio Nacional de Salud no se modificó en forma alguna la organización del servicio Seccional de Salud que en cada Departamento opera en el área respectiva, sino que sólo se buscó coordinar nacionalmente dichos servicios sin alterar la estructura de los mismos que continuaron siendo dependencias del respectivo Departamento.

De acuerdo con la anterior doctrina, aplicable al caso como se controvierte, los Servicios Nacionales de Salud del Departamento del Chocó, son del orden Departamental y, por consiguiente, los actos que expide dicho organismo, conservan esa jerarquía, como lo es el impugnado en este juicio. Y siendo además, que la cuantía del mismo, sólo asciende a la suma aproximada de setenta y ocho mil pesos ($78.000.oo), quiere decir, que el conocimiento del proceso corresponde, en única instancia, al Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó, por lo cual habrá de declararse la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de fecha dos (2) de febrero de mil novecientos ochenta y uno (1981); (folio 86) que concedió la apelación del fallo de instancia ante esta Superioridad.

En su vista reglamentaria, la Fiscalía Cuarta de la Corporación, expresa:

"Siguiendo los derroteros del Decreto 2061 de 1968 y efectuando las correspondientes operaciones aritméticas resulta que la cuantía de la presente acción es inferior a $150.000.oo.

"Como el acto controvertido es del orden Departamental, la presente acción es de conocimiento, *en única instancia*, del Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 32, ordinal 1o., li-

teral a) del Decreto 528 de 1964, en armonía con la Ley 22 de 1977, sin que la errónea apreciación del libelo inicial pueda infirmar la cuantía *real* y objetiva de la acción sub-judice, pues como lo ha sostenido el Consejo de Estado (Sección Segunda) la parte demandante no está en plena libertad de estimar la cuantía de la acción porque es la ley la que indica la cuantía real de ella, en condiciones que hagan fácil definir si el juicio es de única o de primera instancia (sentencia 20 de septiembre de 1979. Actora Blanca Cecilia Botero Guzmán, expediente 0787, Tomo 91 y auto del 24 de noviembre de 1981, Actor Miguel Angel Cantor Rojas, tomo 126, folio 295, expediente 5568).

"Es imperativo, por tanto, decretar la nulidad de todo lo actuado a partir de la providencia que concedió el recurso de apelación.

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

RESUELVE:

Declárase la nulidad de todo lo actuado en el presente juicio, a partir del auto proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó, con fecha dos (2) de febrero de mil novecientos ochenta y uno (1981), que concedió el recurso de apelación para ante el Consejo de Estado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el tres (3) de diciembre de mil novecientos ochenta y dos (1982).

Alvaro Orejuela Gómez, Aydée Anzola Linares, Ignacio Reyes Posada, Joaquín Vanín Tello.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

SERVICIOS SECCIONALES DE SALUD. Hacen parte de la estructura administrativa de las diferentes entidades territoriales en que se divide el Estado y por tanto, carecen de capacidad para ser partes pasivas o activas en los procesos contencioso-administrativos.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.E., veintinueve de enero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Joaquín Vanín Tello**

Actor: **Caridad Pérez Morelo**

Referencia: Expediente No. 6.747 Autoridades Departamentales

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la señorita Caridad Pérez Morelo contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del

Chocó, el 7 de diciembre de 1981, en el cual no se accedió a las súplicas de la demanda que presentó por conducto de apoderado "en ejercicio de la acción de plena jurisdicción de carácter laboral por los trámites de que habla el Art. 58 (sic) del C.C.A.", "para que con citación y audiencia de los doctores Américo Abadía Figueroa, Director General de los Hospitales del Chocó o quien haga sus veces, y Rafael Palomino Schulle, Director del Hospital Lascario Barbosa Avendaño de Acandí o quien haga sus veces, haga en sentencia definitiva igual o semejantes declaraciones:

"1o. Es nula la Resolución No. 200 del 11 de diciembre de 1979, por la cual fue destituida Caridad Pérez Morelo del cargo de Ayudante de Enfermería del Hospital Lascario Barbosa Avendaño de Acandí.

"2o. Como consecuencia de la declaración anterior, el servicio de Salud Pública del Chocó (Hospital Lascario Barbosa Avendaño) reconocerá y pagará a la demandante a título de indemnización los sueldos dejados de devengar, así como las prestaciones sociales correspondientes, primas y demás bonificiaciones, desde el día en que fue ilegalmente destituida del cargo, hasta cuando sea cancelada la obligación, sin perjuicio de las otras indemnizaciones legales y extralegales a que hubiere lugar, para cuyos efectos se entenderá que no ha habido solución de continuidad alguna.

"3o. La entidad obligada dará cumplimiento a esta providencia dentro del término señalado en el Art. 121 del C.C.A.".

Los hechos en que se fundamenta la demanda, las disposiciones que se consideran infringidas y el concepto de la violación aparecen consignados del folio 11 al 14 del expediente.

El Tribunal Administrativo del Chocó, en sentencia del 7 de diciembre de 1981, falló en el sentido de que "no se hacen las declaraciones solicitadas".

La decisión del Tribunal tiene dos fundamentos: 1). Que había caducado la acción; 2). Que no se agotó la vía gubernativa.

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado solicita en su concepto de fondo, que habrá de transcribirse posteriormente, que se declare la nulidad de todo lo actuado, a partir del auto admisorio de la demanda.

Habiéndose cumplido la actuación, procede la Sala a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

En su concepto de fondo dice el señor Fiscal Cuarto de esta Corporación:

"En el asunto de la referencia se discute el posible derecho de la actora a que el servicio seccional de salud del Chocó (Hospital Lascario Barbosa Avendaño) le cancele los haberes dejados de percibir desde la fecha en que fue removida "hasta cuando sea cancelada la obligación".

El Tribunal del conocimiento por medio de la sentencia recurrida despachó negativamente las peticiones de la demanda.

"Se descorre el traslado para la Vista Fiscal:

"Ha sostenido la Sección Segunda del H. Consejo de Estado en múltiples providencias, de manera acertada, que los Servicios Seccionales de Salud hacen parte de la estructura administrativa de las diferentes entidades territoriales en que se divide el Estado y que, por tanto, carecen de capacidad para ser partes pasivas o activas en los procesos contencioso-administrativo.

"Es verdad averiguada, así mismo, la de que en los juicios instaurados ante esta jurisdicción es menester que se acredite la existencia y representación de las personas jurídicas públicas que aparezcan como demandantes, salvo claro está los eventos en que la personalidad jurídica de la entidad pública dimane de la ley o de la norma de carácter nacional que la haya creado, pues en caso contrario, en el de los organismos de orden regional (distintos a departamentos, intendencias, comisarías y municipios), el Juez contencioso-administrativo no está obligado a conocer las disposiciones locales que los haya creado.

"En el negocio sub-examine las pretensiones de la demanda se dirigen contra el Servicio Seccional de Salud que no es persona jurídica, sino mera dependencia del departamento del Chocó, por lo cual carece de capacidad para ser parte pasiva en el juicio y su Director no puede "representarla".

"Si se considerare que las condenas se dirigen también contra el Hospital Lascario Barbosa y que con ello se sugiere la idea de que el mismo es una persona jurídica de D. Público, en los autos no aparece acreditada la existencia jurídica de dicho Hospital ni tampoco la de su representante legal.

"En las condiciones expuestas, se ha generado una irregularidad procesal por falta de personería en el órgano o dependencia departamental (Servicio Seccional de Salud del Chocó) y en la entidad "Hospital Lascario Barbosa Avendaño", cuya existencia y representación no se ha acreditado en los autos (Art. 113, Ord. 2o., C.C.A.), que ocasiona la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda".

La Sala acoge como fundamento de su decisión el concepto del señor Fiscal, el cual coincide con reiterada jurisprudencia suya, como la contenida en el fallo del 18 de octubre de 1982 (Expediente No. 6061. Autoridades Departamentales. Actor: Gerardo Bastidas Mora. Ponente: Dr. Joaquín Vanín Tello).

"En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, de acuerdo con el concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Declárese la nulidad de todo lo actuado en este proceso, a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 21 de enero de 1983.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

SERVICIOS SECCIONALES DE SALUD. Naturaleza. Representación por parte del Gobernador.

Los actos proferidos por los Servicios Seccionales de Salud, pueden ser actos Departamentales, Municipales, Intendenciales o Comisariales.

APELACION Y CONSULTA. PROCEDENCIA. Sólo proceden cuando los tribunales conocen en primera instancia, pero no cuando la competencia es de única instancia.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.E., cuatro de marzo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Alvaro Orejuela Gómez**

Demandante: **Gabriela Ramírez Martínez de Vélez**

Referencia: Juicio No. 6.172 Autoridades Departamentales

Al entrar a estudiar el mérito de la acción propuesta, observa la Sala que los actos impugnados son del orden Departamental por cuanto emanan del Servicio Seccional de Salud de Antioquia. Entidad ésta que no ha perdido su carácter de Departamental, como ha tenido oportunidad de definirlo la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación al analizar la Ley 5a. de 1973.

En efecto sobre el particular ha sostenido:

"... los empleados del Servicio Seccional de Salud son de la respectiva Sección, o sea, Departamento, Minicipio, Intendencia o Distrito Especial de Bogotá. Pues si no se han creado sendos establecimientos públicos en cada una de aquellas Entidades territoriales, y la ley no podía crearlos sin atropellar su autonomía constitucional, ni tampoco los respectivos contratos de integración pueden constituir un nuevo organismo, si no existen las correspondientes facultades, aunque haya habido una reorganización de los servicios departamentales, municipales, etc., existentes, la relación laboral con sus empleados no ha sufrido modificación, en cuanto se haya producido un cambio de patrono ni de la naturaleza de esa relación. (Concepto de 9 de diciembre de 1974, Exp. 941 Ponente: Doctor Luis Carlos Sáchica)".

La anterior conclusión, fue reafirmada por la misma Sala de Consulta, cuando manifestó:

"Muy brevemente se puede anotar que el Sistema Nacional de Salud busca coordinar los distintos organismos en general que en la Nación, en los De-

partamentos, Intendencias, Comisarías y Distrito Especial de Bogotá existen para procurar en sus distintos aspectos la salud de los habitantes del país.

"Pero, hay que insistir en esto porque es fundamental para esta consulta, no se crean organismos o Entidades nuevas en lo Nacional o en lo Seccional, sino que se coordinan las existentes, y esta coordinación con los servicios Seccionales y el Ministerio de Salud es de carácter técnico.

"Ahora, en cuanto a estos servicios Seccionales se procede para integrarlos a contratos. Y no podía ser de otra manera dada la autonomía reconocida por la Constitución a los Departamentos y Municipios.

"Lo anterior, aún más, permite insistir que no se crearon nuevos organismos, más propiamente Entidades, personas jurídicas que es condición indispensable para que, como tales, puedan contratar; no se crearon establecimientos públicos que sería lo que podría pensarse como más apropiado, o Entidades descentralizadas indirectas". (Concepto de 20 de enero de 1978, expediente 1245, Ponente doctor Mario Latorre Rueda).

De otra parte, esta Corporación, en reiteradas oportunidades, ha sostenido:

"Los Servicios Seccionales de Salud no constituyen una persona jurídica, no han sido organizados como establecimientos públicos, con personería jurídica y patrimonio propio, sino que constituyen dependencias de la Administración Departamental de la cual forman parte. Por lo tanto, su representación la tiene exclusivamente el Gobernador del respectivo Departamento como surge del artículo 194 de la Constitución Nacional, ya citado.

Esta Entidad ha determinado que al establecerse el Servicio Nacional de Salud no se modificó en forma alguna la organización del Servicio Seccional de Salud que en cada Departamento opera en el área respectiva, sino que sólo se buscó coordinar nacionalmente dichos Servicios sin alterar la estructura de los mismos que continuaron siendo dependencias del respectivo Departamento".

De conformidad con la jurisprudencia que se transcribe, se colige fácilmente que los actos proferidos por los Servicios Seccionales de Salud, pueden ser actos Departamentales, Municipales, Intendenciales o Comisariales.

Y como quiera que las Resoluciones cuestionadas fueron expedidas por el Jefe del Servicio Seccional de Salud de Antioquia, se puede predicar, de acuerdo con la jurisprudencia que se cita, que dicho acto ostenta la calidad de un acto de carácter Departamental sujeto a las reglas de competencia que más adelante se indican.

Efectivamente, en el asunto sub-judice, no hay duda de que la pretensión no alcanza la suma indicada en el Decreto 528 de 1964 y Ley 22 de 1977, que permita afirmar que el negocio pueda tener segunda instancia, pues si lo reclamado, según el sueldo devengado por el accionante fue de $30.899.oo (folio 205) mensuales, es obvio, que tratándose de un salario de período determinado, la cuantía no llega a la prevista para que el negocio sea susceptible de la segunda y por lo mismo consultable. De consiguiente, la competencia para co-

nocer del presente negocio radica en el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, en única instancia.

Refuerza lo anterior, la doctrina bien conocida de esta Corporación, conforme a la cual la apelación y la consulta sólo proceden cuando los Tribunales conocen en primera instancia, pero no cuando la competencia es de única instancia. Síguese de lo anterior, que el Consejo de Estado carece de competencia para pronunciarse sobre la apelación interpuesta.

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

RESUELVE:

Declárase la nulidad de todo lo actuado, a partir del auto de fecha veintinueve (29) de julio de mil novecientos ochenta y uno (1981), inclusive, que concedió el recurso de apelación para ante esta Entidad, por falta de competencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el veintiocho (28) de enero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. ACTO DE VINCULACION. CALIFICACION. El criterio acogido por la legislación Colombiana. (Art. 5o. Decreto 3135 de 1968) es el orgánico, es decir, el que tiene en cuenta la naturaleza de la entidad para calificar la del vínculo, si contractual o de carácter legal y reglamentario, y la clase de empleado. Excepcionalmente aplica el criterio funcional cuando toma en cuenta la clase de actividad. La calificación de la naturaleza del vínculo que une a una persona con la entidad oficial a la cual presta servicios de índole laboral, es determinada sólo por la ley.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.E., dieciséis de marzo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Doctor Joaquín Vanín Tello**

Actor: **Luis Augusto Córdoba Mena**

Referencia: Expediente No. 3.898 Autoridades Nacionales

El señor Luis Augusto Córdoba Mena, actuando en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 67 del C.C.A., presentó demanda contra la Universidad Tecnológica del Chocó, con el objeto de obtener de esta Corporación decisión favorable a las siguientes peticiones que formula así su apoderado judicial:

"1o. Que es nulo, por violación de normas superiores de derecho la Resolución No. 0159 de 21 de mayo de 1979, originaria de la Rectoría de la Universidad Tecnológica del Chocó y por medio de la cual se declaró terminado el contrato de Trabajo que mi mandante tenía firmado con la Universidad, como profesor de Tiempo Completo.

"2o. Como consecuencia de la anterior declaración la Universidad Tecnológica del Chocó está obligada a reintegrar a mi mandante al cargo de profesor de Tiempo Completo que desempeñaba, a otro de igual o superior categoría.

"3o. Que para todos los efectos legales, no ha habido solución de continuidad en el tiempo servido por mi mandante a la Universidad.

"4o. Que la sentencia condenatoria que espero sea dictada como culminación de este proceso debe cumplirse dentro de los términos dispuestos en el Artículo 121 del C.C.A.".

Según los hechos de la demanda, el actor venía prestando sus servicios a la Universidad Tecnológica del Chocó desde el año de 1971 y su última vinculación fue mediante contrato de trabajo suscrito el 30 de diciembre de 1976 y prorrogado hasta el 31 de diciembre de 1979. Además, en el estatuto docente de la Universidad se estableció que las personas que ocuparan cargos docentes al entrar él en vigencia (25 de mayo de 1979), gozarán "del beneficio de la estabilidad, mientras no incurran en causal legal de desvinculación". A pesar de esas dos causas de estabilidad (el contrato de trabajo y el estatuto docente), el Rector de la Universidad lo desvinculó del servicio, mediante el acto acusado, con el argumento de que el actor no tenía en dicha entidad cargo académico, ni actividad laboral conocida y que, además, estaba violando las normas sobre incompatibilidad, pues desempeñaba también el cargo de Fiscal del Tribunal Superior de Quibdó.

Según el actor, se violaron, en materia contractual laboral, los artículos 35 del Código Sustantivo del Trabajo y normas del Código Civil y en cuanto a la estabilidad consagrada en el Estatuto Docente de la Universidad, fue infringido su artículo 45; también considera transgredido el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959. Estima el demandante que el acto acusado se dictó con falsa motivación.

El señor Fiscal Cuarto de la Corporación solicitó en su concepto de fondo que se denieguen las súplicas de la demanda por considerar que carece de fundamento legal el ataque que hace el actor a la providencia acusada.

Habiéndose surtido la actuación sin que se observen vicios que la anulan, la Sala procede a decidir, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES:

En lo referente a los aspectos procesales del asunto, la Sala está de acuerdo con la Fiscalía Cuarta de la Corporación, pues no tiene razón el apoderado

de la entidad demandante al hacer la objeción de que el actor no agotó la vía gubernativa y que carece de jurisdicción el Consejo de Estado, para conocer del negocio porque la acción deriva de un contrato de trabajo.

En lo que atañe a la primera cuestión, basta anotar que el acto no era susceptible, por la vía administrativa, de recurso distinto del de reposición y, de conformidad con el artículo 15 del Decreto 2733 de 1959, él no es obligatorio para el ejercicio de las acciones ante esta jurisdicción.

En lo atinente a la segunda objeción, cabe observar que tanto el apoderado del actor como el de la entidad demandada aplican el criterio formal —el de la naturaleza del acto de vinculación— para calificar aquella de la relación de trabajo dependiente que existía entre el demandante y la Universidad y, por lo tanto, su carácter de empleado público o de trabajador oficial, que, según ellos, ostentaba esta última calidad.

No es ese el criterio acogido por la legislación colombiana (artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968), sino el orgánico, es decir, el que tiene en cuenta la naturaleza de la entidad para calificar la del vínculo, el contractual o de carácter legal y reglamentario, y la clase de empleado, si un trabajador oficial o empleado público, excepcionalmente aplica el criterio funcional cuando toma en cuenta la clase de actividad, en un caso la inherente a la construcción y sostenimiento de las obras públicas, para calificar a quienes prestan servicios en ellas como trabajadores oficiales y, por ende, afirmar la existencia del contrato de trabajo; y, en el otro, las actividades de "dirección o confianza", con el objeto de facultar a las empresas industriales y comerciales del Estado para determinar en sus estatutos, cuáles de aquéllas son constitutivas de empleo público y, por lo tanto, determinantes de la calidad de empleados públicos en quienes las realizan.

La calificación de la naturaleza del vínculo que une a una persona con la entidad oficial a la cual presta servicios de índole laboral, no puede ser determinada por la voluntad de las partes o por la clase de acto mediante el cual se hizo la vinculación, sino por la ley, de manera general, y excepcionalmente por los estatutos de la entidad, en los casos autorizados por el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968. Puede haberse vinculado una persona a un establecimiento público mediante un contrato de trabajo, pero si los estatutos de tal organismo no contemplan la actividad que realiza o que va a realizar aquélla entre las excepciones a la regla general sobre el carácter de empleados públicos que tienen los servidores de él, no puede ser calificada como trabajador oficial.

Como lo anota la Fiscalía, siendo la Universidad Tecnológica del Chocó un establecimiento público y no estando probado en el proceso que el cargo desempeñado por el actor fue excluido en los estatutos de dicho organismo oficial del rango de aquellos que, por regla general, constituyen empleo público, precisa afirmar que no estaba él vinculado mediante un contrato de trabajo, a pesar de haberlo celebrado con la entidad.

En lo que respecta a la cuestión de fondo, quedó establecido procesalmente que el actor estaba vinculado a la Universidad por una relación de empleo público, es decir, legal y reglamentaria, y, por consiguiente, no puede invocar en su favor una estabilidad consagrada en normas del Código Sustantivo del

Trabajo, que dicho sea de paso, tampoco son aplicables a los trabajadores oficiales.

En lo que atañe a la supuesta transgresión del artículo 45 del Estatuto del Personal Docente de la Universidad Tecnológica del Chocó, sin necesidad de hacer otras consideraciones, basta anotar, como lo hace la Fiscalía Cuarta, que la resolución acusada se expidió antes de que él entrara en vigencia.

En cuanto al cargo que se hace al acto acusado de haber violado el artículo 24 del Decreto 2733 de 1969, ha dicho esta Sala que esta disposición no es aplicable cuando se trata de la remoción de un empleado público, pues la situación de éste no es la que prevé el citado artículo, fuera de que no es concebible que para destituir a un funcionario o declarar insubsistente su nombramiento sea necesario y procedente solicitarle su consentimiento (Sentencia del 13 de julio de 1982. Expediente No. 5735. Actor: Luis Francisco Pineda Pineda. Consejero ponente: Joaquín Vanín Tello).

Finalmente, en lo que concierne al cargo de falsa motivación, la Sala transcribe y acoge las apreciaciones de la Fiscalía Cuarta sobre el particular:

"De las declaraciones contenidas en los documentos públicos de folios 43, 44, 101 y 102 del Cuad. ley del testimonio de uno de los autores de esas probanzas (fls. 10-12 Cuad. No. 1), se desprende que el actor durante el primer semestre de 1979 no tuvo carga académica en la demanda, lo cual convence de que no se ha (sic) desvirtuado los asertos señalados en los considerandos c) y h) de la Resolución impugnada, a folio 3-4, sin que, por lo demás, las otras pruebas que se trajeron al juicio, en el sentir de esta Agencia, puedan imponer el criterio de que la referida afirmación no es veraz o constitutiva de falsa motivación. Por tal motivo, no puede salir victorioso el cargo que sobre el particular alega la demanda, siendo, en consecuencia, improcedente la causal de nulidad invocada".

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

FALLA:

1o. Niégase la excepción de "incompetencia de jurisdicción" propuesta por el apoderado de la entidad demandada.

2o. Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en Sesión celebrada el día 4 de febrero de 1983.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

Título III

Orden Municipal

CAPITULO PRIMERO

ACTOS DE LOS ALCALDES

REGLAMENTOS DE POLICIA. ORGANOS ESTATALES CON COMPETENCIA PARA EXPEDIRLOS. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE Y DEL CONSEJO.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Bogotá, D.E., dieciocho de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Doctor Mario Enrique Pérez**

Actor: **Ramiro Valencia Cossio**

Referencia: Expediente No. 3.915

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte impugnadora contra la sentencia de 16 de diciembre de 1981, del Tribunal Administrativo de Antioquia.

En ejercicio de la acción establecida en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, el ciudadano Ramiro Valencia Cossio demandó ante el citado Tribunal la nulidad del Decreto No. 060 de 25 de enero de 1977, expedido por el Alcalde Municipal de Medellín, por el cual se reglamentan los espectáculos taurinos.

Los fundamentos de hecho de la demanda son, en resumen, los siguientes:

Que en uso de las facultades extraordinarias que la Ley 16 de 1968 le confirió al Presidente de la República, éste expidió el Decreto 1955 de 1970 ó Código Nacional de Policía, que fue modificado por los Decretos 2055 de 1970 y 552 de 1971 y cuyo artículo 8o. preceptuaba en su inciso 3o. que "Los concejos podrán ocuparse de las materias no reglamentadas por ley, decreto nacional u ordenanza".

Que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 27 de enero de 1977, declaró la inexequibilidad parcial del Decreto 1355 de 1970, ajustándolo a lo preceptuado por la Constitución Nacional en sus artículos 76-24, 167 y 187-9, o sea que fuera del Congreso, en época de normalidad jurídica, sólo les compete a las Asambleas Departamentales expedir reglamentos de policía en materias que no hayan sido objeto de disposición legal.

Que el 6 de diciembre de 1976 el Concejo de Medellín aprobó el Acuerdo No. 29, sancionado por el Alcalde Municipal el 13 de los mismos, que facultó a éste para reglamentar los espectáculos taurinos y el funcionamiento de los teatros, salas de cine, hoteles, circos y escenarios deportivos de la ciudad con fundamento en el cual fue dictado el Decreto acusado.

Que el Acuerdo y el Decreto antes mencionados trataron de solucionar la situación que se presentó a raíz de la declaratoria de nulidad del Decreto 338 de 1971, del Alcalde de Medellín, mediante sentencia de 13 de mayo de 1977, emanada del Tribunal Administrativo de Antioquia.

Que en acción pública el doctor Jorge Humberto Botero solicitó la nulidad del Acuerdo 29 de 1976, a lo cual accedió el aludido Tribunal en sentencia de 22 de julio de 1978.

En cuanto a las disposiciones violadas y al concepto de la transgresión, expresa el libelista:

"Art. 187 de la Constitución Nacional. Enumera este Artículo las atribuciones de las Asambleas Departamentales incluida en ellas la de "Reglamentar lo relativo a la policía local en todo aquello que no sea materia de disposición legal". Es claro para doctrinantes y Supremos Tribunales de la Rama Jurisdiccional que la competencia sobre el régimen de policía radica en el Congreso y en las Asambleas Departamentales, en la forma como se encuentra desarrollada en el Decreto-ley 1365 de 1970 en su actual situación jurídica, es decir, después de la inexequibilidad parcial declarada por la H. Corte Suprema de Justicia. Por lo tanto, el Decreto impugnado viola también el Decreto-ley 1355, Art. 80, ya que adecuado a la Constitución Nacional, distribuye en idéntica forma que la Carta Magna, las competencias a que me vengo refiriendo.

"No teniendo entonces el Concejo de Medellín facultad para dictar reglamentos de Policía, tampoco podrán conferirle tal facultad al Alcalde Municipal.

"Declarado nulo el acuerdo del Concejo consecuencialmente es nulo el Decreto que lo desarrolla porque ambos violaron las mismas disposiciones.

Decreto-ley 1355 de 1970, arts. 160 a 170. Reglamenta el Decreto-ley, en los artículos citados, todo lo concerniente a las Corridas de Toros. Reglamentada así tal materia, ni siquiera las Asambleas Departamentales tienen competencia para ello. Así lo expresó el H. Consejo de Estado al disponer la suspensión Provisional del Acuerdo 29 del Concejo de Medellín: "Ninguna duda hay para la Sala sobre el hecho de que si el Código Nacional de Policía, en sus artículos 160 a 170, reguló todo lo atinente a las corridas de toros, ya no pueden ni la Asamblea de Antioquia, ni el Concejo de Medellín, ni el Presidente de la República, ni el Gobernador del nombrado Departamento, ni el Alcalde de Medellín, dictar normas de policía sobre esta materia, a lo menos, mientras no se haya modificado la Constitución Nacional" (Auto Susp. Pro-Juicio de Nulidad Acuerdo No. 29 de diciembre 13/76 del Concejo de Medellín; Consejero ponente: Dr. Alvaro Pérez Vives)".

Mediante la sentencia de 16 de diciembre de 1981, que no compartió el Magistrado Francisco M. Vélez Atehortúa, el Tribunal declaró la nulidad del Decreto acusado. Contra esta providencia de la cual se ocupará la Sala posteriormente, recurrió en apelación la doctora Nora Lucía Gómez Pizza, en su carácter de parte impugnadora, quien no sustentó el recurso.

En su vista de fondo el señor Fiscal Primero de la Corporación comenta que el a-quo hace en el fallo recurrido "un estudio serio y cuidadoso del problema planteado" y solicita su confirmación. Finalmente hace la observación de

que el acto cuestionado es una reproducción del Decreto 338 de 1971, que fue declarado nulo por el mismo Tribunal en sentencia de 13 de mayo de 1977, cuya copia corre a folios 20 y siguientes y a la cual hace alusión la providencia objeto del recurso de alzada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La sentencia que se revisa en virtud del recurso de apelación interpuesto contra ella constituye una pieza jurídica en la que se examina en forma completa, con método y buen criterio, el aspecto de fondo de que se ocupa este proceso. Además se encuentra acorde con la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado en materia de reglamentos de policía y sobre los órganos estatales con competencia para expedirlos.

Por las razones que anteceden la Sala prohíja los razonamientos que al respecto hace el a-quo en la sentencia apelada, anotando que poco o nada tiene que agregar sobre el particular.

Dice el sentenciador de la primera instancia:

"1. Dentro de los poderes que se reconocen al Estado, aparece el denominado de policía, mediante el cual se pretende asegurar la conservación del orden público como modo de lograr una adecuada convivencia entre los gobernados. El mantenimiento del orden público entraña la salvaguardia principalmente de cuatro elementos, la seguridad, la tranquilidad, la salubridad y la moral pública, y para su consecución se hace necesaria la expedición de reglamentos mediante los cuales se regula el ejercicio de las libertades individuales.

"2. En el régimen jurídico colombiano, el ejercicio del poder de policía exige indagar acerca de cuáles son los órganos competentes para expedir esa reglamentación. La H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia de enero 27 de 1977, al declarar inexequibles algunas disposiciones del Código Nacional de Policía (Decreto-ley 1355/70), consideró que únicamente de acuerdo con la estructura constitucional están investidos de tal potestad, en época de normalidad jurídica, el Congreso y las Asambleas Departamentales, pero éstas únicamente para reglamentar lo relativo a la policía local en todo aquello que no sea materia de regulación por el legislador.

"3. La sentencia de la H. Corte tuvo innegable trascendencia desde el punto de vista jurisdiccional y planteó el interrogante de cuál es entonces la potestad en que estas materias están atribuidas a otros órganos estatales, como son los gobernadores, concejales, alcaldes, etc., en otros términos, qué clase de regulaciones pueden éstos expedir en materia policiva.

"El H. Consejo de Estado, tras haber inicialmente aceptado la afirmación de la Corte Suprema de Justicia, emprendió un reestudio del problema, especialmente su Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, según se observa en los siguientes pronunciamientos:

"3.1. El 31 de agosto de 1979... dijo: "Como corolario del anterior fallo, se tiene que los Concejos no están facultados para expedir, con base en los arts. 8o. y 9o. del mencionado Código, reglamentos de Policía local para llenar el vacío de la ley, y que los Gobernadores y Alcaldes continúan autorizados para

dictar los reglamentos de desarrollo que requieran las ordenanzas, sin que les sea dado expedir "normas de conducta" no previstas en ellas".

"....."

"3.2. Pero el 13 de diciembre del mismo año, la misma Sección Primera con ponencia del Consejero Carlos Galindo Pinilla (expediente 3093), apoyándose en el artículo 9o. del Decreto-ley 1355 de 1970, sentó un nuevo y muy importante derrotero jurisprudencial. La norma en referencia, luego del fallo de la H. Corte es del siguiente tenor: "Cuando las disposiciones de las Asambleas Departamentales sobre policía necesiten alguna precisión para aplicarlas, los gobernadores y alcaldes podrán dictar reglamentos con ese solo fin. Por tanto no podrán expedir normas de conducta no contenidas en las ordenanzas o en los acuerdos".

"Según esta providencia, los reglamentos de policía, nacionales y locales, son de dos clases: "Unos que podrían denominarse autónomos o principales, a través de los cuales se estatuyen prohibiciones directas a los particulares, se configuran las contravenciones, se establecen sanciones, se determinan los órganos para imponerlas y se señalan los procedimientos correspondientes", disposiciones cuya competencia para expedirlas está atribuida de modo exclusivo al Congreso y a las Asambleas. Pero existe una segunda modalidad: "El artículo 9o. del Decreto 1355 de 1970 prevé la posibilidad de expedir las disposiciones necesarias para precisar el alcance de los reglamentos principales o autónomos con el fin de lograr su cabal aplicación. Esta segunda modalidad de reglamento policivo que podría denominarse reglamento complementario o secundario, tiene, como es obvio, un carácter y un alcance subordinado y, por lo tanto, no puede abarcar las materias propias del reglamento principal. El Decreto 1355 citado le reconoce de manera expresa competencia para dictarlos a los gobernadores y alcaldes, lo cual no excluye que el gobierno nacional también puede expedirlos, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el numeral 3o. del artículo 120 de la C. Nacional. Igualmente los Concejos Municipales en virtud de lo preceptuado en los artículos 197 número 1o. de la C.N. y 169 atribución 5a. del C. de R.P. y Municipal".

"4. Por lo visto, el panorama de los reglamentos policivos en nuestro país puede presentarse sintéticamente, de la siguiente manera: los llamados reglamentos autónomos o principales que establecen las prohibiciones directas a los particulares, configuran las contravenciones, señalan sanciones, determinan los órganos para imponerlas y los procedimientos que deben seguirse, únicamente pueden ser expedidos para el ámbito nacional por el legislador, y en el ámbito local o departamental, por las asambleas pero en aquellas materias que no hayan sido tratadas por la ley. Los llamados reglamentos secundarios o complementarios, constituidos por las disposiciones indispensables para la cabal aplicación de aquéllos, pueden ser instituidos, respecto de los nacionales por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria e igualmente para los locales o departamentales, por los gobernadores, los alcaldes y los concejos, éstas por corresponderles disponer mediante acuerdos, "lo concerniente para la administración del distrito".

"5. Precisados de tal modo los marcos de competencia en materia de reglamentos de policía en el régimen jurídico patrio, lo concerniente es entrar a analizar la situación que se plantea en el evento sub-judice:

"5-1. El artículo 99 del C.C.A. trae al campo del derecho público la institución de la cosa juzgada, con el fin de tutelar el principio de legalidad cuyo control se asigna a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y evitar la burla por los órganos de la administración hacia sus mandatos. No puede olvidarse que el principio de la cosa juzgada, en virtud de la cual se reconoce fuerza de verdad legal a las decisiones judiciales, corresponde a la necesidad jurídico-política de que los procesos se resuelvan de modo definitivo y se pueda brindar así, a los gobernados, certidumbre y seguridad en las relaciones jurídicas, lo cual se traduce en factores de afianzamiento del orden público y de la paz social.

"El referido artículo 99 prohíbe a los órganos administrativos que produjeron un acto declarado nulo por la justicia contencioso administrativa, reproducirlo en su esencia, mientras continúen vigentes los fundamentos de derecho que sirvieron de base para disponer la anulación.

"Aún más, la jurisprudencia y la doctrina nacional erigen la institución de la cosa juzgada en principio general del derecho, cuya transgresión trae por consecuencia la nulidad del acto administrativo por violación de la norma de fondo. Al respecto comenta el Consejero y tratadista Carlos Betancur Jaramillo en su obra "Derecho Procesal Administrativo": "*Violación de la cosa juzgada.* La jurisprudencia asimila también esta forma de violación a la de la ley, por cuanto la cosa juzgada constituye una verdad legal, que como tal merece el acatamiento no sólo de los administrados sino de la misma administración" (subraya del texto. pág. 105).

"5.2. En el caso sub-judice está probado que el Alcalde de medellín el 16 de junio de 1971, expidió el decreto No. 338 que "reglamenta los espectáculos taurinos" (fls.8), acto que fue declarado nulo mediante sentencia que se encuentra ejecutoriada, el 13 de mayo de 1977 por este Tribunal. Dicho fallo tuvo como razones para declarar la ilegalidad del proveído: que los espectáculos taurinos están reglamentados por el legislador en los arts. 160 a 170 del C. Nal. de P. en forma detallada, de tal manera que ni siquiera pueden ser reglamentados por las asambleas, por lo cual el alcalde carecía de competencia para expedir el reglamento; que los alcaldes no tienen facultad para expedir normas de conducta independientes de las ordenanzas y los acuerdos, y que cuando tienen esa facultad es para precisar su aplicación pero no para crearlas.

"5.3. El 13 de diciembre de 1976, el Concejo Municipal de medellín expidió el Acuerdo No. 29 mediante el cual confirió facultades al Alcalde para reglamentar los espectáculos taurinos y el funcionamiento de teatros, salas de cine, circos y escenarios deportivos de la ciudad, pero fue declarado nulo por la Corporación en sentencia de julio 22 de 1978 (fls. 33), que se encuentra debidamente ejecutoriada.

"En dicha oportunidad como en la anterior, el Tribunal halló incompetente al órgano productor del acto y se apoyó en la sentencia de la H. Corte y en decisión del H. Consejo de Estado, vale la pena aclarar, en el planteamiento consistente en que únicamente el Congreso y las Asambleas están investidos por la Constitución Nacional de atribuciones para dictar reglamentos en materia policiva".

"....."

"5.6. Pasando al análisis del Decreto 060 de 1977 del Alcalde de Medellín, si se toma por el aspecto de su expedición con apoyo en el acuerdo No. 29 de 1966, es decir, en ejercicio de la delegación de facultades previsas pro-témpore que autoriza la Carta Política a los Cabildos (art. 197 a.7), de conformidad con el art. 93 del C.C.A. el acto es "virtualmente" nulo en razón de la declaratoria de ilegalidad del mandato edilicio que le sirvió de base y ocurrió el fenómeno conocido como decaimiento del acto administrativo, sin que sea del caso dada la fuerza de verdad legal propia de la cosa juzgada, entrar en este momento a cuestionar, a la luz de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales, las razones que sirvieron de sustento al fallo.

"5.7. Al estudiar el asunto bajo diferente perspectiva: la que surge de haber invocado el alcalde al expedir el decreto "sus facultades legales", sin tener en cuenta la delegación de funciones del Concejo, se tiene que, en primer lugar, el Decreto Municipal en su esencia es una simple reproducción del Decreto No. 338 de 1971, igualmente del Alcalde de Medellín, el cual como se sabe, fue declarado nulo por este Tribunal por considerar que el tema estaba tratado por la ley y que de por sí el mandatario distrital carecía de competencia para reglamentar la materia".

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público,

FALLA:

Confírmase la sentencia objeto del recurso de apelación.

En firme esta providencia, vuelvan los autos al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión celebrada el dieciocho de febrero de mil novecientos ochenta y tres.

Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez, Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

PODER DE POLICIA. TRANSITO DE MOTOCICLETAS. El literal d) del numeral 1 del artículo 130 del Decreto-ley 1344 de 1970 (Código Nacional de Tránsito Terrestre, significa que las reglas que allí se autorizan dictar por autoridades municipales de tránsito no pueden referirse a cosa distinta a la forma como los vehículos mencionados deben transitar en "vías de sentido único de tránsito", ya sean de un carril, de dos carriles o de tres o más carriles. Por lo tanto con fun-

damento en dicha norma no pueden los alcaldes prohibir o limitar a los conductores de vehículos de tipo motocicleta que transiten con personas como parrilleros o pasajeros por las vías públicas si tienen licencia de tránsito expedida por autoridad competente que se lo permita.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Bogotá, D.E., cinco de abril de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Doctor Jacobo Pérez Escobar**

Actor: **Santiago Uribe y otro**

Expediente No. 4.005

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte impugnadora en oportunidad legal contra la sentencia de 23 de mayo de 1982 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en virtud de la cual se declaró la nulidad del artículo 1o. del Decreto No. 614 de 31 de octubre de 1979 dictado por el señor Alcalde del Municipio de Medellín y no se hizo expresa declaración de nulidad en relación con los demás artículos del Decreto aludido, ni sobre el Decreto 643 del 16 de noviembre de 1979, de la misma Alcaldía, por los motivos expuestos en la parte final del cuerpo de dicha providencia.

I. ANTECEDENTES:

Los abogados Santiago Uribe y Jesús Vallejo Mejía, en ejercicio de la acción de simple nulidad consagrada en el artículo 66 del C.C.A., por separado solicitaron del Tribunal Administrativo de Antioquia que declarara la nulidad de los Decretos 614 de 31 de octubre de 1979 y 643 de 16 de noviembre del mismo año expedidos por el Alcalde del Municipio de Medellín, procesos que luego fueron acumulados en la primera instancia.

Los demandantes consideraron que los actos administrativos impugnados violan los artículos 16, 20, 46, 76, ordinales 1o. 2o. y 24, 187 y 201 de la C.N.; 1o., 7o., 217, 228 y 230 del Decreto 1344 de 1970 y 18 de la Ordenanza 614 de 1979.

En cuanto al concepto de la violación ellos expresan que hubo imcompetencia del funcionario que dictó los actos acusados así como también desviación de poder y violación de las normas jurídicas superiores por ellos señaladas.

II. LA PROVIDENCIA APELADA

El Tribunal a-quo tomó la decisión expresada anteriormente con fundamento en las siguientes consideraciones, que se sintetizan:

1. Las normas contenidas en el Decreto 1344 de 1970 tienen carácter policivo como manifestaciones de recortes y al mismo tiempo de defensa de la libertad individual. Ellas se encaminan a señalar que las autoridades policivas protegen la libertad de locomoción en forma tal que "los reglamentos no pue-

den estatuir limitaciones al ejercicio de la libertad de locomoción, en cuanto al tránsito terrestre de vehículos y peatones, sino para garantizar la seguridad y la salubridad públicas" (artículos 98 y 99 del Decreto 1344 de 1970). Por su parte el artículo 6o. del Decreto 1355 de 1970 consagra un principio rector de policía que bien cabe en el asunto sub-judice, según el cual ninguna actividad de policía puede contrariar a quien ejerza su derecho sino a quien abuse de él". A su turno el artículo 1o. del Código Nacional de Tránsito Terrestre dice que las normas allí codificadas "...rigen en todo el territorio nacional y regulan la circulación de los peatones, animales y vehículos por las vías públicas y por las vías privadas que estén abiertas al público". En el artículo 2o., y para efectos de la interpretación del Código, se entiende por motocicleta el "vehículo automotor de dos ruedas sin estabilidad propia" y por pasajero "a) Usuario del servicio del transporte; b) Persona que se moviliza en un vehículo, distinta del conductor".

"También el mencionado Código de Tránsito Terrestre establece en los Capítulos 2o. y 4o. del Título II la diferencia entre la licencia de conducción (artículo 17) y la licencia de tránsito, señalando que ésta es '... la autorización para que el vehículo pueda transitar en todo el territorio nacional, expedida por la autoridad competente, previa inscripción del mismo en el correspondiente registro de instrumentos públicos" (Artículo 87). El inciso 2o. dice que "la licencia de tránsito es un documento público; en ella se identificará el vehículo y se expresarán su destinación, el nombre del propietario inscrito y el número de la placa". El artículo 164 ibídem dispone que "ningún vehículo de servicio público o particular de pasajeros podrá llevar un número de pasajeros superior al cupo señalado en la tarjeta de matrícula, con excepción de los niños de brazos". Concordante con lo anterior el artículo 217 de la misma citada obra expresa que "el conductor que transporte más pasajeros de los permitidos en la licencia, incurrirá en multa de diez pesos por cada pasajero excedente".

Interpretando las normas anteriores el a-quo expresa lo siguiente:

"Para el Tribunal aparece evidente que las autoridades Municipales quebrantaron abierta y ostensiblemente el artículo 217 del Decreto-ley citado en cuanto crearon en una norma prohibitiva, de carácter general y con particularidades represivas, un tipo de sanción por una infracción no contemplada en la ley. O sea que obligaron al conductar de un vehículo, de tipo motocicleta, a no conducir pasajeros en el mismo. O dicho en otras palabras, a pesar de que el conductor de un vehículo de esta naturaleza que tenga en su poder el documento público que señala inequívocamente el número de personas que puede transportar, se ve abocado a sufrir los efectos de la medida coercitiva con el pago de una multa que, de la misma manera, excede y en mucho los precisos límites de la norma acabada de citar". "Y es que debe repararse en el hecho de que las licencias de tránsito a que se refiere el artículo 87 del Código, estampa el número de personas que puede transportar el vehículo automotor y las autoridades de tránsito no pueden, en una simple medida policiva, prohibir lo que la misma licencia de tránsito le permite y conforme se deduce del artículo (sic) 164 y 217 ibídem".

Más adelante sostiene el Tribunal a-quo lo siguiente:

"De otro lado y en cuanto a la competencia que tiene el alcalde para dictar las normas a que se refiere el acto acusado, la Sala transcribe lo pertinente de

lo afirmado por el Fiscal y dada su identificación con lo allí planteado: 'De la lectura completa del artículo 130 del Decreto 1344 de 1970, encontramos que se refiere, simplemente, a la forma como deben *transitar los vehículos*, según las características de las vías: De único o de doble sentido de tránsito, y de uno, dos o tres o más carriles. El literal d) del numeral 1, de ese artículo dice:

"Las bicicletas, motocicletas y vehículos de tracción animal e impulsión humana, transitarán de acuerdo con las reglas que en cada caso dicte la autoridad municipal de tránsito. En todo caso les está prohibido transitar por los andenes.

"Según la norma, la autoridad municipal de tránsito puede señalar las vías, zonas o sectores por donde deben circular las motocicletas —para concretarnos al caso a estudio—, y prohibir (aunque no sería estrictamente necesario) el tránsito por las demás vías o sectores (las no autorizadas), en forma tal que el artículo 206 establece como sanción para el conductor —en caso de circular por zonas prohibidas— multa de veinte pesos y retención del vehículo hasta su pago.

"Resulta claro que la norma a que nos venimos refiriendo en este numeral no otorga la competencia que pretende el Alcalde.

"IV

"También las normas del Decreto 1355 de 1970 se encaminan a señalar que las autoridades de policía protejan la libertad de locomoción y la circulación de vehículos (artículo 98), en forma tal que 'los reglamentos no puedan establecer limitaciones al ejercicio de la libertad de locomoción, y en cuanto al tránsito terrestre de vehículos y peatones, sino para garantizar la seguridad y salubridad públicas (artículo 99).

"Si lo que se pretende es garantizar la vida de las personas —dicha finalidad parece desprenderse de la cita del artículo 16 de la Constitución Nacional—, las medidas de control, tan extremas, no deben abarcar a todos los motociclistas sino a quienes atentan contra la vida y la integridad personal o que por lo menos, ofrezcan dudas o sospechas".

"Cabe observar, finalmente, que en virtud del fenómeno jurídico del decaimiento, forma de extinción de los actos administrativos, el acto desaparece de la escena del derecho cuando desaparece, a su vez, su fundamento jurídico o fáctico, como cuando se deroga una ley que automáticamente hace desaparecer el decreto que la reglamenta. Es justamente la doctrina que contiene el artículo 93 del Código Contencioso Administrativo.

"En el caso de autos al decretarse la nulidad de la norma prohibitiva contenida en el artículo 1o. del Decreto 614 de 1979 emanada de la Alcaldía de Medellín, quedarían virtualmente sin sentido las normas de excepción que consagra el Decreto 643 de 1979 y el artículo 2o. del decreto primeramente citado.

"De igual manera quedaría sin base jurídica la disposición del artículo 3o. del Decreto 614 primeramente citado que prescribe la sanción, o sea que si desaparece la norma prohibitiva, lógicamente deja de tener vigencia la sanción".

III. ALEGATO DEL APELANTE

La parte impugnadora al sustentar el recurso de apelación expresa que el Consejo de Estado al analizar la legalidad de la Resolución 302 de mayo 11 de 1978 expedida por el Alcalde de Medellín, en virtud de la cual se prohibía el tránsito de vehículos tipo motocicleta dentro de la jurisdicción de Medellín a determinadas horas, hizo los planteamientos que él considera ahora plenamente aplicables al caso objeto de controversia. Luego transcribe el fallo de 14 de abril de 1982.

IV. CONCEPTO DEL FISCAL

El señor Fiscal Primero de la Corporación en su concepto de fondo solicita a esta Sala que confirme la sentencia apelada por ajustarse a derecho. Al respecto expresa lo siguiente:

"El Decreto 614 de octubre 31 de 1979, proferido por el Alcalde de Medellín, en su artículo 1o., prohibió a los conductores de vehículos tipo motocicleta transitar con personas como parrilleros o pasajeros por las vías del municipio de Medellín".

"Y el Decreto 643, que adicionó el anterior, autoriza a los conductores para transitar con personas como parrilleros o pasajeros en motocicletas siempre y cuando tengan la respectiva autorización expedida por la Secretaría de Transporte y Tránsito.

"Ahora bien, el Decreto 1344 de 1970, por el cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre, como su nombre lo indica, reglamentó todo lo relacionado con el tránsito en el territorio nacional, unificando así las normas de policía que con esta materia se relacionan.

"Y el artículo 165 del Decreto citado, 1344 de 1970, dispuso el número de pasajeros que debe llevar cada vehículo de servicio público. Igualmente, el 217 ibídem, aplica una multa al conductor que transporte un número mayor de pasajeros al indicado en la licencia.

"Así, entonces, el conductor está facultado o autorizado para transportar un número determinado de pasajeros, de acuerdo con la indicación de su respectiva licencia, sin que por ello esté violando la ley.

"Es importante destacar, como lo afirma el señor Fiscal de la primera instancia, que las autoridades están obligadas a proteger la vida, honra y bienes de los habitantes de la República, pero 'no lo pueden hacer en forma caprichosa, sino conforme a los términos de la misma Constitución y la ley'.

"Así, pues, el señor Alcalde de la ciudad de Medellín, al prohibir a los conductores de motocicletas que lleven personas como 'parrilleros o pasajeros" por las vías del municipio de Medellín, se extralimitó en sus funciones y, en consecuencia el Decreto 614 debe ser anulado.

"Respecto del Decreto 643, que reglamentó el 614, como acertadamente lo sostiene el fallador de primera instancia, no hay necesidad de hacer ningún pronunciamiento sobre él, ya que es una consecuencia del primero. Anulado el uno, deja de tener vigencia el otro".

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Habiéndose ejecutoriado el auto de citación para sentencia y no hallándose causal que invalide lo actuado en el presente juicio, se procede a decidirlo previas las siguientes consideraciones:

A. LOS ACTOS ACUSADOS

Los Decretos Municipales acusados fueron expedidos por el Alcalde de Medellín con invocación del artículo 16 de la C. N. y 130, numeral 1o., literal d), del Decreto-ley 1344 de 1970 y su parte resolutiva es del siguiente tenor:

1. DECRETO 614 DE 1979

"Artículo 1o. Prohíbese a los conductores de vehículos de tipo motocicleta transitar con personas como parrilleros o pasajeros por las vías del Municipio de Medellín.

"Artículo 2o. Exceptúase del cumplimiento del presente decreto a las autoridades de tránsito, militares y de policía que por razón de su oficio deben transitar con parrilleros.

"Artículo 3o. El conductor de vehículo tipo motocicleta que contraviniere la anterior disposición se hará acreedor a la retención del mencionado vehículo y a la multa de dos mil pesos M/L. ($2.000) a favor del Tesoro Municipal.

"Artículo 4o. El presente decreto rige a partir del 15 de noviembre del presente año y deroga las disposiciones que le sean contrarias".

2. DECRETO 643 DE 1979

"Artículo 1o. Se autoriza a los conductores de vehículos tipo motocicleta para transitar con personas como parrilleros o pasajeros por las vías del Municipio de medellín, siempre y cuando quien viaje en tal calidd acredite la respectiva autorización expedida por la Secretaría de Transportes y Tránsito.

"Artículo 2o. La Secretaría de Transportes y Tránsito procederá a partir de la fecha a expedir las correspondientes autorizaciones a aquellas personas que por razones laborales, familiares o docentes deben hacer uso de este medio de transporte en calidad de pasajeros.

"Artículo 3o. Este decreto rige a partir de la fecha de su sanción".

B. LOS CARGOS DE ILEGALIDAD CONTRA LOS ACTOS ACUSADOS

Como se vio antes, los demandantes le hacen a los actos acusados tres clases de cargos de ilegalidad, a saber: incompetencia del Alcalde para expedirlos, desviación de poder y violación de normas superiores de derecho. A estos cargos se referirá la Sala por separado, así:

Primer Cargo. *Incompetencia del alcalde para expedir los actos acusados.* Los decretos objeto de impugnación invocan como atribuciones del Alcalde para dictarlos las normas contenidas en el literal d) del numeral 1 del artículo 130 del Decreto-ley 1344 de 1970 (Código Nacional de Tránsito Terrestre) y en el artículo 16 de la C.N. La primera de dichas normas establece

que los vehículos transitarán por las vías de sentido único de tránsito en la siguiente forma:

"d) Las bicicletas, motocicletas y vehículos de tracción animal e impulsión humana, transitarán de acuerdo con las reglas que en cada caso dicte la autoridad municipal de tránsito. En todo caso les está prohibido transitar por los andenes".

Interpretando la anterior norma "pro subjecta materia" se tiene, sin lugar a dudas, que las reglas que allí se autorizan dictar por las autoridades municipales de tránsito no pueden referirse a cosa distinta a la forma como los vehículos mencionados deben transitar en "vías de sentido único de tránsito", ya sean de un carril, de dos carriles o de tres o más carriles. Por lo tanto, con fundamento en dicha norma no pueden los Alcaldes prohibir o limitar a los conductores de vehículos de tipo motocicleta que transiten con personas como parrilleros o pasajeros por las vías públicas si tienen licencia de tránsito expedida por autoridad competente que se lo permita. Por ello el artículo 217 del citado Código de Tránsito Terrestre establece que "el conductor que transporte más pasajeros de los permitidos en la licencia incurrirá en multa de diez pesos por cada pasajero excedente", esto es, que el conductor que transporte únicamente los pasajeros permitidos en la licencia no incurrirá en sanción alguna por no ser su conducta contravencional. Siendo este un precepto legal no puede una autoridad distinta al legislador ordinario o extraordinario modificarla, así sea por razones de orden público. De esto se desprende que el Alcalde de Medellín no tenía competencia dada por el Código Nacional de Tránsito Terrestre para expedir los decretos acusados.

Si bien el Alcalde de Medellín también invocó como fuente de su competencia el artículo 16 de la C. N., lo cierto es que esta norma es tan abstracta o general que por sí sola no permite a ninguna autoridad de la República dictar reglamentos policivos. Se requiere además que una norma constitucional o legal dé la competencia correspondiente, como fue precisamente el caso contemplado en el fallo citado por la parte impugnadora dictado por esta misma Sección el 14 de abril de 1982. Allí se dijo lo siguiente, entre otras cosas:

"Pues bien, el artículo 16 de la C. N. establece que corresponde a las autoridades de la República, entre las cuales se encuentran los Alcaldes Municipales, proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes. En desarrollo de esta norma precisamente se les ha dado a dichos funcionarios la calidad de 'jefe superior de policía en el territorio de su jurisdicción' y se les autoriza para expedir los llamados reglamentos secundarios de que antes se ha hablado. Pues estos son medios jurídicos de que dispone la policía para cumplir la obligación que se le ha asignado por el artículo 2o. del Código Nacional de Policía de conservar el orden público interno, el cual resulta de la presunción y la eliminación de las perturbaciones de la seguridad, de la tranquilidad, de la salubridad y la moralidad públicas".

"La Resolución acusada en su artículo 1o. prohíbe la circulación de motocicletas en el tiempo comprendido entre las 11 de la noche y las 5 de la mañana. Esta prohibición solo constituye, en opinión de esta Sala, una limitación al ejercicio a la libertad de locomoción en cuanto se utilice como vehículo las motocicletas, puesto que la restricción se refiere a unas horas que dadas las costumbres y el sistema de vida de Medellín, han sido consideradas de gran

peligrosidad por atentarse contra la seguridad de la personas, como es del dominio público.

"Estima la Sala que la norma del artículo 1o. cuestionado es secundaria o complementaria, no solo porque tiene por objeto la protección de la vida de las personas, evitando los 'accidentes en motocicletas debido a la circulación de ellas a altas horas de la noche y en la mayoría de los casos por conducirlas en estado de embriaguez', sino también porque con ella se previenen las perturbaciones *de la seguridad* que requiere la comunidad del Municipio de Medellín. De esta manera el Alcalde de este Municipio cumple una obligación no solo constitucional sino también legal. No es lógico concluir que se puede imponer a alguien una obligación y al mismo tiempo no se le permita hacer uso de los medios adecuados para cumplir con ella. Por esta razón los Alcaldes pueden dictar, dentro del marco de las normas superiores, los reglamentos necesarios para la mejor ordenación del tránsito de personas, animales y vehículos por las vías públicas (artículo 7o. Decreto-ley 1344 de 1978), y siendo, como lo son conforme al artículo 2o. del Decreto-ley 2169 de 1970, autoridades de tránsito, pueden dictar las reglas como deben transitar las motocicletas en las circunstancias de lugar (literal d) del artículo 130 del Código Nacional de Tránsito Terrestre), de tiempo y de modo (artículos 10, 109, 218, 224 Decreto 1344/70; 2o., 9o. y 13 Decreto 1355 de 1970). Pero estas medidas no solo las pueden tomar los Alcaldes, sino que están obligados a expedirlas cuando se consideren medios idóneos necesarios para preservar el orden público en determinadas circunstancias no bien previstas en los reglamentos primarios de policía. Así, por ejemplo, se puede prohibir la circulación de cierta clase de vehículos ruidosos por zonas cercanas a un hospital o a una escuela de niños por motivos de tranquilidad o de seguridad públicas".

Lo transcrito del fallo aludido quiere significar que para el caso de la Resolución 302 de 1978 expedida por el Alcalde de Medellín concurrían una serie de normas legales que en desarrollo del artículo 16 de la Constitución le dan a los Alcaldes competencia para dictar regulaciones de la índole de la allí contemplada, que no se oponen a ningún texto legal, lo cual no sucede en el caso sub-judice en que hay norma expresa del Código Nacional de Tránsito Terrestre.

Las consideraciones anteriores sirven para complementar las expuestas por el Tribunal como apoyo de su decisión que, por lo mismo, debe confirmarse, aunque es de desear que una ley se ocupe del tema objeto de regulación de los Decretos impugnados, porque es evidente que las motocicletas están sirviendo de medio o instrumento para la comisión de frecuentes delitos en la ciudad de Medellín como en otros lugares del país. Pero el Estado de derecho exige que se respeten las competencias, no desbordando las atribuciones que la Constitución, la ley y los reglamentos han dado a los diversos organismos o funcionarios públicos.

Otros Cargos: Por haber sido suficiente el estudio del primer cargo para concluir que el fallo recurrido debe confirmarse, la Sala se abstiene de considerar los demás cargos hechos a los actos acusados por los demandantes.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la

República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con su colaborador Fiscal,

FALLA:

1o. Confírmase la sentencia apelada.

2o. En firme esta providencia, envíense los autos al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha dieciocho de marzo de mil novecientos ochenta y tres.

Mario Enrique Pérez V., Jacobo Pérez Escobar, Samuel Buitrago Hurtado, Roberto Suárez Franco, (no asistió).

Lorenzo Rojas Surmay. Secretario.

DOMINIO EMINENTE, DOMINIO ALTO O DOMINIO INDIRECTO. Artículo 4o. C.N. Derecho que tiene el Estado en su condición de persona jurídica de emplear el territorio y los bienes en él contenidos para los fines del interés público o social.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Bogotá, D.E., veintiocho de junio de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Jacobo Pérez Escobar**

Actor: **Francisco Zuleta**

Expediente No. 4.367

Se decide el recurso de apelación interpuesto en oportunidad procesal por el Distrito Especial de Bogotá contra el auto de 2 de febrero de 1983 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el cual decretó la suspensión provisional de los efectos de la frase "al Distrito" contenida en los artículos 5o. y 6o. del Decreto 1640 de 1982 expedido por el Alcalde Mayor de Bogotá, así como los del artículo 16 del mismo Decreto.

I. ANTECEDENTES

El abogado Francisco Zuleta, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 56 del C.C.A., ha solicitado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que declare la nulidad de los artículos 5o., 6o. y 16 del Decreto No. 1640 de 30 de julio de 1982 expedido por el Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá. Igualmente ha solicitado la suspensión provisional de la frase "al Distrito" contenida en los artículos 5o. y 6o. del Decreto 1640 de 1982 antes mencionado, así como de la totalidad del artículo 16 del mismo decreto.

Al hacer la corrección de la demanda el actor expresó lo siguiente en relación con la solicitud de suspensión provisional:

"Esta solicitud se basa en la manifiesta violación de las siguientes normas de derecho:

"a) Para la frase 'Al Distrito' contenida en los artículos 5 y 6, artículos 4 de la Constitución Nacional y 674 del Código Civil.

"La violación consiste en convertir en bienes municipales aquellos que por definición legal y constitucional lo son de la Nación por ser bienes de uso público.

"B) Para el Artículo 16 del mismo Decreto: Artículos 126 (a) del Acuerdo Distrital No. 7 de 1979 y el Artículo 22 del Acuerdo Distrital No. 2 de 1980 al distinguir donde el legislador no distinguió y, con ello, establecer situaciones no contempladas en el acto que pretenden reglamentar. Igualmente viola los artículos 187 y 194 de la Constitución, lo mismo que el 127 del Código de Régimen Político y Municipal, por cuanto en lugar de reglamentar los artículos 15 y 16 del Decreto 3133 de 1968, lo que hace es modificarlos".

II. LA PROVIDENCIA APELADA

Mediante la providencia apelada el Tribunal a-quo accedió a decretar la suspensión provisional de la frase "al Distrito" contenida en los artículos 5o. y 6o. del Decreto 1640 de 1982 del Alcalde Mayor de Bogotá Distrito Especial, así como también el artículo 16 del mismo decreto, con fundamento en las siguientes consideraciones:

"Establecen los artículos 5o. y 6o. del Decreto 1640 de 1982 del Alcalde Mayor de Bogotá:

"Artículo 5o. Cuando un terrero (sic) con tratamiento de desarrollo y/o Redesarrollo, en proceso de urbanización o no, se encuentra afectado por vías V-0 y/o V-1 y/o V-2 y/o V-3 y/o V-3E, su propietario deberá cedergratuitay obligatoriamente al Distrito el 7% del área bruta del mismo para la construcción de la vía. Cuando el área afectada excediere de ese 7% dicho excedente será negociado por el Instituto de Desarrollo Urbano.

"Artículo 6o. Todo terreno en proceso de urbanización que se encuentre afectado por vías arterias del Plan Vial deberá ceder gratuita y obligatoriamente al Distrito para tal fin el 7% de área bruta del lote a urbanizar. Cuando la afectación sea superior a dicho porcentaje, la diferencia será negociada por el Instituto de Desarrollo Urbano".

"Como ya se vio al transcribir la petición que se resuelve, estima el demandante que la expresión 'al Distrito' contenida en las normas impugnadas viola flagrantemente lo estatuido por los artículos 4o. de la Constitución Nacional y 674 del Código Civil, pues convierte en municipales bienes que, por ser de uso público, son de propiedad exclusiva de la Nación.

"Ahora bien; de la simple comparación entre las disposiciones acusadas y las de superior jerarquía citadas por el actor, surge de bulto, prima facie, la ostensible violación a estas últimas. En efecto: según el artículo 4o. de la Carta

'el territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenece únicamente a la Nación' y de conformidad con el 674 del Código Civil 'se llaman bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República' y 'si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión o bienes públicos del territorio'.

"Síguese de lo anterior que si las calles y vías públicas pertenecen exclusivamente a la Nación, por ser bienes de uso público, mal puede pretenderse por las normas acusadas que las zonas destinadas para tal fin deban cederse 'al Distrito', pues al hacerlo vulneran en forma directa y clara las normas constitucionales y legales citadas en el libelo.

"En cuanto se refiere al artículo 16 del mismo Decreto y cuya suspensión provisional también se solicita, se tiene lo consiguiente:

"Estima el demandante que esta disposición es violatoria de los artículos 126 (A) del Acuerdo No. 7 de 1979 y 22 del Acuerdo No. 2 de 1980, ambos del Concejo de Bogotá 'al distiguir donde el legislador (sic) no distinguió y, con ello, establecer situaciones no contempladas en el acto que pretender reglamentar' y agrega que por las mismas razones vulnera también los artículos 187 y 194 de la Constitución, 127 del Código de Régimen Político y Municipal, 15 y 16 del Decreto 3133 de 1968.

"Los artículos 126 (A) y 22 ya citados son del siguiente tenor literal:

"Acuerdo 7 de 1979.

"Artículo 126. Las cesiones para vías de uso público serán las siguientes:

"a) Vías Arterias del Plan Vial:

"Todo terreno en proceso de urbanización que se encuentre afectado por vías arterias del Plan Vial, debe ceder gratuitamente para tal fin el 7% del área bruta del lote a urbanizar. Cuando la afectación sea superior a dicho porcentaje, la diferencia será negociada con el Instituto de Desarrollo Urbano'.

"Acuerdo 2 de 1980.

"Artículo 22. Cuando un terreno con tratamiento de desarrollo, y/o redesarrollo se encuentre afectado por vías V-0 y/o V-1 y/o V-2 y/o V-3 y/o V-3E, el propietario deberá ceder obligatoriamente el siete por ciento (7%) del área bruta del mismo para la construcción de la vía. Cuando el área afectada excediere de este siete por ciento (7%), dicho excedente será negociado por el Instituto de Desarrollo Urbano'.

"Por su parte la disposición acusada estatuye:

"Artículo 16. Cuando un terreno esté afectado por una o más vías de la Malla Vial Arterial y dadas sus características y diseño urbanístico no se prevea una Malla Vial Local y se utilice las vías del Plan Vial para acceder a los lotes resultantes del proceso de urganización, ésta será considerada como vía local y el urbanizador está en la obligación de construir y ceder la vía, en un ancho mínimo equivalente a una vía V-4, a ser definido por el Departamento Administrativo de Planeación Distrital'.

"De la simple lectura de las normas de superior jerarquía primeramente transcritas se desprende con meridiana claridad que ellas se refieren a terrenos en proceso de urbanización o con tratamiento de desarrollo y/o redesarrollo que se encuentren afectados por vías arterias del Plan Vial, sin hacer diferenciación si unos u otros tienen o no vías locales, distinción que sí hace la norma reglamentaria, por lo cual desborda, vulnerando en forma manifiesta, no solo las disposiciones que pretendió reglamentar sino también los demás artículos constitucionales y legales invocados por el demandante".

III. SUSTENTACION DEL RECURSO

El Distrito Especial de Bogotá al sustentar el recurso de apelación expresa que "todas las vías que circundan y atraviesan el Distrito Especial de Bogotá, han sido cedidas por todos y cada uno de los urbanizadores que han desarrollado terrenos urbanísticos dentro del territorio distrital. Estas cesiones han sido siempre regladas por acuerdos distritales, de los cuales me permito citar los que hoy están vigentes tales como el Acuerdo 65 de 1967, modificado por el Acuerdo 22 de 1972, a esta modificación solo correspondió el procedimiento para urbanizar terrenos del Distrito Especial de Bogotá".

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

No comparte la Sala las razones expuestas por el Tribunal a-quo para decretar la suspensión provisional de los actos a administrativos acusados, porque en su concepto no existe una violación ostensible, manifiesta, apreciable a simple vista, entre las normas acusadas y las de superior jerarquía que se invocan en la solicitud de suspensión provisional, por las siguientes razones:

a) Los artículos 5o. y 6o. del Decreto 1640 de 1982 expedido por el Alcalde Mayor de Bogotá, que contienen la expresión suspendida "al Distrito", son del siguiente tenor:

"Artículo 5o. Cuando un terreno con tratamiento de desarrollo y/o redesarrollo en proceso de urbanización o no, se encuentra afectado por vías V-0 y/o V-1 y/o V-2 y/o V-3 y/o V-3E, su propietario deberá ceder gratuita y obligatoriamente *al Distrito* el 7% del área bruta del mismo para la construcción de la vía. Cuando el área afectada excediere ese 7% dicho excedente será negociado por el Instituto de Desarrollo Urbano" (se subraya).

"Artículo 6o. Todo terreno en proceso de urbanización que se encuentre afectado por vías arterias del Plan Vial deberá ceder gratuita y obligatoriamente *al Distrito* para tal fin el 7% del área bruta del lote a urbanizar. Cuando la afectación sea superior a dicho porcentaje, la diferencia será negociada por el Instituto de Desarrollo Urbano" (se subraya).

Según opinión del Tribunal, que acoge el criterio del demandante, la expresión "al Distrito" contenida en las normas impugnadas viola flagrantemente lo estatuido por los artículos 4o. de la C. N. y 674 del Código Civil, porque convierte en municipales bienes que por ser de uso público son de propiedad exclusiva de la Nación.

La Sala estima que el artículo 4o. de la C. N. ha sido mal interpretado y que al artículo 674 del Código Civil se le ha dado un alcance que no tiene. Pues, el

primero de los citados artículos al expresar que "el territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenece únicamente a la Nación", está consagrando lo que se ha denominado en derecho constitucional "el dominio eminente", "dominio alto" o "dominio indirecto", que es el derecho que tiene el Estado en su condición de persona jurídica, de emplear el territorio y los bienes en él contenidos pra los fines del interés público o social. El dominio eminente expresa una relación entre el Estado, considerado como persona jurídica internacional, y el territorio, pero es una relación distinta a la que se expresa en el concepto de propiedad privada o propiedad de las personas jurídicas de derecho público.

En cuanto al alcance del artículo 674 del Código Civil debe tenerse en cuenta tanto el contexto de dicho artículo, que se trata de los bienes de la Unión, así como la fecha en que originalmente fue expedida la norma (26 de mayo de 1873), porque existía el federalismo en nuestro país. Por lo tanto, no deben confundirse los "bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio" con los bienes de los Departamentos de uso público o con los bienes de los Municipios de uso público, los cuales les pertenecen a dichas entidades territoriales.

Se tiene entonces que si los Departamentos y Municipios pueden ser propietarios de bienes de uso público, como las calles, plazas, puentes y caminos, no puede decirse que las normas acusadas violan manifiestamente el artículo 674 del Código Civil.

b) En cuanto al artículo 16 del Decrto 1640 de 1982, también suspendido por el Tribunal a-quo, se tiene que esta norma expresa lo siguiente:

"Cuando un terreno esté afectado por una o más vías de la Malla Vial Arterial y dadas sus características y diseño urbanístico no se prevea una Malla Vial Local y se utilice las Vías del Plan Vial para acceder a los lotes resultantes del proceso de urbanización, ésta será considerada como vía local y el urbanizador está en la obligación de construir y ceder la vía, en un ancho mínimo equivalente a una Vía V-4, a ser definido por el Departamento Administrativo de Planeación Distrital".

Estima el Tribunal que la anterior disposición viola en forma flagrante los artículos 126 (A) del Acuerdo No. 7 de 1979 y 22 del Acuerdo No. 2 de 1980 expedidos por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá, al distinguir donde el legislador no distinguió y con ello establecer situaciones no contempladas en el acto que pretende reglamentar, y que por las mismas razones vulnera también los artículos 187 y 194 de la Constitución, 127 del C. de R. P. y M., 15 y 16 del Decreto 3133 de 1968, pero el Tribunal se limita a transcribir las normas de los Acuerdos citados, que son del siguiente tenor:

Artículo 126. Acuerdo 7 de 1979. "Las cesiones para vías de uso público serán las siguientes:

"a) Vías Arterias del plan vial:

"Todo terreno en proceso de urbanización que se encuentre afectado por vías arterias del Plan Vial, debe ceder gratuitamente para tal fin el 7% del área

bruta del lote a urbanizar. Cuando la afectación sea superior a dicho porcentaje, la diferencia será negociada con el Instituto de Desarrollo Urbano".

Artículo 22. Acuerdo 2 de 1980. "Cuando un terreno con tratamiento de desarrollo, y/o redesarrollo se encuentre afectado por vías V-0 y/o V-1 y/o V-2 y/o V-3 y/o V-3E, el propietario deberá ceder obligatoriamente el 7% del área bruta del mismo para la construcción de la vía. Cuando el área afectada excediere de este 7%, dicho excedente será negociado por el Instituto de Desarrollo Urbano".

Al hacer la comparación se encuentra que el artículo 16 del Decreto 1640 trata "de la Malla Vial Arterial", expresión que no se encuentra en las normas superiores que se dicen infringidas, como tampoco la expresión "Malla Vial Local", las cuales están definidas en el artículo 1o. del citado Decreto 1640. Por lo tanto, no es posible obtener una comprensión exacta del alcance del artículo 16 acusado si no se tienen en cuenta otras normas del Decreto 1640. De esto se desprende que la violación alegada no se puede apreciar a simple golpe de vista. Sería necesario hacer un razonamiento jurídico impropio de un auto de suspensión provisional.

Las consideraciones anteriores son más que suficientes para concluir que debe revocarse la providencia apelada.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, revoca el auto apelado proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en su lugar se dispone no acceder a la solicitud de suspensión provisional de la expresión "al Distrito" contenida en los artículos 5o. y 6o. del Decreto 1640 de 1982 expedido por el Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, así como del artículo 16 del mismo Decreto.

Ejecutoriada esta providencia, vuelvan los autos al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha nueve de junio de mil novecientos ochenta y tres.

Mario Enrique Pérez V., Jacobo Pérez Escobar, Samuel Buitrago Hurtado, Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

CAPITULO II

ACUERDOS DE LOS CONCEJOS

CONTRIBUCION DE VALORIZACION. La contribución de valorización sobre obras de pavimentación no cobija o encierra la de efectuar cobros similares por obras de repavimentación, dado que esta

última es una función de mantenimiento que no constituye obra nueva, por lo cual, además está excluida de la mencionada contribución.

Suspensión provisional de los artículos 85 y 87 del Acuerdo 29 de diciembre 13 de 1974 expedidos por el Concejo Municipal de Bucaramanga (Confirmación).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Bogotá, D.E., ocho de junio de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Gustavo Humberto Rodríguez**

Actor: **Alfonso Gómez Castaño**

Referencia: Expediente No. 9.594. Apelación del auto de abril 13 de 1983 del Tribunal Administrativo de Santander. Nulidad y suspensión provisional de las partes pertinentes de los artículos 85 y 87 del Acuerdo No. 29 de diciembre 13 de 1974 expedidos por el Concejo Municipal de Bucaramanga. Auto.

Se resuelve en esta providencia el recurso de apelación interpuesto contra de 13 de abril de 1983, proferido por el Tribunal Administrativo de Santander, por medio del cual se decretó la suspensión provisional de los artículos 85 y 87 del Acuerdo No. 29 de 13 de diciembre de 1974, emanado del Concejo Municipal de Bucaramanga, "por el cual se adopta el Código de Rentas del Municipio". Tal auto suspende el artículo 85 en cuanto faculta al Municipio de Bucaramanga para exigir el costo de las obras de repavimentación de calles a los propietarios de bienes inmuebles; y suspende el artículo 87 en cuanto a la palabra "repavimentación".

El artículo 85 citado es del tenor siguiente:

Artículo 85. En los términos de las disposiciones legales que facultan al Municipio para adelantar las obras de pavimentación y repavimentación de calles, el costo de las mismas será exigible, a los respectivos propietarios de bienes inmuebles, ya sea que las realice el Municipio con sus propios recursos, o con fondos provenientes del Tesoro Nacional, o Departamental, o que dichas entidades las ejecuten con o partes necesarias de sus planes viables (sic).

Y en lo pertinente, dispone el artículo 87:

"En todo lo relativo a las obras de pavimentación y repavimentación regirán las normas establecidas por la Secretaría de Obras Públicas en cuanto al cobro de las cuotas correspondientes, plazos para satisfacerlas y exenciones.

ARGUMENTOS DEL ACTOR

El actor sustentó su petición de suspensión provisional diciendo:

"Respetuosamente solicito de ese Tribunal la suspensión provisional del acto administrativo acusado por cuanto considero que existe una manifiesta y ostensible violación de normas superiores de derecho, entre ellas el artículo 169, numeral 2o. y 171, numerales 4o., que prohíbe imponer contribuciones en cualquier forma a la propiedad inmueble cuando ésta se halla gravada con el

impuesto predial, y 9o. que prohíbe gravar objetos ya gravados por la Nación o el Departamento. Trata esta norma de evitar la doble tributación, obedeciendo a sabios principios de Hacienda Pública, los cuales también inspiran la legislación impositiva en los órdenes Nacional y Departamental.

"Se ha dicho que el Concejo es una corporación netamente administrativa a quien corresponde dirigir dentro de su órbita respectiva y dentro de las facultades que la ley le ha concedido la acción administrativa municipal. No obstante que al Concejo Municipal se le ha dado la designación de cuerpo legislativo, éste no puede imponer ninguna contribución ya que esta facultad impositiva corresponde al parlamento. El Concejo Municipal se halla subordinado, sujeto a lo que la ley la autorice en materia de creación de impuestos, pues como se expresó anteriormente, es el órgano legislativo quien debe fijar la manera, la forma, la época, y en general dar autorización para crear impuestos. Así las cosas para que el Concejo Municipal de Bucaramanga, pudiera dictar el acuerdo en sus artículos impugnados (acuerdo número 29 de diciembre 13, artículos 85 y 87) que impone un gravamen, una contribución, un impuesto, ha debido buscar respaldo bien en la Constitución o bien en la ley, poder que no se ha otorgado ni menos autorizado. Lo que significa que si la Constitución, la ley o las Ordenanzas no facultaron al Concejo Municipal de Bucaramanga para proferir el acto administrativo objetado, mal podía esta entidad proceder hasta tanto no exista una norma positiva que le dé autorización.

ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL

Por su parte el Tribunal fundamentó su decisión de suspender provisionalmente tales artículos, entre otros, con las siguientes consideraciones:

"Ciertamente el Acuerdo acusado en la parte pertinente de los artículos 85 y 87 es ostensiblemente violatorio del artículo 169, ordinal 2o. del C.R.P.M., que faculta a los Concejos Municipales para imponer contribuciones para el servicio municipal, dentro de los límites señalados por la Ley y las Ordenanzas... y la ley en este caso no ha dado facultad para imponer el gravamen de repavimentación de calles, razón por la cual también se violó el artículo 171, ordinales 4o. y 8o. ibídem que prohíben gravar con impuesto...; e imponer contribuciones en cualquier forma a la propiedad inmueble, cuando esta se halle gravada con el impuesto predial:... Gravar objetos ya gravados por la nación o por el departamento... Tampoco se trata de la contribución de valorización que tiene unas exigencias y un tratamiento particulares, no observados en el asunto sub-lite, porque, si se consulta la legislación que autoriza la contribución por valorización, observamos que no la autoriza para su sostenimiento que es un gasto ordinario que corre por cuenta de fondos comunes y mucho menos para gravar o exigir contribuciones por ellos a los respectivos propietarios de bienes inmuebles.

"Además, los impuestos y contribuciones que los Concejos pueden crear o imponer dentro de su comprensión municipal, no figura por parte alguna la de repavimentación de calles, lo que indica que es palpable la inobservancia de uno de los presupuestos que la atribución segunda del artículo 169 ibídem exige para que los citados cuerpos edilicios puedan imponer impuesto y contribuciones, cual es la de ceñirse a lo estipulado en las leyes y en las ordenanzas, haciendo caso omiso al mandato consagrado en el numeral 2o. del Art. 197 de la Carta, esto es, que esta norma constitucional también fue quebrantada por el Cabildo.

CONSIDERA LA SALA:

La Sala encuentra jurídicas las argumentaciones dadas por el a-quo al decretar la aludida suspensión provisional.

En ocasiones anteriores, esta Corporación ha expresado que la autorización legal dada para establecer el gravamen de valorización sobre obras de pavimentación, no cobija o encierra la de efectuar cobros similares por obras de repavimentación, dado que esta última es una función de mantenimiento, que no constituye obra nueva, por lo cual, además, está excluida de la mencionada contribución. Hacerlo, implicaría cobrar un doble gravamen sobre la misma obra pública.

De otra parte, es ostensible la violación de las normas superiores citadas por el a-quo, por lo cual se dan las exigencias del artículo 94 del C.C.A.

Por estas razones no tienen acogida los argumentos expuestos por el apoderado del Municipio de Bucaramanga.

En mérito de lo expuesto, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

Confirmar el auto apelado.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Gustavo Humberto Rodríguez, Bernardo Ortiz Amaya, Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Coon.

Jorge A. Torrado, Secretario.

CAPITULO III

ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN MUNICIPAL

EMBARAZO. EMPLEADA OFICIAL DEL ORDEN DEPARTAMENTAL, INTENDENCIAL, COMISARIAL, DISTRITAL o MUNICIPAL. En el caso de despido o de remoción de una empleada oficial embarazada y que pertenezca al orden Departamental, Intendencial, Comisarial, Distrital o Municipal, las normas aplicables son las contenidas en las Leyes 53 y 197 de 1938, en los Decretos 1632 y 2530 del mismo año, y en el 953 de 1939.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.E., veinte de junio de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Joaquín Vanín Tello**

Actor: **Betsy del Carmen Valoyes Hurtado**

Referencia: Expediente No. 8.527 Asuntos Municipales

La señora Betsy del Carmen Valoyes Hurtado, actuando por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, demandó al Municipio de Quibdó ante el Tribunal Administrativo del Chocó, con el fin de obtener las siguientes declaraciones:

"1a. Es nula la Resolución No. 045 del 7 de abril de 1982, emanada de la Tesorería Municipal de Quibdó, mediante la cual declara insubsistente a mi mandante del cargo de mecanógrafa.

"2a. Es nula, también, la Resolución 053 del 8 de junio de 1982, emanada de la Tesorería Municipal de Quibdó, mediante la cual deroga la Resolución No. 045 del 7 de abril de 1982 y resuelve declarar sin motivación, insubsistente a mi mandante del cargo de mecanógrafa.

"3a. El Municipio de Quibdó pagará a la demandante a título de indemnización los sueldos dejados de recibir, así como la indemnización correspondiente a sesenta (60) días, y, el pago de ocho (8) semanas de descanso remunerado, sin perjuicio de las demás prestaciones indemnizaciones a que hubiere lugar, desde cuando fue ilegalmente separada del cargo hasta el día que sea reintegrada.

"4a. El Municipio de Quibdó está obligado a pagar a mi mandante, fuera de lo anterior, el valor de los gastos, asistencia médica obstétrica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria que haya hecho y haga por causa del embarazo, nacimiento de su hijo, puerperio y pediatría.

"5a. La entidad obligada dará cumplimiento a cada providencia dentro del término señalado en el Art. 121 del C.C.A.".

Según la relación que hace la actora de los hechos en que se fundamenta su demanda, desempeñaba en la Tesorería Municipal de Quibdó el cargo de mecanógrafa; pero el nuevo Tesorero Municipal la presionó, primero, para que renunciara y posteriormente le declaró insubsistente el nombramiento, mediante la Resolución No. 045 del 7 de abril de 1982, a pesar de que se encontraba en la decimocuarta semana de embarazo. Además, dice el apoderado de la actora, "en las llamadas de atención que el Tesorero Municipal le hizo a mi mandante y que dice hizo consignar en las Resoluciones Nos. 039 y 042, con los memorandos 01 y 07, no acudió al debido proceso. ni se utilizó el procedimiento adecuado de que dan cuenta los Arts. 150 y 151 del Decreto 1950/73".

Como disposiciones violadas se señalan los artículos 16, 17, 20, 26 de la Constitución Nacional; 6 del C. de P. C., 150 y 151 del Decreto 1950 de 1973, 24 del Decreto 2733 de 1959; 39, 40, 41 del Decreto 1848 de 1969 y artículo 8o. de la Ley 153 de 1887.

Al desarrollar el concepto de la violación, dice la demandante que se violaron los artículos 26 de la Constitución Nacional y 150 y 151 del Decreto 1950 de 1973, cuyo artículo 140 "aconseja" un orden para imponerlas; hubo abuso de autoridad porque el Tesorero Municipal de Quibdó derogó la Resolución 045 del 7 de abril de 1982, mediante aquella que la sustituyó, con lo cual violó el artículo 24 del decreto 2733 de 1959, pues se requería el consentimiento de la actora, ya que el acto revocado había creado "una situación jurídica individual". Además, como lo accesorio sigue a lo principal, si la Resolución 045 debe tenerse por no escrita debido a que no reúne los requisitos procesales, no tiene valor la Resolución No. 059, "que pretende derogar lo que no existe" (sic).

Finalmente, además de violarse las citadas disposiciones constitucionales y legales por falta del debido proceso para imponer una sanción, fueron violados concretamente los artículos 39, 40 y 41 del Decreto 1848 de 1969, que protegen la maternidad.

El Tribunal Administrativo del Chocó, mediante sentencia del 22 de noviembre de 1982, accedió a las súplicas de la demanda y en consecuencia declaró la nulidad de las resoluciones acusadas, ordenó el reintegro de la actora, y el pago a su favor, de indemnización, multa y prestaciones sociales.

SON FUNDAMENTOS DEL FALLO DEL TRIBUNAL:

"Como su estado de gravidez y la forma irreglamentaria como fue declarada insubsistente le dan derecho a ser reintegrada, debido a que la primera Resolución 045 de abril 7, es motivada por el señor Tesorero Municipal Demetrio Quintín Valencia y la 053 de 8 de junio del mismo año cuando había sido conocida la primera aunque diga que modifica la primera, no teniendo poder reglamentario el señor Demetrio Quintín Valencia, pues al modificar la primera dejó sin motivación la segunda, habiéndose excedido, sin tener en cuenta lo que señalaban para tales casos los Arts. 150 y 151 del Decreto 1950, el Art. 24 del Decreto 2733 de 1959 y los Arts. 39, 40 y 41 del Decreto 1848 de 1969 y el Art. 91 del C.C. Este último y el Decreto 3135 prohíben despedir a una mujer en estado de embarazo y en ninguna de las resoluciones citadas aparece el verdadero motivo para despedirla que no era otro que la presunción legal que tales normas señalan. Además el numeral 2o. del artículo 41 dice lo dispuesto en los literales anteriores es sin perjuicio de las demás indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar, conforme al vínculo jurídico existente con la ex-empleada oficial al tiempo del despido, y a los que dispone la Ley 73 de 1966, además este artículo 8o. de esta ley está citado por el artículo 41 del decreto aludido.

"Además el Decreto 3135 de 1968, Art. 39 prohíbe también tales despidos durante el embarazo y 3 meses después del parto, la parte final de este artículo señala el procedimiento a seguir, el fue pretermitido, no hubo debido proceso, nulidad que señala el artículo 26 de la Carta.

"Hay objeto ilícito en todo acto o contrato prohibido por la ley, Art. 1523 del Código Civil. La sanción la trae el artículo 8o. de la Ley 73 de 1960 inserto en el artículo 41 del Decreto 1848 de 1969 ya citado, norma ésta aplicable a los trabajadores oficiales y a los empleados públicos.

"En el más benigno de los casos la resolución inexistente No. 053 de junio 8 de 1982, no fue motivada y tenía que serlo; sufre efectos o debe atenerse el fallador de lo que dice la presunción legal. Durante la Inspección Judicial el señor Demetrio Quintín Valencia, Tesorero, autor de ambas resoluciones declaró libremente, sin adherir a los verdaderos motivos que tuvo para despedir a la actora".

Entiende la Sala que para el Tribunal Administrativo del Chocó la ilegalidad de los actos acusados resulta de lo siguiente:

1o. Habiendo sido motivada y conocida la primera de las resoluciones acusadas, el Tesorero Municipal de Quibdó carecía de facultad legal para modificarla y en sustitución de ella dictar otra sin motivación alguna; además, se opone a ello el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959, el cual establece que "cuando el acto administrativo haya creado una situación jurídica individual, o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular". 2o. La Resolución No. 053 del 8 de junio de 1982 tenía que ser motivada y no lo fue. 3o. Se pretermitió el procedimiento prescrito en el artículo 39 del Decreto 3135 de 1968 (se debió citar el artículo 21 o el Decreto 1848 de 1969) para separar del servicio a una empleada en estado de embarazo o que se encuentra dentro del período de los tres meses subsiguientes al parto o al aborto.

Habiendo sido consultada la sentencia del Tribunal y no observándose vicios que invaliden la actuación, procede la Sala a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Habrá de ser revocada la sentencia consultada y denegadas las súplicas de la demanda, pues carecen de razón tanto el demandante en sus pretensiones como el Tribunal en su decisión. No tienen asidero legal los argumentos del actor y los no muy claros razonamientos del Tribunal, como se demostrará a continuación.

a) El acto acusado no pudo violar los artículos 39, 40 y 41 del Decreto 1848 de 1969, como tampoco los artículos 140, 150 y 151 del Decreto 1950 de 1973, por la sencilla razón de que esas disposiciones no tienen aplicación sino respecto de empleados públicos del orden nacional. Ambos reglamentan decretos extraordinarios que, con algunas excepciones, tienen su cargo de aplicación restringido a los empleados oficiales del orden nacional.

Los artículos 7o. del Decreto 1848 de 1969 y 1o. del Decreto 1950 de 1973 dicen, en su orden:

"Las normas de este decreto y del Decreto 3135 de 1968, que consagran prestaciones sociales, se aplicarán a los empleados públicos nacionales de la Rama Administrativa del Poder Público, mientras la ley no disponga otra cosa".

"El presente Decreto regula la administración del personal civil que presta sus servicios en empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público en lo

Nacional, con excepción del personal del ramo de la defensa. Los empleos civiles de la Rama Ejecutiva integran el Servicio Civil de la República".

En el caso de despido o de remoción de una empleada oficial embarazada o que se encuentre en el período de los tres meses posteriores al parto y que pertenezca al orden departamental, intendencial, comisarial, distrital o municipal, las normas aplicables son las contenidas en las Leyes 53 y 197 de 1938, en los Decretos 1632 y 2530 del mismo año y en el 953 de 1939.

b) Sólo para abundar en razones, pues sobre el particular basta lo dicho en el punto anterior, se debe anotar que no está demostrado en el proceso que el Tesorero Municipal de Quibdó estuviera enterado del estado de embarazo de la actora cuando dictó su resolución de insubsistencia.

Al comentar el artículo 21 del Decreto 3135 de 1968, aplicable solo en el orden nacional, dijo la Sala, en sentencia del 17 de marzo de 1982.

"La Sala no ha encontrado fuerza de convicción suficiente en los planteamientos del salvamento de voto analizado, ni del concepto Fiscal, por cuanto el artículo 21 del Decreto 3135 de 1968 al consagrar la prohibición del retiro sin justa causa durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto o aborto, y al establecer la presunción de que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo cuando ha tenido lugar dentro de los períodos antes indicados, tiene que partir de un hecho cierto, demostrado, y es el estado de embarazo. De allí que la consecuencia de la presunción es que la entidad empleadora deba ser condenada a una indemnización equivalente a los salarios o sueldos de sesenta días cuando la trabajadora es despedida por motivo de embarazo. La indemnización equivale a una sanción para la entidad empleadora y no es concebible la imposición de sanciones cuando el sancionado no conoce los hechos que motivan la sanción, en este caso, el hecho mismo del embarazo. Por lo tanto la entidad oficial que en ejercicio del poder discrecional declara insubsistente a una empleada de libre nombramiento y remoción, sin tener conocimiento alguno de que tal empleada se encuentra en estado de embarazo, no podría ser sancionada por haber obrado de buena fe y en ejercicio de una competencia legítima.

"No es el estado notorio de embarazo lo que sirve de pauta para medir la responsabilidad del agente empleador, sino el aviso certificado médicamente que la empleada suministra lo que marca la iniciación de la presunción de despido por motivo de embarazo. En dicha presunción va envuelta la noción de la buena o mala fe conque actúe el empleador. Y no es concebible que éste sea sancionado con el pago de la indemnización prevista en el artículo 21 antes citado si al decretar la insubsistencia de buena fe el empleador no tenía medio efectivo alguno para conocer el estado de embarazo de la empleada.

"La tesis sostenida en el salvamento de voto conduciría a eliminar la figura jurídica de la insubsistencia para las empleadas, porque es evidente que cualquier mujer, soltera o casada, puede en cualquier momento encontrarse en estado de embarazo; los empleados no podrían entonces decretar una insubsistencia sin practicar previamente las comprobaciones médicas requeridas para establecer el estado de la empleada, lo cual sin duda alguna iría contra la dignidad de la mujer y la reserva de su vida privada" (Expediente No. 5877.

Autoridades Nacionales. Actora: Carmen Alicia Gil de Ragua. Ponente: Dr. Ignacio Reyes Posada).

c) En lo que respecta a la presunta violación del artículo 24 del Decreto 2733 de 1958, hay que anotar que la norma exige "el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular" para la revocación de un acto administrativo que haya creado una situación jurídica individual en beneficio de una persona o le haya reconocido un derecho de igual categoría. ¿Cómo se puede sostener que la Resolución que primero declaró la insubsistencia del nombramiento de la actora creó en beneficio de ella una situación jurídica o reconoció un derecho a su favor? Por lo demás, la norma no es aplicable a actos como los que declaran la insubsistencia de un nombramiento o lo revocan, pues extinguen una situación objetiva, legal y reglamentaria, que es la del empleo público, aunque de ella derivan situaciones de índole subjetiva, que son de carácter subordinado.

d) En la inspección judicial se comprobó que a la demandante se le habían hecho "llamadas de atención" y se le habían impuesto sanciones; de suerte que no era inexacta la afirmación que al respecto se hizo en los "considerandos" de la Resolución No. 045 de 7 de abril de 1982, salvo en cuanto omitió mencionar las sanciones que se impusieron a la actora. Si se cumplió o no el procedimiento del caso para imponer esas sanciones es cosa que no puede entrar a examinar la Sala, pues los actos correspondientes no fueron acusados.

Estima la Sala que las anteriores consideraciones son suficientes para revocar la sentencia consultada y negar las peticiones de la demanda, principalmente porque las normas de los Decretos 1848 de 1969 y 1950 de 1973, invocadas por la actora, no son aplicables en el orden municipal y el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959 no fue violado por los actos acusados; por lo mismo, no quedó demostrada la violación de los artículos 16, 17, 20 y 26 de la Constitución Nacional, el tercero de los cuales trata exclusivamente de la responsabilidad de los particulares y de los funcionarios públicos. Tampoco pudo ser infringido el artículo 8o. de la Ley 153 de 1887, que se refiere a la analogía y a la aplicación supletoria de "la doctrina constitucional y de las reglas generales de derecho".

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

FALLA:

Revócase la sentencia consultada, proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, el 22 de noviembre de 1983, y en su lugar se dispone:

Niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 6 de mayo de 1983.

Los consejeros,

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

Título IV

Indemnizaciones

CAPITULO I

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

SENTENCIA PENAL.

Es un documento público idóneo para demostrar la condena proferida conforme el texto del artículo 28 C.P.P.; idóneo para demostrar en el proceso civil la ocurrencia de los hechos que conformaron el delito sancionado.

La sentencia penal en cuanto a la condena y en cuanto a los hechos que la fundamentan prueba contra todos, porque es producto de una acción típicamente pública, distinta a la acción interpartes del derecho privado. La responsabilidad de un condenado y los hechos que causaron la infracción declarados en una sentencia penal ejecutoriada, no pueden ser puestos en duda por nadie porque ha sido el Estado mismo, a nombre y en interés de la sociedad el que ha adelantado y fiscalizado el proceso y la jurisdicción especializada la que lo ha fallado.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, D.E., veintidós de noviembre de mil novecientos ochenta y dos (1982).

Consejero ponente: **Dr. Eduardo Suescún Monroy**

Actor: **Dioselina Hernández de Narváez y otros.**

Referencia: Expediente No. 2.622

En ejercicio de la acción correspondiente, el apoderado judicial de Dioselina Hernández de Narváez y de sus hijos menores Alirio, Lisímaco, Deyanid, Hugo y Jercy Narváez Hernández, presentó demanda ante esta Corporación el 11 de diciembre de 1973 con la pretensión de obtener, previos los trámites respectivos, los siguientes declaraciones y condenas:

"Primera. Que la Nación Colombiana es responsable de las lesiones corporales sufridas por el ciudadano colombiano, señor José Orlando Narváez Tapia, a manos del agente de policía nacional, en servicio, señor Jorge Emilio

Torres, lesiones que afectaron al primero en su integridad personal y corporal ocasionándole en forma inmediata la muerte, en presencia de consternados y pacíficos ciudadanos de San Antonio de Anaconia.

"Segunda. Que, como consecuencia de la anterior declaración, la Nación Colombiana debe pagar a mis poderdantes, o a quien sus derechos represente, en su calidad de cónyuge sobreviviente y herederos del mencionado ciudadano José Orlando Narváez Tapia, el monto total de los perjuicios materiales por él sufridos.

"Tercera. En subsidio que la Nación Colombiana debe pagar a mis poderdantes, o a quienes sus derechos represente el monto total de los perjuicios sufridos con ocasión de la pérdida de la vida del ciudadano colombiano José Orlando Narváez Tapia.

"Cuarta. Que la Nación Colombiana debe pagar a mis poderdantes o a quienes sus derechos represente, el valor de los perjuicios morales de todo orden a ellos causados con la muerte del esposo y padre, ciudadano colombiano José Orlando Narváez Tapia.

"Quinta. Que se actualice el monto de los perjuicios al valor del poder adquisitivo de nuestra moneda, en la fecha de la sentencia; que se hagan los incrementos anuales de sus entradas e igualmente que en la indemnización se distingan dos períodos: el de los perjuicios actualmente debidos y el de los futuros, y que para el pago del primer período se condene a la Nación a pagar a mis mandantes el valor de los intereses corrientes de las sumas debidas.

"Sexta. Que se dé cumplimiento al fallo condenatorio dentro del término establecido en el Art. 121 del Código Contencioso Administrativo.

Los hechos, fundamento de las pretensiones son:

"a) Para el día (14) de diciembre del año de 1975 se encontraba en servicio activo, como cabo de la policía nacional, y como Comandante del puesto de Policía de San Antonio de Anaconia, el señor Jorge Emilio Torres, el cual había sido destacado a dicho puesto desde tiempo anterior.

"b) Correspondía al cabo de la policía Jorge Emilio Torres, preservar el orden y la tranquilidad ciudadanas, pues es bien sabido que las autoridades nuestras están instituidas por la Constitución Nacional para garantizar la vida y la honra de los ciudadanos colombianos, lo mismo que la paz social.

"c) Como autoridad que era, pues, el cabo de la Policía Jorge Emilio Torres, le cumplía el deber, además de garantizar la vida de los ciudadanos de San Antonio de Anaconia. Pero alejándose de este precepto de orden constitucional y legal, el día (14) de diciembre de 1975, y cerca de las siete de la mañana, el citado cabo Jorge Emilio Torres, quebrantando el orden social, que había garantizado preservar, sin motivo justificado alguno disparó su arma de fuego, un revólver de dotación oficial, actuando al servicio de la Institución de la Policía Nacional, como Comandante del puesto de San Antonio de Anaconia, sobre la humanidad del señor José Orlando Narváez Tapia, a quien le proporcionó lesiones corporales de carácter mortal que le ocasionaron la pérdida total de su salud y por cuyo motivo se produjo su fallecimiento fulminantemente.

"d) Estos hechos ocurrieron en la Inspección de Policía de San Antonio de Anaconia, en la caseta comunal, ubicada en la plazoleta del caserío, en los momentos en que el pacífico ciudadano José Orlando Narváez Tapia, ahora occiso, se colocaba, al lado del señor Inspector José María Ordóñez, quien se proponía saludar al cabo de la policía comandante del puesto, Jorge Emilio Torres.

"e) Las lesiones sufridas con el proyectil disparado con el arma de fuego, por el cabo de la Policía Jorge Emilio Torres, quien accionara dicha arma en forma criminal y sin ningún miramiento a la guarda del orden, que era su deber, fueron de carácter necesariamente mortal, y el lugar del impacto, la cabeza del occiso, con orificio de entrada de bala en la frente con salida por detrás de la misma. En efecto la necropsia establece que se observó una herida de entrada por región brogmática de 5 mm. de diámetro y orificio de salida de 15 mm. a nivel de la sutura parieto-temporoccipital izquierdo de bordes bien dislacerados y una escoriación costrosa en el campo clavicular externo derecho, significándose que toda la bóveda craneana está fragmentada en cinco pedazos óseos con rasgos de fractura que se detiene a nivel de peñasco izquierdo comprometiendo toda la parte media del temporal. Esta necropsia luego de hacer una relación de los demás sectores cerebrales afectados, concluye que la muerte se produjo, en el caso del occiso, por dislaceración cerebral por herida de arma de fuego.

"f) La forma como ocurrieron los hechos y las circunstancias que rodearon la muerte del señor José Orlando Narváez Tapia, de todo lo cual da cuenta el proceso penal que la justicia ordinaria instruyó y falló en contra del responsable, cabo de la policía Jorge Emilio Torres, proceso que cursó y se definió en el Juzgado Segundo Superior de Neiva, indican que las lesiones y la pérdida de la vida del ciudadano José Orlando Narváez Tapia, se debieron a fallas en el servicio de la Policía Nacional, consistentes en la conducta criminosa con que obró nada menos que el comandante del puesto de policía, cabo Jorge Emilio Torres, pues sin ningún reato dicho agente disparó su arma de dotación oficial, en tal forma que impactó la humanidad del desafortunado ciudadano Narváez Tapia. El proceder del cabo Torres se situó en un terreno de irresponsabilidad y de quiebra del orden social, pues en vez de proteger la vida de los asociados atentó contra la existencia de una unidad humana de la colectividad.

"g) La falla en el servicio de la policía consiste en este caso, en que se utilizó un revólver de dotación oficial, precisamente por un cabo de la policía comandante del puesto, para acabar con la vida de un indefenso campesino, que jamás creyó que el encargado de guardar el orden, fuera el que justamente atentara contra su existencia.

"h) Por el insuceso de que hemos hablado, perdió en su totalidad la capacidad laboral el ciudadano José Orlando Narváez Tapia, hombre dedicado a las faenas agrícolas, tanto que instantáneamente se extinguió definitivamente su vida.

"i) El occiso Narváez Tapia se dedicaba al trabajo agrícola a lo cual agregaba operaciones comerciales con productos agrícolas, todo lo cual representaba una entrada para su familia, su esposa y sus hijos, es decir para su hogar, que en ningún caso podría ser menor a los cinco mil pesos ($5.000.oo)

mensuales, pues en ocasiones sus entradas mensuales podrían doblar esta suma.

"j) Al momento de su muerte José Orlando Narváez Tapia, se encontraba en plena juventud pues había cumplido los treinta y tres (33) años y de acuerdo con las tablas sobre el promedio de vida de la persona humana en nuestro país, que es de sesenta (60) años, al citado señor le quedaría de no haber muerto, una vida probable por veintisiete (27) años. Los que ha dejado de trabajar, en virtud de la muerte, es lo que representa el lucro cesante, durante todos esos veintisiete (27) años, para la esposa reclamante y para sus menores hijos legítimos, que hemos citado al principio de esta demanda indemnizatoria. También de ello se desprende un daño emergente, conforme a nuestra legislación civil.

"k) Al momento de la muerte, pues, José Orlando Narváez Tapia, trabajaba y devengaba una remuneración, que era entregada a su esposa y a sus hijos, a su hogar, para su subsistencia y la muerte del jefe del hogar, ha dejado en el más total desamparo a una esposa pobre y a unos hijos pequeños a quienes ha sido difícil enfrentar la vida, lejos de una protección estatal.

"l) La conducta criminosa del cabo de la policía nacional, señor Jorge Emilio Torres, despertó en todos los sectores de la sociedad desde el oriente del Huila, la más profunda indignación, la más encendida protesta, la más aguda censura a las fuerzas de la policía y sólo mediante una exhaustiva investigación por la Justicia Ordinaria, que tuvo una afortunada culminación en defensa de la ley ultrajada, la colectividad pudo recobrar la paz que le había sido arrebatada con la muerte del pacífico campesino José Orlando Narváez Tapia.

"m) La investigación por la muerte del campesino José Orlando Narváez Tapia, a manos del agente aquí citado, tuvo una larga tramitación dada la gravedad del caso. Correspondió conocer del asunto al Juzgado Tercero Superior de la ciudad de Neiva. Luego de la instrucción sumarial, dentro de la cual se practicaron todas las pruebas necesarias para descubrir la verdad del hecho, este Juzgado que hemos citado, mediante providencia de fondo, de fecha abril dos (2) de 1976, convocó a juicio al homicida cabo segundo Jorge Emilio Torres, responsabilizándolo, con pliego de cargos por la muerte de Narváez Tapia, y calificando el hecho como homicidio agravado. Dijo entonces el Juzgado Segundo Superior de Neiva: "en su concepto, el señor fiscal dice que se trata de homicidio simplemente voluntario; pero conforme hemos analizado, se trata de un homicidio agravado ya que Torres tuvo la intención de matar y se aprovechó de la situación de indefensión en el cual se hallaba el joven Narváez Tapia. Estando plenamente demostrado el cuerpo del delito de homicidio agravado investigado y existiendo pruebas suficientes para imputarle la comisión del mismo al cabo segundo de la Policía Nacional Jorge Emilio Torres se han llenado los requisitos sustanciales señalados por el Art. 48 del Código de Procedimiento Penal para proferir auto de proceder...".

"n) De la lectura de este auto de proceder se desprende una vez más que la conducta del cabo de la policía Jorge Emilio Torres, constituye una falla en el servicio por parte de la Policía Nacional, así posteriormente el honorable Tribunal Superior de Neiva hubiera reformado dicho auto de proceder, considerando que se trataba de un homicidio culposo, lo cual fue aceptado por el jurado de conciencia, en la audiencia pública, y en razón de ello el cabo homicida fue condenado por homicidio culposo.

"o) Todas las pruebas practicadas dentro del proceso que investigó la muerte de Narváez Tapia, que serán trasladadas a este proceso indemnizatorio en la oportunidad probatoria, hablan de la falla en el servicio de la policía. Y si de culpa se trata, que conforme a la doctrina y a la ley, constituye la imprevisión de lo previsible, con mayor razón se desprende de tal conducta del cabo Torres, la falla en el servicio.

"p) Por el hecho de la muerte de Narváez Tapia, su esposa legítima, una de mis poderdantes, y sus menores hijos legítimos aquí citados, otros de mis poderdantes, adquirieron todos sus derechos, y entre ellos, el de pedir que se indemnicen los daños que causó la falla en el servicio de la policía, como lo ha sostenido el Consejo de Estado, en varios otros casos, cuando de culpa se trata, como aquél también sucedido en San Antonio de Anaconia, en el que perdiera la vida el joven Fernando Rojas Moreno, a manos también de la policía, y cuyo fallo fue condenatorio contra la nación para el pago de perjuicios morales y materiales, a favor de su madre Leopoldina Rojas viuda de Moreno.

"q) Como atrás quedó dicho, los perjuicios de este caso han sido graves y agudos, pues la muerte del campesino Narváez Tapia, en las circunstancias antes anotadas, ha implicado que su esposa y sus hijos, se vieran privados en lo sucesivo de la asistencia económica que les proporcionaba su esposo y padre, con el producto de su honrado trabajo en las faenas agrícolas y comerciales agrícolas, tanto más considerables, cuanto que el ultimado Narváez Tapia se encontraba en plena juventud, en plena fortaleza de trabajo, con grandes posibilidades de hacer un gran futuro, en función de su trabajo permanente, pues que apenas se encontraba ubicado en una edad, que llegaba sólo a los treinta y tres años (33) de edad.

"r) Este insuceso ha causado, de otro ángulo, un dolor indecible a mis poderdantes en razón del impacto interior que conlleva la desaparición de su ser querido. Estos perjuicios son invaluables económicamente, pero ello no obsta para que el Juez o Magistrado pueda darles una tasación de orden monetario.

"s) En síntesis, con la muerte de Narváez Tapia, mis poderdantes se han visto privados de su ayuda económica y de la que en el futuro les prestaría, de no haber ocurrido su fallecimiento en la forma aquí anotada".

CONCEPTO FISCAL:

Según el Ministerio Público las pretensiones de la demanda deben ser despachadas favorablemente pues, en su concepto, se demostraron los elementos axiológicos exigidos para la prosperidad de la acciones indemnizatorias:

"Es así como queda probada la calidad de miembro de la Policía Nacional del Agente Jorge Emilio Torres; que se encontraba en servicio activo y que el arma que portaba y con la cual causó la muerte al señor José Orlando Narváez T. era de dotación oficial (fls. 103 a 107 del C. No. 2), además que para el 14 de diciembre de 1975, se encontraba en el desempeño del cargo de Comandante del Puesto de Policía de San Antonio de Anaconia en el grado de Cabo Segundo, y que fue separado en forma temporal del servicio, por medio de la Resolución 2661 de mayo 20 de 1970, a raíz de la investigación penal seguida en su contra.

"Además y a folios 67 a 97 del cuaderno No. 2 aparecen copias auténticas enviadas por el Juzgado Segundo Superior de Neiva al Consejo de Estado, en respuesta al oficio No. 0711 de marzo 31 de 1979, del auto de llamamiento a juicio dictado en contra del Cabo Segundo Jorge Emilio Torres por el delito de homicidio en la persona del señor José Orlando Narváez Tapia; del auto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva de junio 7 de 1976 por medio del cual se reformó el auto de llamamiento anterior, y de la sentencia del Juzgado Segundo Superior de Neiva de fecha enero 31/77 por medio de la cual se lo condenó a la pena principal de 6 meses de prisión al encontrársele responsable del delito de homicidio culposo, se le impuso las penas accesorias de interdicción en el ejercicio de sus derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal y a la suspensión de patria potestad, si la tuviere, durante la condena y se le condenó en abstracto al pago de los perjuicios causados con tal delito.

"Según la Constitución Nacional, la Policía Nacional, está obligada a prestar protección a los ciudadanos defendiéndolos en su vida, honra y bienes. En el presente caso fue un agente suyo el que en forma imprudente y sin justificación alguna que lo eximiera de responsabilidad, causó la muerte al ciudadano José Orlando Narváez Tapia, y por tanto debe responder por tal hecho.

"Lo anterior es suficiente para declarar la responsabilidad del Estado, teniendo en cuenta que existió falla en la prestación del servicio y por tanto tendrá que condenarse al Estado al pago de los perjuicios ocasionados a los actores".

SE CONSIDERA:

Las partes en este juicio no se caracterizaron precisamente por su actividad probatoria. Por ello la prueba fundamental es la sentencia dictada por el señor Juez Segundo Superior de Neiva el 31 de enero de 1977, la cual con la respectiva constancia de ejecutoria, figura en copia auténtica a fls. 92-97 del expediente. Ella dice:

"VISTOS:

"Celebrada la Audiencia Pública, al término de la cual se emitió veredicto de responsabilidad culposa que no es contrario a la evidencia de los hechos ni justo, entra este proceso al Despacho para dictar la sentencia, a lo cual se procede luego de observarse que no existe causal alguna de nulidad que invalide la actuación.

"HECHOS:

"Están relatados en un auto de este Juzgado así: "En la noche del 13 de diciembre de 1975 se celebró un festival bailable en San Antonio de Anaconia (Inspectoría Policial de Neiva) sin que se presentara ningún hecho censurable, habiendo sido controlado por la Policía, así como también por el señor Inspector.

"Al amanecer del día 14 y cerca de las 7 de la mañana, el señor Comandante del Puesto Policivo, Cabo Segundo Jorge Emilio Torres, en compañía del

Agente Albarracín y del civil Rodolfo Quino se sentaron en la caseta Comunal sita en la plazoleta del caserío a beber una cerveza y en este momento llegó allí el señor Inspector José María Ordóñez a saludar al Cabo pero por fuera del muro de pequeña altura que limita la caseta pero que deja sobresalir a un adulto de estatura normal del pecho para arriba; como el Inspector no le aceptara la invitación a beber licor y en ese momento ya se había situado al pie del señor Inspector y a su lado derecho el señor José Orlando Narváez Tapia, al Cabo le dijo que no tomaba utilizando la palabra mamola, expresión que de inmediato replicó el Cabo diciéndolo "o quemo uno" y sin dilación cogió el revólver, solivió un poco su cuerpo, permaneciendo sentado en el taburete se apoyó sobre el muro con la mano izquierda alzó el brazo derecho con el revólver listo para disparar y descerrejó el proyectil que impactó la frente del inocente José Orlando, quien cayó fuertemente de espaldas allí mismo.

"Ya fuera de la caseta la gente quiso linchar al Cabo pero gracias al disparo de fusil de otro agente el tumulto se dispersó y luego de conversaciones con el señor Cura Párroco el herido fue transportado a Neiva en donde murió en el Hospital San Miguel".

"RESULTANDOS:

" .....

"CONSIDERANDOS:

" .....

"RESUELVE:

"Condenar al Cabo de la Policía Jorge Emilio Torres Rico, a la pena principal de seis (6) meses de prisión como responsable del delito de Homicidio culposo del cual hizo víctima a José Orlando Narváez Tapia en las circunstancias de modo, tiempo y lugar de que da cuenta el proceso" (fls. 92, 94 y 95).

De la anterior sentencia se desprende que: a) el cabo de la policía Jorge Emilio Torres Rico fue condenado por homicidio culposo del señor José Orlando Narváez y b) que la infracción motivo de esta condena, consistió en que el Comandante del puesto de policía de la inspección de San Antonio de Anaconia, Municipio de Neiva, Jorge Emilio Torres el día 14 de diciembre de 1975, cuando estaba ingiriendo licor, dijo que iba "a quemar a uno", tomó su revólver y disparó al frente habiendo herido mortalmente al señor José Orlando Narváez. Los hechos ocurrieron a la vista del público, en la plazoleta del caserío, a las siete de la mañana, al día siguiente de un festival de la comunidad.

La sentencia penal es un documento público idóneo para demostrar la condena proferida y, conforme el texto del Art. 28 del C.P.P., idóneo también para demostrar en el proceso civil la ocurrencia de los hechos que conformaron el delito sancionado.

La sentencia penal en cuanto a la condena y en cuanto a los hechos que la fundamentan prueba contra todos, porque es producto de una acción típicamente pública, distinta a la acción interpartes del derecho privado. La responsabilidad de un condenado y los hechos que causaron la infracción declarados

en una sentencia penal ejecutoriada, no pueden ser puestos en duda por nadie, porque ha sido el Estado mismo, a nombre y en interés de la sociedad el que ha adelantado y fiscalizado el proceso y la jurisdicción especializada la que lo ha fallado. Por eso el Art. 28 del C.P.P. dice: "cuando el sindicado haya sido condenado en el proceso penal como responsable de la infracción, no podrá ponerse en duda en el proceso civil la existencia del hecho que la constituye ni la responsabilidad del condenado".

Acreditado así el hecho del homicidio y las circunstancias en que ocurrió, procede examinar si hubo falla en el servicio. Visto que el agente del daño "se encontraba en servicio activo para la fecha del 14 de diciembre de 1975 como Comandante del Puesto de San Antonio de Anaconia, con el grado de Cabo Segundo", según certificación del Jefe de Archivo de la Policía Nacional que figura al fl. 103, C. 2 y que ese día, a las siete de la mañana, sin motivo alguno, hallándose en estado de embriaguez, disparó su revólver contra el señor Narváez, quien quedó mortalmente herido (fls. 91-95 C. 2), y murió dos horas después (fl. 3), no hay duda alguna que hubo falla del servicio. El servicio de policía está organizado para la protección de los asociados y no puede por consiguiente ninguno de sus miembros, menos aún un agente con funciones de Comandante de una localidad, disparar sus armas en estado de embriaguez, en plena plaza pública, contra ciudadanos pacíficos e indefensos.

LOS PERJUICIOS:

Con los registros civiles está demostrado en el juicio que la víctima había contraído matrimonio con la demandante Dioselina Hernández de Narváez (fl. 2), y que de esa unión nacieron los siguientes hijos: Alirio (agosto 11 de 1964, fl. 6); Lisímaco (julio 13 de 1965, fl. 3); Deyanid (mayo 27 de 1967, fl. 4); Hugo (abril 2 de 1969, fl. 7) y Jercy (junio 20 de 1972, fl. 5).

A folios 46 y siguientes del cuaderno No. 2 figuran varias declaraciones de vecinos del occiso, en las cuales aparece que él trabajaba en forma continua como jornalero independiente y que sus escasos ingresos los dedicaba a su sostenimiento y el de su familia

Por la forma desprevenida y seria como respondieron, merecen particular credibilidad algunos testimonios: el de Isidro Fierro Ortiz, quien dice:

"El se dedicaba a trabajar en el campo y el día que lo mataron estaba trabajando, porque él el día domingo le trabajaba a Filiberto Medina sacándole los bultos del mercado a la plaza, el difunto trabajaba en lo que le resultara, inclusive fue trabajador mío y yo le pagaba en el jornal los ochenta ($80.oo) pesos y el único destino que yo veía que él le daba a lo poco que ganaba era para el hogar..." (fl. 48 v).

El de Milciades Espinosa Penagos:

"...pues él vivía era del jornal y lo que él ganaba era para dedicarlo al hogar porque él lo que llegaba a ganar era para el hogar porque él no era pernicioso y como él me trabajó en ese tiempo que el sueldo para un jornalero era de ochenta pesos y era el sueldo más alto y él se lo ponía..." (fl. 50 v).

El de Anselmo León García:

"El trabajaba al día, lo que él ganaba era para sostener la familia porque él no tenía ningún vicio y no puede saber cuanto era el ingreso mensualmente porque él a mí me trabajaba era el día... (fl. 52-52 v).

Estos testimonios, coincidentes, indican que el señor Narváez trabajaba como jornalero independiente y devengaba un ingreso diario de ochenta pesos.

Aceptando el jornal de $80.oo se tiene que el ingreso mensual de la víctima en el momento de su muerte, era de $2.400.oo, sin poder incluir en esa cantidad lo correspondiente a prestaciones sociales como ocurre con los llamados trabajadores dependientes. Deducido el 25% que se ha considerado como el gasto de supervivencia personal, da la suma de $1.800.oo, que será la que se tendrá en cuenta para liquidar los perjuicios, así:

a) $900.oo mensuales para la viuda desde el 14 de diciembre de 1975 hasta el 14 de diciembre del año 2.027, dada la supervivencia probable de la víctima nacida el 12 de mayo de 1944 (fl. 1) y conforme la tabla de mortalidad (fl. 29, C. 2).

b) $180.oo mensuales para Alirio Narváez H. (nacido el 11 de agosto de 1964) desde el 14 de diciembre de 1975 hasta el 11 de agosto de 1982 en que cumplió la mayoría de edad.

c) $180.oo mensuales para Lisímaco Narváez (nacido el 18 de junio de 1965) desde el 14 de diciembre de 1975 hasta el 18 de julio de 1983 en que cumple la mayoría de edad.

d) $180.oo mensuales para Deyanid Narváez (nacida el 27 de mayo de 1967) desde el 14 de diciembre de 1975 hasta el 27 de mayo de 1985 en que cumple la mayoría de edad.

e) $180.oo mensuales para Hugo Narváez (nacido el 2 de abril de 1969) desde el 14 de diciembre de 1975 hasta el 2 de abril de 1987.

f) $180.oo mensuales para Jercy Narváez (nacida el 20 de junio de 1972) desde el 14 de diciembre de 1975 hasta el 20 de junio de 1990, en que cumple la mayoría de edad.

La anterior liquidación debe dividirse en indemnización debida desde el 14 de diciembre de 1975 hasta el 14 de noviembre de 1982, fecha probable de la sentencia e indemnización futura desde esa fecha hasta el final del período indemnizatorio.

Para el efecto se aplicarán las tablas matemáticas financieras sobre el valor presente, conforme lo acostumbrado en la Sección Tercera:

INDEMNIZACION DEBIDA:

1o. Para la viuda:

Se aplica la fórmula:

$$S = R \left[\frac{(1 + i)^{n-1}}{i} \right]$$

donde:

S = Suma que se busca

R = Renta conocida (mensual o anual) que se toma como base de la indemnización.

i = Interés al 24% anual (que se descompone en un 18% anual de la devaluación monetaria y 6% de interés anual) o sea un total de 1.8% mensual de interés técnico.

n = Número de meses que se liquidan (83 meses).

$$S = \$900. \left[\frac{(1 + 0.018)^{83-1}}{0.018}\right]$$

$$S = \$900. \quad \frac{3.3960797}{0.018}$$

$$S = \$169.803.98$$

2o. Primer hijo — Alirio:

n e i son iguales al anterior. La renta mensual es de $180.oo

$$S = \$180. \left[\frac{(1 + 0.018)^{83-1}}{0.018}\right]$$

$$S = \$180. \quad \frac{3.1869875}{0.018}$$

$$S = \$31.669.88$$

3o. Los demás hijos (83 meses)

La renta mensual es de $180.oo

$$S = \$180. \left[\frac{(1 + 0.018)^{83-1}}{0.018}\right]$$

$$S = \$180. \quad \frac{3.3960757}{0.018}$$

$$S = \$33.980.80$$

INDEMNIZACION FUTURA:

1o. La viuda: Tomada la suma de $169.803.98 monto de la indemnización debida y dividida por 83, número de meses indemnizados, da $2.045.83 que es el valor de la renta actualizada que se tendrá en cuenta para la indemnización futura. El lapso es de 540 meses.

Se aplica la fórmula:

$$P = R \frac{(1 + i)^n}{i\,(1 + i)^n}$$

En donde:

P = Valor presente, es decir la sumas que debe pagar, hoy como anticipo de los perjuicios futuros, atendiendo al mismo interés técnico del 6% anual con que se castiga el capital por razón de que se paga anticipadamente.

R = Renta mensual, o anual actualizada.

i = Interés técnico.

n = Número de meses o de años que se toman para la liquidación.

$$P = \$2.045.83 \left[\frac{(1 + 0.005)^{540-1}}{0.005\,(1 + 0.005)^{540}}\right]$$

$$P = \$2.045.83 \quad \frac{13.779959}{0.0738997}$$

$$P = \$381.482.65$$

2o. Lisímaco (8 meses)

$$P = \$409.17 \left[\frac{(1 + 0.005)^{8-1}}{0.005\,(1 + 0.005)^{8}}\right]$$

$$P = \$409.17 \quad \frac{0.040707}{0.00520353}$$

$$P = \$3.200.94$$

3o. Deyanid (29 meses)

$$P = \$409.17 \left[\frac{(1 + 0.005)^{29-1}}{0.005\,(1 + 0.005)^{29}}\right]$$

$$P = \$409.17 \quad \frac{0.155622}{0.00577811}$$

$$P = \$11.020.19$$

4o. Hugo (53 meses)

$$P = \$409.17 \left[\frac{(1 + 0.005)^{53-1}}{0.005\,(1 + 0.005)^{53}}\right]$$

$$P = \$409.17 \quad \frac{0.3025706}{0.00651285}$$

$$P = \$19.009.01$$

5o. Jercy (91 meses)

$$P = \$409.17 \left[\frac{(1 + 0.005)^{91-1}}{0.005\ (1 + 0.005)^{91}} \right]$$

$$P = \$409.17 \quad \frac{0.5743874}{0.00787198}$$

$$P = \$29.355.71$$

En consecuencia, sumados la indemnización debida y la futura el valor de los perjuicios materiales será: para Dioselina Hernández de Narváez la cantidad de $551.286.63; para Alirio Narváez la cantidad de $31.669.88; para Lisímaco Narváez la cantidad de $37.161.74; para Deyanid Narváez la cantidad de $44.980.99; para Hugo la cantidad de $52.969.81 y para Jercy la cantidad de $63.816.51.

PERJUICIOS MORALES:

Demostrada la responsabilidad de la Nación y acreditada plenamente la condición de esposa e hijos legítimos de los demandantes con relación a la víctima, debe reconocérseles conforme la orientación jurisprudencial lo equivalente en pesos a las siguientes cantidades de oro puro a la fecha de esta sentencia: para los hijos Jercy y Deyanid quienes para la época de los hechos no habían salido de la edad de la infancia, 300 gramos; para cada uno de los demás hijos, 500 gramos y para la viuda, mil gramos oro.

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

FALLA:

1o. Declárase la responsabilidad civil de la Nación —Ministerio de Defensa en la muerte del señor José Orlando Narváez, por falla del servicio.

2o. Condénase a la Nación —Ministerio de Defensa— Policía Nacional a pagar por indemnización de perjuicios materiales la suma de $551.286.63 a la señora Dioselina Hernández de Narváez; la suma de $31.669.88 a Alirio Narváez Hernández; la suma de $37.161.74 a Lisímaco Narváez Hernández; la suma de $44.980.99 a Deyanid Narváez Hernández; la suma de $52.969.81 a Hugo Narváez Hernández y la suma de $63.816.51 a Jercy Narváez Hernández.

3o. Por concepto de perjuicios morales la Nación —Ministerio de Defensa— Policía Nacional, deberá pagar a la señora Dioselina Hernández de Narváez la cantidad en pesos equivalente a mil gramos oro; a cada uno de los menores Hugo y Jercy Narváez Hernández, la cantidad en pesos equivalente a trescientos gramos de oro y a cada uno de los demás demandantes Alirio Narváez Hernández, Lisímaco Narváez Hernández y Deyanid Narváez Hernández la cantidad en pesos equivalente a quinientos gramos de oro, todo al

valor del oro a la fecha de esta sentencia, conforme certificado del Banco de la República que se deberá adjuntar a la cuenta de cobro.

4o. El pago se hará en los términos de los artículos 121 y 122 del C.C.A. Pasados treinta días de formulada la cuenta se causarán intereses moratorios del veinticuatro por ciento (24%) anual.

Cópiese, comuníquese y notifíquese.

Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Dangond Flores, Eduardo Suescún Monroy, Gustavo Salazar Tapiero, Conjuez.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.

FALLA DEL SERVICIO. Prueba de ésta.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, D.E., enero veinte de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Jorge Dangond Flores**

Actor: **Miguel Angel Molina**

Referencia: Expediente No. 3.398

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia dentro del proceso radicado bajo el número 3398.

I

A) En demanda presentada por Miguel Angel Molina, asistido de apoderado, se pidieron las siguientes declaraciones:

"*Primera*. Que el Departamento es civilmente responsable de los daños ocasionados al vehículo marca Renault Modelo 78, placas No. TI-2733 de servicio público, afiliado a Tax Social, por el carro distinguido con las placas AO-1053, de servicio oficial al servicio del Departamento de Antioquia.

"*Segunda*. Que como consecuencia de lo anterior, el Departamento está en la obligación de cancelar las siguientes sumas:

"a) La cantidad de ciento treinta mil setecientos cincuenta y nueve pesos ($130.759) por concepto de daño emergente.

b) La cantidad de noventa mil pesos ($90.000) por concepto de lucro cesante como consecuencia de la colisión producida por culpa del vehículo de la institución demandada.

c) La suma de veinte mil pesos ($20.000) por concepto de depreciación del vehículo.

"d) Intereses legales sobre estas sumas y ordenarse su pago dentro del término establecido en el artículo 121 del C.C.A. En subsidio lo que se pruebe por tales conceptos".

B) Los hechos resumidos se consignaron así:

1. El 24 de junio de 1979 el demandante transitaba en el vehículo de su propiedad por la vía que conduce de Medellín al Municipio de San Jerónimo en compañía de su señora y sus dos menores hijos.

2. Aproximadamente a las cuatro de la tarde, en el punto denominado La Lorcana, en una curva, fue chocado violentamente por una camioneta de color verde oscuro, con placa oficial No. AO-1053 perteneciente al Departamento de Antioquia y cuyo conductor "se dio inmediatamente a la fuga".

3. La causa de la colisión fue la conducta imprudente del conductor de la camioneta del Departamento pues transitaba a la izquierda y a una excesiva velocidad.

4. Como consecuencia del accidente el vehículo sufrió daños y por esa razón hubo necesidad de llevarlo al Taller Reparar y permaneció inactivo por tres meses comprendidos entre el 25 de junio y el 25 de septiembre de 1979.

5. Ante la fuga del conductor del vehículo del Departamento, el demandante formuló la correspondiente denuncia ante la Alcaldía de San Jerónimo y las autoridades elaboraron el informe y el croquis respectivo.

C) Se señalaron como violadas las normas contenidas en el artículo 16 de la Constitución Nacional y en los artículos 2341 y 2356 del Código Civil y se expresó: "No cabe la menor duda sobre la responsabilidad a cargo del Departamento, quien debe reparar los daños infringidos por la conducta irregular en que incurrió uno de sus subalternos. Se ha presentado una falla en la prestación del servicio que debe ser reparada por el ente departamental; pues como lo ha dicho la jurisprudencia, las entidades de derecho y las personas jurídicas no son capaces de cometer delitos o culpas que caen bajo la sanción penal, pero sí lo son de incurrir en culpas civiles, no ellas, sino sus agentes y representantes legales y por lo tanto son responsables de los perjuicios que ocasionen a las personas contra quienes se cometen. Así, si dentro del ejercicio de las actividades o atribuciones propias de una función, se presentan por sus agentes o representantes medidas perjudiciales a los intereses ajenos, dicha entidad de derecho público está obligada a reparar el daño inferido. Estas, pues, son civilmente responsables de los actos ilícitos cometidos por sus agentes en el desempeño de sus cargos.

II

El Tribunal, después de observar las equivocadas apreciaciones del demandante sobre responsabilidad extracontractual de las entidades de derecho público y fijar el criterio doctrinario y jurisprudencial basado en la falta o falla del servicio, examinó el material probatorio y encontró probado "el hecho dañoso imputable al Departamento, el daño sufrido por el demandante y el

valor del oro a la fecha de esta sentencia, conforme certificado del Banco de la República que se deberá adjuntar a la cuenta de cobro.

4o. El pago se hará en los términos de los artículos 121 y 122 del C.C.A. Pasados treinta días de formulada la cuenta se causarán intereses moratorios del veinticuatro por ciento (24%) anual.

Cópiese, comuníquese y notifíquese.

Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Dangond Flores, Eduardo Suescún Monroy, Gustavo Salazar Tapiero, Conjuez.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.

FALLA DEL SERVICIO. Prueba de ésta.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, D.E., enero veinte de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Jorge Dangond Flores**

Actor: **Miguel Angel Molina**

Referencia: Expediente No. 3.398

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia dentro del proceso radicado bajo el número 3398.

I

A) En demanda presentada por Miguel Angel Molina, asistido de apoderado, se pidieron las siguientes declaraciones:

"*Primera.* Que el Departamento es civilmente responsable de los daños ocasionados al vehículo marca Renault Modelo 78, placas No. TI-2733 de servicio público, afiliado a Tax Social, por el carro distinguido con las placas AO-1053, de servicio oficial al servicio del Departamento de Antioquia.

"*Segunda.* Que como consecuencia de lo anterior, el Departamento está en la obligación de cancelar las siguientes sumas:

"a) La cantidad de ciento treinta mil setecientos cincuenta y nueve pesos ($130.759) por concepto de daño emergente.

b) La cantidad de noventa mil pesos ($90.000) por concepto de lucro cesante como consecuencia de la colisión producida por culpa del vehículo de la institución demandada.

c) La suma de veinte mil pesos ($20.000) por concepto de depreciación del vehículo.

"d) Intereses legales sobre estas sumas y ordenarse su pago dentro del término establecido en el artículo 121 del C.C.A. En subsidio lo que se pruebe por tales conceptos".

B) Los hechos resumidos se consignaron así:

1. El 24 de junio de 1979 el demandante transitaba en el vehículo de su propiedad por la vía que conduce de Medellín al Municipio de San Jerónimo en compañía de su señora y sus dos menores hijos.

2. Aproximadamente a las cuatro de la tarde, en el punto denominado La Lorcana, en una curva, fue chocado violentamente por una camioneta de color verde oscuro, con placa oficial No. AO-1053 perteneciente al Departamento de Antioquia y cuyo conductor "se dio inmediatamente a la fuga".

3. La causa de la colisión fue la conducta imprudente del conductor de la camioneta del Departamento pues transitaba a la izquierda y a una excesiva velocidad.

4. Como consecuencia del accidente el vehículo sufrió daños y por esa razón hubo necesidad de llevarlo al Taller Reparar y permaneció inactivo por tres meses comprendidos entre el 25 de junio y el 25 de septiembre de 1979.

5. Ante la fuga del conductor del vehículo del Departamento, el demandante formuló la correspondiente denuncia ante la Alcaldía de San Jerónimo y las autoridades elaboraron el informe y el croquis respectivo.

C) Se señalaron como violadas las normas contenidas en el artículo 16 de la Constitución Nacional y en los artículos 2341 y 2356 del Código Civil y se expresó: "No cabe la menor duda sobre la responsabilidad a cargo del Departamento, quien debe reparar los daños infringidos por la conducta irregular en que incurrió uno de sus subalternos. Se ha presentado una falla en la prestación del servicio que debe ser reparada por el ente departamental; pues como lo ha dicho la jurisprudencia, las entidades de derecho y las personas jurídicas no son capaces de cometer delitos o culpas que caen bajo la sanción penal, pero sí lo son de incurrir en culpas civiles, no ellas, sino sus agentes y representantes legales y por lo tanto son responsables de los perjuicios que ocasionen a las personas contra quienes se cometen. Así, si dentro del ejercicio de las actividades o atribuciones propias de una función, se presentan por sus agentes o representantes medidas perjudiciales a los intereses ajenos, dicha entidad de derecho público está obligada a reparar el daño inferido. Estas, pues, son civilmente responsables de los actos ilícitos cometidos por sus agentes en el desempeño de sus cargos.

II

El Tribunal, después de observar las equivocadas apreciaciones del demandante sobre responsabilidad extracontractual de las entidades de derecho público y fijar el criterio doctrinario y jurisprudencial basado en la falta o falla del servicio, examinó el material probatorio y encontró probado "el hecho dañoso imputable al Departamento, el daño sufrido por el demandante y el

nexo causal entre el daño y el hecho" y declaró responsable al Departamento pero, al no aparecer demostrada la cuantía de los perjuicios, lo condenó en abstracto para hacer la liquidación mediante el procedimiento previsto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

III

En esta instancia, el Ministerio Público expuso:

"En el expediente se pudo establecer que efectivamente el día 24 de junio de 1979 ocurrió el accidente a que se refiere la demanda. Así lo relatan los testigos en las declaraciones rendidas ante el Tribunal visibles a folio 22 y siguientes.

"Al folio 7 y 8 aparece copia del informe del accidente del Departamento de Policía de Antioquia Distrito No. Cinco —Subestación de San Jerónimo y el croquis del accidente. Fue probada también la propiedad del vehículo por el cual se reclama con el documento visible a folio 9;

"También se estableció que el vehículo causante del accidente era de propiedad del Departamento, ver documento a folio 10.

"Se puede pues concluir, como lo hace el Tribunal, que a causa de la conducta imprudente del conductor del automotor oficial se produjo el accidente.

"Respecto al daño por el cual se reclama, este despacho se permite observar lo siguiente:

Los testigos y el informe de Policía coinciden en afirmar que el vehículo Renault 12 de propiedad del señor Miguel Angel Molina sufrió graves daños. Para probar lo anterior el actor presentó una serie de facturas de compra de repuestos. De esas facturas solamente fue reconocida la de los Talleres Reparar que aparece al folio 13, por un valor total de $57.555.oo,. se incluye en ella la reparación y los repuestos. Sin rigorismos probatorios puede aceptarse el reconocimiento que de su contenido hace el dueño del taller, pues la factura está suscrita por otra persona que según declaración del mismo dueño del taller es la secretaria (fl. 24).

"Las facturas que aparecen anexadas a los folios 14 y siguientes, no pueden ser tenidas como prueba pues no fueron reconocidas durante el proceso.

"Respecto al dictamen pericial visible al folio 27 y siguientes, este despacho observa que en él se tuvo en cuenta para efectos de tasar los perjuicios, todas las facturas que fueron anexadas al expediente.

Establece como lucro cesante la suma de $1.000 diarios pero sin dar mayores explicaciones y en el expediente no se aportaron elementos de juicio que permitan calcular esa partida. Respecto a la suma que dan los peritos como depreciación pueden hacerse las mismas observaciones.

En resumen se tiene lo siguiente: El dictamen pericial no puede ser acogido pues tratándose del daño emergente tomó en cuenta unos documentos

que no constituyen plena prueba, en relación con el lucro cesante y la depreciación, no explica satisfactoriamente la suma diaria que se tomó para realizar el cálculo del lucro cesante ni el monto total que se dice fue la depreciación.

"Como no existen otras pruebas en el expediente que nos permitan realizar la operación, deberán tasarse los perjuicios en un incidente posterior como lo propone la sentencia apelada".

IV

La Sala encuentra sin respaldo probatorio la decisión del *a quo*, acogida por el Ministerio Público, porque estima que en el juicio no se estableció, plenamente, la falla del servicio atribuida al Departamento de Antioquia. En efecto:

Néstor Castaño Cardona declaró: "Por la mañana salí para Santa Fe de Antioquia, al llegar a Santa Fe de Antioquia venía el pick-up del accidente, casi me choca de frente a mí o sea contra el carro que yo iba conduciendo; por la tarde a eso de las tres y media o cuatro lo alcancé más arriba de San Jerónimo y no me lo pasé porque a lo mejor el señor que iba adelante me lo dañaba y por eso me quedé tras de él más o menos una cuadra; cuando bajaba el señor Miguel Molina en un taxi con la familia, el pick-up lo chocó de frente contra la pared, reversó y se voló; yo viendo esto, decidí seguirlo con el chofer del taxi para poder coger las placas, el número fue 1053; cuando ellos se dieron cuenta de que yo había cogido la placa, pararon, entonces yo temí que de pronto me dañaran el carro, entonces reversé, fui al sitio del accidente recogí la señora y los niños, subí a Palmitas al Retén de Policía a poner el denuncio, me dijeron que le correspondía a San Jerónimo... (fl. 22).

Blanca Gladis Vélez, corroboró lo anterior y señaló como causa del accidente la velocidad excesiva del chofer del carro del Departamento de Antioquia" (fl. 22 vto).

Y, según certificado expedido por el Jefe del Archivo y Correspondencia de la Dirección Departamental de Tránsito, las Placas A-O-1053 corresponden al "Pick-up-1 Tonelada Marca Internacional - color verde - motor No. V 304-646270 servicio oficial y matriculado a nombre del Departamento de Antioquia". (fl. 10).

Pero no se acreditó en el proceso quién conducía tal automotor el día 24 de junio de 1979 y se desconoce por consiguiente, si era un empleado oficial y si, en esa fecha cumplía labores relacionadas con el cargo, aspectos estos fundamentales para deducir la responsabilidad extracontractual del Departamento por falla del servicio.

V

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,

Se revoca la sentencia apelada y en su lugar, se deniegan las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Dangond Flores, Jorge Valencia Arango, Carlos Betancur Jaramillo, (Salva el voto). **Eduardo Suescún Monroy.**

Arturo Mora Villate. Secretario.

Se deja constancia que esta providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.

FALLA DEL SERVICIO. Prueba. No surge el elemento liberatorio de responsabilidad por el hecho de que no se hubiera concretado el nombre del agente de la administración que ocasionó el daño.

SALVAMENTO DE VOTO
CARLOS BETANCUR JARAMILLO

Consejero ponente: **Dr. Jorge Dangond Flores**

Actor: **Miguel Angel Molina**

Referencia: Expediente No. 3.398 Ordinario Apelación

Con todo respeto me separo de la decisión mayoritaria, ya que estimo que debió confirmarse la bien razonada sentencia del Tribunal.

No dudo que todos los presupuestos materiales para la sentencia favorable se dieron en la práctica. Así, las partes estuvieron legitimadas en la causa: tuvieron y demostraron su interés para actuar tanto por activa como por pasiva; el petitum fue lo suficientemente claro y preciso y no se demostró cosa juzgada o que se hubiera presentado antes del fallo una causa anormal de terminación del proceso.

Acreditados estos extremos, es un poco decepcionante afirmar que el afectado no puede ser restablecido en su derecho porque no se sabe el nombre del conductor del vehículo oficial. ¡Vaya exigencia! Cuando ni siquiera el Departamento alegó que su vehículo había sido robado y en el momento de la colisión no lo conducía uno de sus agentes. Porque si esto hubiera alegado, el extremo de quien era su conductor habría tenido relevancia.

Creo que la Sala, si hubiera meditado un poco más, habría podido acoger la sensata reflexión que al respecto hizo el Tribunal en el párrafo que se transcribe a continuación:

"A las glosas elevadas por el Gobernador en su memorial final, luego de concluido el debate, caben con acierto las anotaciones que al respecto formula el señor Fiscal Primero de la Corporación: "Habría sido importante la prueba en cuanto al vínculo laboral con la entidad demandada, por parte del conductor del Pick-up, pero no lo consideramos indispensable, especialmente por la

posición omisiva asumida por el Departamento, como que en la oportunidad procesal adecuada nada pidió o aportó en el aspecto probatorio".

"Y es que ha de depararse, así mismo, que no surge el elemento liberatorio de responsabilidad por el hecho de que no se hubiera concretado el nombre del agente de la administración que ocasionó la colisión, pues como se había sentado en la providencia cuyos apartes se copiaron con anterioridad". "No propiamente se ha entrado a juzgar aquí los hechos personales del agente, cuanto las consecuencias de la falla del estado, o falta del servicio, o lo que es lo mismo, de la falla en el servicio público. De allí que con razón el profesor Rosseau hubiera dicho: "Si los actos reprochables al funcionario constituyen actos del servicio, los errores de apreciación en que ha podido incurrir *son inseparables de los actos administrativos cumplidos por él* (ob. cit. pág. 42).

"Esto se refuerza con mayor entidad si se tiene en cuenta que la falla, dentro de la estructuración jurisprudencial, es anónima".

Con todo respeto.

Carlos Betancur Jaramillo.

Bogotá, D.E. febrero 9 de 1983

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL POR FALLA EN EL SERVICIO DE VIGILANCIA POLICIVA. (Incendio de Automotores). Si los agentes de la autoridad no atienden el llamado de los Empresarios del Transporte y no se ejerce control para evitar desmanes, se genera la responsabilidad Estatal. Consecuencias: lucro cesante y daño emergente.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, D.E. diecisiete de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Eduardo Suescún**

Abogado asistente: **Dr. Gonzalo García Gutiérrez**

Actor: **Pompilio Rengifo**

Referencia: Expediente No. 2.771

I

En demanda presentda el 3 de agosto de 1979, el señor Pompilio Rengifo, por conducto de apoderado, solicitó se hicieran las siguientes declaraciones:

"1o. Que la Nación es responsable de los perjuicios causados al señor Pompilio Rengifo, por descuidos, omisiones, negligencia, deficiencias o demoras en la labor de vigilancia que corresponde a la Policía Nacional y que dieron

lugar a que se llevara a cabo por estudiantes de la universidad del Valle en la ciudad de Cali, el incendio del bus de propiedad del señor Rengifo, marca Dodge, tipo cerrado, modelo 1976, motor 4T-16417-color Blanco y Negro, afiliado a la Empresa "Blanco y Negro", número de orden 119, placas V.J. 0406, conducido por el señor Melquesidec Bedoya, que ocurrieron en dicha ciudad el 9 de mayo de 1978.

"2o. La Policía Nacional es un Organismo Administrativo, dependiente de la Nación Colombiana.

3o. La condena a la nación consistirá en lo siguiente:

"PARO EMERGENTE.

"A) La suma de $630.880.45, o lo que se fije por el Honorable Consejo de Estado o por peritos.

B) La suma de $330.000.oo, por concepto de desvalorización del bus o lo que se fije por el Honorable Consejo de Estado o por peritos.

LUCRO CESANTE:

"A) La suma de $250.000.oo o lo que se fije por el Honorable Consejo de Estado o por peritos.

"B) Subsidiariamente y en caso de no accederse a lo anterior, que se condene a la nación a pagar por concepto de lucro cesante, el interés corriente bancario, desde el 9 de mayo de 1978, hasta cuando se verifique el pago, aplicable a la cantidad a que asciende la condena por concepto de Daño Emergente.

II

Como hechos fundamentales de su demanda, la parte actora presenta los siguientes:

"1o. El señor Pompilio Rengifo, es propietario del bus, marca Dodge, tipo cerrado, modelo 1976, Motor 4T-16417, color "Blanco y Negro", afiliado a la Empresa "Blanco y Negro", que tiene su domicilio en la ciudad de Cali, número de orden 119, placas V.J. 0406.

2o. El señor Pompilio Rengifo adquirió el automotor anteriormente especificado por compra a la Sociedad "Vargas Angel Limitada", con domicilio en la ciudad de Cali, encontrándose en la fecha a paz y salvo con la mencionada sociedad por concepto del precio.

3o. Que el referido vehículo está inscrito en la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal de la ciudad de Cali, como propiedad del señor Pompilio Rengifo, con las especificaciones siguientes:

"Que revisada la Tarjeta correspondiente al vehículo de placas V.J-04-06, se ha encontrado las siguientes características. Clase de bus, Marca Dodge, tipo cerrado, Modelo 1976, capacidad 30 pasajeros, color Blanco y Negro, servicio público, Motor No. 4T-16417, Serie 4864770, manifiesto de Aduana No. 15912,

Aduana de Bogotá de enero 31 de 1975, inscrito a nombre de Pompilio Rengifo Rodríguez, Cédula de Ciudadanía No. 2.531.173 de Cartago (Valle), Dirección: Carrera 1a. No. 21-69, teléfono No. 801019 de Cali.

"4o. El mencionado vehículo prestaba servicio al público en la Ciudad de Cali y así está registrado en la Secretaría de Tránsito Municipal de la susodicha ciudad.

"5o. El 9 de mayo de 1978, cuando el bus descrito hacía el recorrido normal en la ruta que tenía señalado por la Secretaría de Tránsito siendo las once y treinta de la mañana (11 y 30 a.m.), quinientos estudiantes, aproximadamente de la Universidad del Valle, bloquearon la vía Cali-Jamundí, quemando el bus especificado en el hecho primero de esta demanda, que por allí transitaba.

"6o. El Bus en referencia, cuando fue quemado por los estudiantes, se encontraba en perfecto estado de presentación y de funcionamiento, y según avalúo pericial, el precio era de $900.000.00 m/l.

"7o. Cuando el Bus fue incendiado por los estudiantes de la Universidad del Valle, lo conducía como chofer el señor Melquisedec Bedoya.

"8o. No obstante que la Policía Nacional tenía conocimiento de los desórdenes en la ciudad de Cali, con motivo del aumento del valor de los pasajes en los buses autorizados por el Gobierno, y que los estudiantes de la Universidad del Valle, participaban en los mencionados desórdenes, y que se habían dedicado a causar daños a los vehículos, que transitaban por sectores aledaños a dicha Universidad y que habían bloqueado la vía Cali-Jamundí, omitió completamente la vigilancia en esos sectores o zonas, y que por la excesiva demora para llegar al sitio de los acontecimientos, los estudiantes quemaron el bus tranquilamente sin obstáculo alguno de la autoridad.

9o. Si hubiera existido vigilancia de la policía en el sector donde se quemó el bus por los estudiantes o si por lo menos no hubieran demorado tanto para llegar, seguramente se habrían evitado los daños que sufrió el Bus y los perjuicios consiguientes para su propietario, señor Pompilio Rengifo.

10. El Bus a causa del incendio quedó destruido completamente la carrocería y en pésimo estado de funcionamiento el motor, no pudiéndose utilizar para el servicio a que estaba destinado, es decir, quedó paralizado y trasladado por su dueño a un Taller para reparación casi total del motor y construcción de nueva carrocería.

"11. la reparación del motor y de otros implementos necesarios del vehículo para su funcionamiento, lo ejecutaron en Cali "Taller Técnico Automotriz", por un valor o precio de $318.310.45, que pagó el señor Pompilio Rengifo, y la carrocería la ejecutó "Manufacturas Metálicas, S.A." de Cali, por un valor o precio de $290.050.00, y las instalaciones eléctricas las llevó a cabo "Eléctrico Exito" de Cali, por un valor de $21.920.00, sumas que pagó el señor Pompilio Rengifo.

"12. El Bus estuvo paralizado por causa de los daños ya mencionados, desde el 9 de mayo de 1978, hsta el 18 de agosto del mismo año, dejando de

percibir el señor Pompilio Rengifo durante esa etapa de tiempo el producido diario del Bus y el subsidio de transporte, que conjuntamente ascendió a la suma de $250.000.00 poco más o menos.

"13. A raíz del incendio del bus y habiendo sido reparado y encontrándose en la actualidad en funcionamiento, se estima que por ese hecho, sufrió una devalorización en su precio comercial, no inferior a $300.000.00". (Fls.: 24 y 25 vtos. C. 1).

III

Como normas violadas se citan: "Artículos: 16, 20, 21 y 61 de la Constitución Política, artículos 68 del Código Contencioso Administrativo, artículos: 2341, 2344, 2347 y 2356 del Código Civil y artículo 62 del Código de Procedimiento Civil.

IV

El señor Fiscal del Consejo en su concepto de fondo expresa:

...al encontrarse demostrado dentro de este proceso la existencia de los elementos axiológicos exigidos por la jurisprudencia para la prosperidad de las acciones indemnizatorias, es preciso acceder a las súplicas de la demanda y así lo solicita esta Agencia del Ministerio Público al H. Consejo de Estado".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El incendio del bus marca Dodge de Placas 0-04-06, en desórdenes protagonizados por estudiantes de la Universidad del Valle del Cauca, el día 9 de mayo de 1978, se halla plenamente acreditado con las siguientes pruebas:

1. El informe rendido por el Mayor Luis Alberto Robles Peña como Jefe del Grupo de Orden Público del Departamento de Policía Valle, en donde se lee:

"1o. El día 9 a las 11:30 horas aproximadamente 500 estudiantes de la Universidad del Valle, bloquearon la vía e iniciaron pedreas contra vehículos que transitaban por la vía Cali-Jamundí, quemando el bus de la empresa "Blanco y Negro", número de orden 119, de placas VJ-0406, conducido por Melquisedec Bedoya..." (folio 13 Cuaderno No. 1).

2. El conductor del bus el día de los hechos, Melquisedec Bedoya, los relata a folios 74 del Cuaderno segundo en la siguiente forma:

"...al término de la Universidad, saliendo a la autopista panamericana me encontré de improviso con unos estudiantes que estaban bloqueando el paso. Inmediatamente empezaron a tirarle piedras al bus y gritar consignas diciendo que abajo el transporte, el alza del transporte. Entonces yo inmediatamente me agaché debajo del timón y en ese mismo instante sentí un calor a las espaldas mías y miré hacia atrás y ya le había tirado unas bombas incendiarias dentro del bus y estaba prendido... Me bajé del bus y traté de comunicarle a la empresa... Cuando regresé de allá ya el bus estaba completamente incendiado...

3. Observaron, igualmente, el vehículo incendiado Tulio Marino Paz y Alvaro Henao Hincapié (folios 64 y 65 del Cuaderno No. 2). El primero de ellos, declara que "el día 9 de mayo y estando yo en el control de la Empresa Blanco y Negro esperando el bus de mi propiedad, me dieron razón que habían quemado un bus de la empresa Blanco y Negro. Inmediatamente yo me dirigí allá a ver cuál era el bus que habían quemado, y cuando yo llegué allá el carro estaba ya completamente incendiado, siendo la hora de las once a once y media, constaté que era el bus 119...". El segundo declarante, expone: "Yo conducía un bus de la misma empresa hacia la Universidad del Valle al momento en que arrimaba a la Universidad, me tocó ver el bus a toda la salida de la citada Universidad, envuelto en llamas...".

No existe, por tanto la menor duda en cuanto al hecho objetivo del siniestro del bus a manos de los estudiantes de la Universidad del Valle.

Cabe, entonces, preguntar: ¿el incendio del vehículo tuvo como origen una falla en el servicio consistente en la falta de vigilancia policiva? ¿Fue, en otras palabras, negligente la Policía de Cali al no haber acudido oportunamente a prevenir los desórdenes provocados por los estudiantes?

A folios 67 del Cuaderno segundo, el señor Publio Eduardo Ovalle Martínez dice que "En el año de 1978, si mal no recuerdo, en el mes de mayo, en mi calidad de Director de la Corporación de Buses Urbanos y como era de mi obligación, hice algunas solicitudes a la Tercera Brigada y a la Policía del F-2, pidiendo que se diera protección a los vehículos de Cali ya que como consecuencia de alguna modificación tarifaria podrían ocurrir algunos hechos lamentables, si no se daba oportunamente a los vehículos la debida protección. Lo cierto es que el mes de mayo, la fecha no recuerdo bien, el Gerente de la Empresa Blanco y Negro me llamó para informarme que cerca a los predios de la Universidad del Valle, le habían prendido fuego a un vehículo de esa empresa. Tratándose de la Blanco y Negro de una de las afiliadas a la Corporación, pedí nuevamente protección para ese y los demás vehículos de Cali. Después supe que ese vehículo había sido consumido por las llamas lo que hace presumir que la intervención de la policía, si la hubo, no fue oportuna".

Por su parte Antonio Bellini Vicenzini (folio 73 del Cuaderno No. 2) expresa: "La Empresa y la Corporación de Buses Urbanos de Cali, habían solicitado en repetidas ocasiones a las autoridades competentes la vigilancia y el control del orden público para estos casos ya que siempre que hay alzas en el transporte siempre se presentan estos casos, pero cuando las autoridades se deciden intervenir por algún motivo ya estos hechos se han llevado a cabo, o sea que las autoridades casi nunca nos ponen atención para evitar que estos casos sucedan. El vehículo en mención cuando fue retenido e incendiado en los predios de la Universidad del Valle el motorista informó a la empresa de lo que estaba aconteciendo. La empresa inmediatamente llamó a la policía y a los bomberos para que intervinieran, pero cuando ellos se hicieron presentes ya era demasiado tarde, pues se demoraron mucho para que intervinieran.

Queda claro, pues que si los agentes de la autoridad hubieran atendido el llamado de los empresarios del transporte posiblemente se hubiera ejercido el control necesario para evitar los desmanes. La Universidad, desde luego, era uno de los puntos críticos y sobre ella se pudo haber ejercido una especial

vigilancia. No se llevó a cabo, desoyendo los requerimientos de los transportadores. Y aunque este clamor no se hubiera exteriorizado, una elemental previsión en situaciones como las que genera un alza del transporte habrían llevado a la autoridad policiva al ejercicio oportuno y eficaz en los predios de la Universidad. Hubo así una flagrante omisión de deberes nítidamente ostensibles para los guardianes del orden, conducta que deviene en una responsabilidad para la administración.

Se hallan, ciertamente, reunidos los requisitos que configuran la falla del servicio, pues que los hechos que condujeron al incendio del vehículo se hubiesen podido evitar con una intervención oportuna de la policía de Cali. Y si ello es así, la prosperidad de la acción indemnizatoria es también evidente.

¿Cuáles, en consecuencia, los perjuicios padecidos por el propietario del vehículo y hasta dónde llega su monto?

En cuanto al daño emergente:

Se encuentran acreditados los gastos de reparación del vehículo por los daños que sufrió a raíz del incendio, sufragados por su propietario, señor Pompilio Rengifo, así:

1. Pagado al Taller Técnico Automotriz Nelsón González G., según factura que obra a folios 44 del Cuaderno No. 2, debidamente reconocida (fl. 70) $318.310.45

2. Pagado a Manufacturas Metálicas, según facturas y recibos que obran a folios 46 y 47 del Cuaderno No. 2, debidamente reconocidos (folio 70 vto). $290.050.00

3. Pagado a Servicio Eléctrico Exito, según facturas de folios 45 del Cuaderno No. 2, debidamente reconocida (fl. 72) $21.920.00

TOTAL $630.280.45

A esta cantidad, se condenará, por este concepto. Respecto a la desvalorización del vehículo, no fue acreditada en el proceso.

Por lo que respecta al lucro cesante.

Con el peritazgo rendido por expertos se estableció que éste asciende a la cantidad de $155.264.00, discriminados así: $89.523.60 por concepto de subsidio del transporte y $65.736.00, por concepto de lo que dejó de producir el vehículo mientras permaneció fuera de servicio.

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

FALLA:

1o. Declárase a la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa), responsable del incendio del bus marca Dodge, modelo 1976, de placas V.J.0406, de

propiedad del señor Pompilio Rengifo, en hechos ocurridos en la ciudad de Cali el día 9 de mayo de 1978.

2o. Condénase a la Nación Colombiana (Ministerio de Defensa), al pago de los perjuicios materiales sufridos por el señor Pompilio Rengifo a consecuencia del incendio del bus de su propiedad el día 9 de mayo de 1978 en la ciudad de Cali, en cuantía de setecientos ochenta y cinco mil quinientos cuarenta y cuatro pesos con cuarenta y cinco centavos moneda legal colombiana ($785.544.45), sumas discriminadas así: por concepto de daño emergente la suma de $318.310.45, y por lucro cesante, la cantidad de $155.264.00.

3o. El pago se hará en los términos de los artículos 121 y 122 del Código Contencioso Administrativo. Pasados treinta (30) días de formulada la cuenta, se causarán intereses moratorios del 24%.

4o. Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y comuníquese.

Jorge Dangond Flores, Carlos Betancur Jaramillo, Eduardo Suescún Monroy, Jorge Valencia Arango.

Félix Arturo Mora V. Secretario.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISION. Tratándose de la falla del servicio originada en la "OMISION" de la administración, es absolutamente necesario demostrar en forma fehaciente que se pidió concretamente la protección de la autoridad ante determinadas amenazas o ante fundados o razonados temores sin tal protección o vigilancia se haya prestado por el Estado.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, D.E. febrero veinticuatro de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Jorge Valencia Arango**

Actor: **Ligia Calderón de Córdoba**

Referencia: Expediente No. 3.331

La señora Ligia Calderón de Córdoba, en su propio nombre y en el de sus menores hijos Margarita Rosa, Ana María y Beatriz Alicia Córdoba Calderón, por medio de apoderado, formuló demanda contra la Nación a fin de que previos los trámites de un juicio ordinario contencioso administrativo, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

1. La Nación es responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados a las demandantes con la muerte del doctor Efraím Córdoba Castilla,

Presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, ocurrida en dicha ciudad, en las primeras horas de la noche del día 15 de septiembre de 1979, por manifiesta desprotección de las autoridades.

"1.1. Condénase a pagar a doña Ligia Calderón de Córdoba y a sus hijas Margarita Rosa, Ana María y Beatriz Alicia Córdoba Calderón:

"1.1.1. Daños y perjuicios materiales (incluyendo en el lucro cesante los intereses —frutos— de los que sumen, desde la fecha de su causación y hasta la de fijación de la indemnización), en la cuantía que resulte de las bases que se prueben en el curso del proceso.

"Su pago se hará con moneda en curso, es decir, con pesos que tengan el mismo poder de compra que los de la fecha de causación de los daños y perjuicios.

"11.2. Daños morales con el equivalente en pesos de la fecha del fallo de mil gramos de oro fino, y,

"11.3. Gastos del proceso.

"1.2. La Nación dará cumplimiento a la sentencia dentro de los términos señalados en los artículos 121 y 122 del C.C. Administrativo. Si no lo hiciere así, pagará intereses técnicos del 30% anual, 6% de interés puro más 24% de corrección monetaria, a partir de la presentación de la solicitud de pago". (Fl. 70).

La demanda reseña como hechos fundamentales los siguientes:

"1. En las primeras horas de la noche del día 15 de septiembre de 1979 murió acribillado a balazos frente a su casa de habitación, de la calle 13, número 6-55, el Presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, doctor Efraím Córdoba Castilla.

"2. El hecho se debió a falta o falla de la Administración. En efecto:

"2.1. Años atrás, el 22 de marzo de 1976, le pusieron una bomba que destruyó el salón de estudio que tenía en su residencia. El doctor Córdoba Castilla y su esposa pidieron protección policiva y no se las dieron.

"2.2. Más recientemente y a raíz de numerosos atentados mortales contra jueces y la magistrada Presidenta del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, doctora Perla Betty Vélez de Prada, la Asociación Nacional de funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y la Corte Suprema de Justicia solicitaron del Gobierno Nacional que cumpliera con su deber fundamental de protegerlos pero todo fue en balde.

"2.2. Ya en vísperas del sacrificio del Presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar el señor Gobernador del Departamento del Cesar convocó a una rueda de prensa en su despacho y dio a periodistas de diversos medios de información nacional y local, que la difundieron ampliamente, la noticia de un plan terrorista para celebrar el aniversario del paro nacional del 14 de septiembre de 1977 con el asesinato del propio Gobernador, de Magistrados, Jueces, del Alcalde y otros altos funcionarios, y ni la inminencia del peligro, ni las peticiones de ayuda del Magistrado Presidente y de la

Juez Tercera Superior de Valledupar movieron a las autoridades a prestarles la protección requerida.

"2.4. Mes y medio antes del asesinato del doctor Efraím Córdoba Castilla mataron en Valledupar al celador del edificio en donde funciona el Tribunal Superior, y, pocas horas después de haber caído aquél, apareció muerto el Gerente de la Caja de Crédito Agrario del municipio de San Diego y, dos días después, el 17 de septiembre de 1979, Heriberto Ramírez, quien estuvo vinculado como sindicado al proceso por homicidio del General del Ejército Ramón Rincón Quiñones.

"3. El doctor Efraím Córdoba Castilla "consagró su meritoria existencia a la judicatura, la ejerció con brillo y la enalteció con su ilustración, rectitud, eficiencia y carácter", durante más de dieciséis años.

"3.1. Su última asignación mensual fue de cuarenta y cuatro mil cien pesos (44.100.00) más las doceavas partes de las primas de navidad, semestral, vacacional, ascensional, de servicios y antigüedad.

"4. El doctor Efraím Córdoba Castilla había nacido en Valledupar el 23 de julio de 1936; contaba al morir 43 años de edad.

"4.1. A la persona que ha llegado a la edad de 43 años le quedan en nuestro país 36 años más de vida, de acuerdo con la tabla de mortalidad de los activos afiliados al Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

"4.2. El 20 de febrero de 1971 contrajo matrimonio con la señora Ligia Calderón Brugés, nacida en 1950, y de la unión nacieron y sobreviven:

"42.1. Margarita Rosa, el 2 de octubre de 1972;
"42.2. Ana María, el 22 de diciembre de 1973, y
"42.3. Beatriz Alicia, el 19 de junio de 1975.

"5. La muerte del doctor Efraím Córdoba Castilla causó a su viuda y a sus hijas menores de edad, que son personas sin bienes ni rentas de capital, pobres y necesitadas de ayuda, daños y perjuicios materiales y morales.

"5.1. Materiales, como resultado:

"5.1.1. de la privación de la asistencia económica que regular y oportunamente les venía suministrando y que, con toda seguridad, les iba a dar en el futuro de no haber mediado su trágica y prematura desaparición;

"5.1.2. de la demora en pagarles la indemnización causada desde la fecha de la muerte de su protector, perjuicios equivalentes, cuanto menos, a sus frutos, a sus intereses legales, en pesos corrientes de la fecha de su exigibilidad sustancial, claro está, y,

"5.1.3. de los gastos hechos y asumidos para iniciar y llevar a cabo el proceso de reclamación judicial de lo que les debe la Nación.

"5.2. Morales, a raíz del dolor, de la aflicción, de la congoja pasada y futura, pero siempre presente, que, para toda la vida, ha dejado en ellas la carencia definitiva del esposo y del padre, del apoyo material y del aliento espiritual, de encausamiento y dirección en la existencia, y que se presumen

entre cónyuges por la muerte de uno de ellos, y entre los hijos por la del progenitor.

"6. Daños y perjuicios ligados causalmente con la manifiesta desprotección, en que las autoridades de la República, contra el clamor de la Corte Suprema de Justicia, de la Asociación Nacional de Funcionarios y Empleados de la Rama Jurisdiccional, de los Tribunales, de los Jueces y de los hechos cumplidos, dejaron al señor Presidente del Tribunal del Distrito Judicial de Valledupar" (Folios 71 a 74).

En derecho citó los artículos 2o., 16, 20 y 51 de la Constitución Política: 68 del C.C.A., 20, 28 y 30 del Decreto-ley 528 de 1964, 1o., 2o., 5o. y 32 del Código Nacional de Policía; 68 del Reglamento de los FF.M.., 3, 9 "Reglamento de Servicio de Guarnición", 1612 a 1615 del C.C., 106 del nuevo Código Penal y 8o. de la Ley 153 de 1887.

El proceso ha recibido el trámite previsto en la Ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se procederá a dictar sentencia.

II. EL CONCEPTO FISCAL

La Doctora Edné Cohen Daza, Fiscal 2o. de la Corporación, en su concepto de fondo, expone:

"Para que las acciones prosperen en una acción de esta naturaleza, la jurisprudencia ha exigido que se den y se prueben los siguientes elementos: la falla del servicio, el daño sufrido y la relación de causalidad entre los dos elementos primeramente anotados.

"En el presente caso, la falla del servicio se hace radicar en la total desprotección de que fue víctima el doctor Efraím Córdoba el día en que recibió la muerte de manos de tres desconocidos.

"Hay prueba en el expediente, que demuestra que efectivamente los días anteriores al 15 de septiembre en que murió el doctor Córdoba Castilla, se conoció y difundió en la ciudad de Valledupar un plan terrorista.

"Al folio 173 aparece una constancia suscrita por el periodista Gustavo José Cuello Díaz —ratificada en declaración rendida ante el Tribunal comisionado para la práctica de pruebas—, fls. 249 y ss., en donde se lee la noticia que circuló y se difundió en la emisora Caracol sobre el mencionado plan terrorista de que se ha hablado.

"En igual sentido aparece al folio 172 otra certificación debidamente reconocida al folio 245 y siguientes, sobre el alarmante plan; también dan cuenta de este hecho algunos otros testigos. Así lo dice en su declaración la doctor Luz Helena Castillo de Castro —fls. 256 y ss—. También nos da cuenta la misma testigo de la *solicitud de protección* que tanto ella como el mismo doctor Córdoba hicieron a la Policía (ver fl. 260), nos refiere igualmente la testigo sobre el atentado de que fue víctima la familia Córdoba Calderón en el año 1976, y de la situación continuada de angustia que padecía la familia.

"Sobre los mismos hechos rindió declaración el doctor Alais Habid Molina, ex-magistrado del Tribunal Superior (ver fl. 265 y ss.)

"También el doctor Jorge Saade Márquez, Magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo de Valledupar, en su declaración visible al folio 269 y ss. nos informa sobre el atentado de que fue víctima el doctor Córdoba y su familia en 1976, sobre los rasgos más característicos de la personalidad de la víctima y sobre el conocimiento del mencionado plan terrorista que se preparaba en la región en 1979.

"Al folio 277 aparece la declaración rendida por el señor José Polidoro Bernal Guerrera miembro del F-2 DIPEC que informa sobre el atentado que sufrió la familia Córdoba Calderón en 1976. En igual sentido declaró el señor Saúl Garzón Segura, agente del F-2 (ver fl. 278).

"Al folio 261 y siguientes aparece la declaración rendida por la doctora Alix Cecilia Daza de Díaz. También se refiere a la personalidad del jurista Córdoba Castilla, a los hechos ocurridos en el año 76 y al conocimiento que tuvo del peligro en que se encontraban los altos funcionarios de la región, debido al descubrimiento de un plan terrorista.

"De lo anterior debe deducirse, que para el mes de septiembre de 1979 específicamente en los días en que fue asesinado el doctor Efraím Córdoba, era de conocimiento público y muy especialmente de las autoridades civiles y militares de la ciudad, el peligro que ofrecía para los Magistrados y Jueces el anunciado plan terrorista.

"Todos los declarantes concuerdan en afirmar, cómo el trabajo honesto y decidido y la actitud severa y siempre correcta del doctor Córdoba en el ejercicio de la Magistratura de la Sala Penal, lo hacían blanco preciso de atentados criminales. También se puede deducir leyendo los diferentes testimonios, que el doctor Córdoba Castilla dada la desagradable experiencia vivida en el año 76, e informado de las amenazas que se avecinaban, solicitó telefónicamente ayuda y protección de las autoridades de policía.

"Quedó demostrado que tanto el doctor Córdoba como su esposa doña Ligia Calderón eran personas precavidas y prudentes, de ahí que después del insuceso del año 76 hubieran tomado medidas especiales y particulares de protección, como las relatadas por el señor Pedro Antonio Mendoza Amaya, fl. 31 y ss., quien prestó sus servicios de vigilancia a la residencia de la familia.

"También la doctora Luz Helena Castillo de Castro en la declaración que aparece a folio 256 y ss., nos da cuenta de la actitud cuidadosa y diligente de la señora de Córdoba cuando nos dice: "En el momento de cesar el alumbrado y siendo más o menos las 6 de la tarde, Ligia ordenó a la muchacha trasladar las camas de las niñas de la pieza en donde se hallaban que daba hacia la calle, a la alcoba matrimonial situada al fondo de la casa, me comentó entonces Ligia no sin cierto resentimiento que tal tarea debía realizarla todas las noches desde el día de la explosión de la bomba por el temor que los embargaba de que volviera a ocurrir algo semejante".

"En ocasiones y desafortunadamente en muchas, en estos últimos tiempos, la función de administrar justicia está resultando un peligro permanente para los funcionarios. En el caso que se estudia todo parece indicar, que la muerte del distinguido profesional, hombre honesto y correcto dedicado a la

persecución y castigo de los delincuentes, fueron los motivos determinantes de su muerte.

"Ya se vio, que todos los que lo conocían coinciden en afirmar que era hombre apacible y amable, estudioso y dedicado a su trabajo, que no tenía ni tuvo nunca enemigos personales. Su vida pues como lo demuestra su hoja de servicio fue enteramente dedicada a la ardua tarea de administrar justicia.

"También se demostró en el proceso, que amenazada su vida, como estaba y especialmente en el mes de su muerte, cuando era de conocimiento público el mencionado plan terrorista, el doctor Córdoba Castilla no recibía ninguna protección especial de parte de las autoridades de policía.

"En el expediente quedó plenamente demostrada la calidad con que se presentan a demandar la señora Ligia Calderón de Córdoba y sus hijas menores (fl. 23 y ss.). También hay declaraciones a folios 239 y 242 sobre la situación económica de la familia y la dependencia económica de las demandantes.

"Quedó demostrado que el doctor Córdoba al momento de morir era Magistrado del Tribunal Superior, así como de la asignación mensual que devengaba (fl. 42 y ss.).

"Analizado el conjunto probatorio que obra al expediente, esta Fiscalía considera, que las pretensiones de la demanda con que se inició el presente juicio deben prosperar.

"En consecuencia solicito a la Honorable Sala se acceda a las peticiones de la demanda, declarando la responsabilidad de la Nación por la muerte del doctor Efraím Córdoba Castilla y condenando al pago de los perjuicios materiales y morales a favor de las demandantes". (fls. 307 a 310).

III. EL ALEGATO DE LA PARTE DEMANDANTE

Del memorial respectivo, la Sala cree conveniente transcribir lo pertinente al "daño moral":

"Y lo mismo pasa con el daño moral. Yo no he podido entender con qué lógica los padres sufren el doble de los hijos y los viudos y viudas otro tanto en la Jurisprudencia del Consejo de Estado.

"¿Por qué, pregunto, se reconoce el equivalente en pesos de 1000 gramos de oro al padre, a la madre, a la viuda o viudo, por la muerte del hijo y del esposo o esposa, en tanto que al hijo por la muerte del padre, cuando más, se le reconoce el equivalente en pesos de 500 gramos de oro?

"No hay ninguna sentencia del Consejo que lo haya dicho hasta el momento no obstante que el artículo 163 de nuestra constitución manda motivarlas.

"Y digo que a los hijos cuando más se le reconoce como indemnización del daño moral el equivalente en pesos de 500 gramos de oro porque últimamente se ha resucitado una doctrina abandonada por la corte hace más de 30 años según la cual el dolor es proporcional a la edad.

"Lo que tampoco ha dicho el Consejo, y sería importante que lo dijera, es a qué edad se siente el ciento por ciento y sobre qué bases científicas, sicológicas y siquiátricas, se funda el regreso.

"Porque hasta donde yo he podido leer los niños se afectan más por la falta de un norte en su vida, de un padre, de una madre, que la persona que ya tiene el callo de la vida para soportar los reveses de la suerte.

"¿O será que todavía se cree que daño moral es igual a dolor moral?

"No. Daños morales son todos los que no se pueden evaluar o cuantificar matemáticamente y comprender, además del dolor, las afecciones de la personalidad, del nombre, de los derechos, etc.

"Por tanto solicito muy comedidamente un replanteamiento de la doctrina en torno a estas inquietudes y, desde luego, que se pague por igual a todos y a cada uno de mis clientes, el equivalente en pesos de un mil gramos de oro como indemnización del daño moral que les causó la muerte de su esposo y padre.

"Finalmente soy de la opinión que lo pagado a los demandantes como seguro de vida de su padre no puede descontarse del monto de la indemnización que les corresponde. La indemnización se debe por falla del servicio o falta de Administración. El seguro porque la víctima murió desempeñando un cargo público, el de magistrado de la República. La causa no es la misma. Sino diferente. Por ello no puede considerarse el pago de la indemnización y el seguro como un doble pago y como un enriquecimiento sin causa. Cada pago tiene la suya propia. Repito, la falla del servicio y el hecho de haber sido servidor público. Una y otro se dan con clara independencia". (fls. 300 a 301).

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A. LA FALLA DEL SERVICIO

La demanda la hace consistir en la "omisión" del Estado, policía y ejército al no haber prestado protección especial al Presidente del Tribunal Superior de Valledupar, Dr. Efraím Córdoba Castillo, muerto violentamente, por desconocidos, frente a su propia residencia el 15 de septiembre de 1979.

1. Sobre la falla del servicio por omisión, esta Corporación ha dicho lo siguiente:

"B. Desde hace mucho tiempo la jurisprudencia civil acogió la tesis expuesta por los autores, Joserand entre ellos, de que no solo por los hechos activos se compromete la responsabilidad, sino también por la abstención, por la inercia. En 1937 expresó la Corte Suprema que se responde por el hecho negativo consistente "en la inejecución de ciertas obligaciones positivas impuestas en favor del público a determinadas personas o empresas, o bien en la omisión de un acto o en la falta de una intervención o de una iniciativa, cuando se les considera como deberes jurídicos positivos", (G.J. Tomo XLV No. 1927, pág. 420). Y en 1946 dijo la misma Corporación: "A la falta positiva viene a oponerse y agregarse la falta negativa, que consiste en abstenerse de un acto, de una intervención, de una iniciativa que se estiman obligatorias. Podemos pecar por abstención, tanto como por acción, por inactividad, como por agitación". (G.J. Tomo LX, Nos. 2932-2033, pág. 57).

"En la concepción de derecho público sobre responsabilidad extracontractual, liberada del sometimiento a las normas del Código Civil que rigen

las relaciones privadas, es decir, dentro de la teoría autónoma de la *falta o falla del servicio*, es clara, sin duda con mayor fundamento, la afirmación de que las entidades estatales son responsables por *omisión*, pero no de manera absoluta, incondicional, sino relativa, condicionada a la existencia de determinadas circunstancias: solicitud expresa de intervención dirigida a la autoridad con capacidad funcional, de conformidad con las exigencias y formalidades establecidas en las leyes. No se puede, pues, predicar omisión, generadora de responsabilidad, cuando el funcionario competente necesita de requerimiento para actuar en ejercicio de sus atribuciones y el particular interesado se abstiene de ejercer el derecho de pedir la intervención de acuerdo con las disposiciones legales pertinentes.

"Con razón escribió Charles Rousseau en su Teoría General de la Responsabilidad en Derecho Administrativo: "Reconocer que el servicio público, al no funcionar, puede cometer una falta, equivale a decir que está obligado a obrar, y que por tanto debe reparar pecuniariamente las consecuencias de su inacción".

"Como es obvio, para que esa posibilidad de configuración de la falta de servicio se convierta en real, es indispensable la existencia de la obligación de actuar; de tal manera que si la ley ha reglamentado el procedimiento en determinada materia, con la exigencia de la querella para que se ponga en movimiento la administración a través del funcionario respectivo, resulta ineludible el formal requerimiento pues de lo contrario no surge la obligación y sin ésta tampoco aparece el primer elemento axiológico de la responsabilidad extracontractual o sea la falta o falla administrativa.

"... 6. Los hechos expuestos en la demanda para deducir las pretensiones indemnizatorias por supuesta omisión de las autoridades municipales, no aparecen probados en el juicio pues si bien es cierto que se aportaron testimonios y documentos con el propósito de demostrar la falta de actividad de la administración frente a las frecuentes invasiones, varios de tales elementos, examinados de acuerdo con las normas procesales pertinentes, no permiten la apreciación probatoria por deficiencias fundamentales en su producción y otros, aunque sí reúnen las formalidades legales, resultan inocuos pues, como antes se anotó, para deducir responsabilidad al municipio, por falla del servicio, es indispensable acreditar, plenamente, que se pidió la protección policiva en ejercicio del derecho consagrado en la ley y que la autoridad competente, ante la querella formalizada, rehusó en forma inexcusable la prestación del servicio causando daño con su actitud pasiva". (Sentencia de Julio 15 de 1980. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente 10134, Consejero Ponente Dr. Jorge Dangond Flores).

2. Si bien el Artículo 16 de la Constitución Política, primero del Título III sobre derechos civiles y garantías sociales, previene que "las autoridades de la República están instituidas para proteger las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes...", de allí no puede concebirse que el Estado asume una obligación de resultado, de seguridad, pues en tales circunstancias estaría obligado a responder por todas las muertes violentas ocurridas en el país, por todas ls calumnias e injurias y por todos los hurtos, robos y depredaciones.

No, ese no es ni puede ser el alcance de la aludida norma. Es, por el contrario la "meta" que se propone el Estado Colombiano al organizarse como República y como Estado de Derecho. Es una obligación de medio, un compromiso de poner todos los instrumentos a su alcance para la debida protección de tales bienes tangibles e intangibles.

Obvio, también, que ni aún poniéndole a cada ciudadano un guardaespaldas podría garantizar la vida de tal ciudadano, pues de otra manera había que considerar un "imposible físico" el asesinato de un gobernante dada la estricta y abundante protección que se la brinda y la historia universal está llena de "regicidios" o "magnicidios".

3. De ahí que tratándose de la falla del servicio originada en la "omisión" de la administración, sea absolutamente necesario demostrar en forma fehaciente que se pidió concretamente la protección de la autoridad ante determinadas amenazas o ante fundados y razonados temores, sin que tal protección o vigilancia se haya prestado por el Estado.

4. Al folio 122 del expediente, aparece oficio de la Policía Nacional —Departamento del César—, que dice:

"Valledupar, 14 de diciembre de 1981
No. 3453. DECES-COMAN-701
Asunto: Referencia Oficio número 1845
Al: Señores CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA.
Bogotá, D.E.

"En atención al oficio de la referencia en el asunto, me permito informar a ustedes que revisados los archivos que se llevan en esta Unidad, no aparecen antecedentes sobre el particular; no hay solicitudes de protección y en el momento en que ocurrieron los hechos, la situación de orden público era normal. El servicio de vigilancia con personal uniformado se efectuaba mediante patrullajes y revistas esporádicas tanto al despacho como a la residencia del funcionario.

Atentamente,
MY. Benjamín Góngora Useche.
Cdte. (E) Departamento".

No hay, pues, constancia en el Departamento de Policía del Cesar, de que el Dr. Efraím Córdoba hubiera pedido protección o hubiera comunicado a dicha dependencia las razones que pudiera tener para temer un ataque contra su integridad personal.

5. Al folio 166 del proceso, aparece la respuesta a solicitud de esta Corporación, dada por el Comandante del Batallón La Popa, de Valledupar.

"Señores
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
Bogotá, D.E.
De conformidad con lo solicitado a este Comando mediante oficio No. 1846 del 09-noviembre-81, con el presente me permito informar a los señores del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera:

"1. Revisados detalladamente los archivos de esta Unidad no aparece solicitud de custodia personal al señor doctor quien en vida respondía al nombre de Efraím Córdoba Castilla.

"2o. Como es bien conocido esta misión corresponde al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), por lo tanto le sugerimos solicitar dicha información a ese Organismo.

"Teniente Coronel Juan Mora Díaz

"Comandante del Batallón La Popa".

Tampoco hay, pues, constancia de que la víctima hubiera pedido protección a las fuerzas militares.

6. Hay abundante prueba en el plenario sobre el atentado sufrido por el Dr. Efraím Córdoba en marzo de 1976, en que estalló una bomba en su residencia y destruyó su propia alcoba. Por espacio no menos a 8 meses, posteriores al atentado, la víctima se trasladaba con su familia todos los noches a casa de su suegra, por el temor a la repetición del atentado. En los primeros días se le prestó vigilancia directa con un policía, en la casa, pero luego se abandonó tal precaución y fue así como el Dr. Córdoba, durante esos 8 meses siguientes tuvo como celador privado de su casa, al señor Pedro Antonio Mendoza Amaya, quien vencido ese lapso, ocasionalmente era buscado por el Dr. Córdoba para que cuidara la casa, cuando salía de vacaciones o tenía una fiesta; era pues celador de la residencia no guardaespaldas. (Pedro Antonio mendoza Maya fl. 231, Luz Heladia Castillo Fl. 256, Alix Cecilia Daza Fl. 261, Alais Habib molina Fl. 265 y Jorge Saade Márquez Fl. 269.

7. Pedro Antonio Mendoza, Fl. 231, quien cuidó la casa por los ocho meses posteriores al atentado de marzo de 1976 y en ocasiones posteriores cuando el Dr. Córdoba salía a vacaciones o asistía a fiestas, declara que el 15 de septiembre de 1979, día en que fue asesinado el Dr. Córdoba, fue requerido por éste para que le cuidara esa noche su residencia, pues debía asistir a una fiesta, para lo cual lo recogió a las 6 y 30 p.m. y lo trasladó a la residencia de la víctima, que luego salió en su carro a llevar a una de sus pequeñas hijas a casa de su suegra y regresó por su esposa a la que esperó frente a la casa y en su automóvil, por algunos minutos. Como ella no saliera, el testigo, sentado al pie del portón, vio cómo el Dr. Córdoba salió del vehículo y trató de rodearlo por la parte delantera, para entrar a la casa, cuando fue apresado por tres sujetos, quienes lo tumbaron al suelo y no obstante los gritos de auxilio de la víctima, le dieron muerte de varios balazos y huyeron en el propio automotor de la víctima, todo ello en presencia del celador declarante, que, posiblemente, por no desempeñar las funciones de guardaespaldas sino las de simple vigilante del inmueble debía estar desarmado.

8. Cierto que pocos días antes del 15 de septiembre de 1979, día en que fue cobardemente sacrificado el Dr. Efraím Córdoba, se difundió por las distintas emisoras la noticia dada por el Gobernador del Departamento del Cesar de que había sido descubierto y debelado un plan terrorista que debía realizarse el 14 de dicho mes y año para celebrar un nuevo aniversario del célebre paro nacional de 1977, el cual incluía la muerte de distinguidas personalidades del Departamento, incluido el Gobernador. (Casi todos los testigos así lo afirman y

muy especialmente Santiago Calderón Díaz (fl. 245) y Gustavo José Cuello (fl. 249).

9. Pero, ya se dijo, las autoridades tomaron las medidas que consideraron pertinentes, el orden público fue normal el 14 de septiembre de 1979, el servicio de vigilancia se prestó con personal uniformado "mediante patrullajes y revistas esporádicas tanto al despacho como a la residencia" de los funcionarios y no hubo petición especial de protección por parte del Dr. Córdoba. (folios 122 y 166).

10. La doctora Luz Heladia Castillo, Fiscal 2o. del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar (fl. 256), dice:

"No puedo precisar en virtud del tiempo transcurrido por qué emisora se enteró del plan terrorista debelado por el señor Gobernador del Cesar en ese entonces, José Guillermo Castro Castro, pero de todas maneras fue por una emisora local. A pesar del gran despliegue que se hizo y de los muchos comentarios que suscitó tal revelación no se prestó ninguna clase de protección a los amenazados. Es más, en mi calidad de Juez Tercera Superior en ese entonces, dirigí una solicitud, no recuerdo si a la policía o al Ejército para que se nos prestase protección el día en que se conmemoraba el segundo aniversario del paro nacional, protección que no se prestó. Aclaro que precisamente mi solicitud fue motivada por el comentario que al respecto me hiciera el doctor Córdoba Castilla, quien me manifestó que había hecho telefónicamente solicitud de protección a los mandos del Ejército o de la Policía".

Lo anterior, en el mejor de los casos, probaría que el Dr. Córdoba dijo lo que la testigo afirma que le dijo, pero no que efectivamente se hubiera solicitado la aludida protección.

Y es que en esta parte, la citada declaración debe tomarse como formando una unidad con la certificación jurada que ratifica, según la cual:

"La noticia sobre las ambiciones terroristas, para conmemorar el aniversario del Paro Nacional de 1977, se comentó entre el gremio de abogados y fue así como discutimos la posibilidad de su realización, con el Dr. Efraim Córdoba Castilla, en la oficina del Dr. Luis Rodríguez Varela, a donde llegué en procura de realizar una llamada telefónica a mi residencia, por carecer mi despacho de tal artefacto. El Dr. Córdoba Castilla, víctima en años anteriores de una bomba de alto poder explosivo colocada en uno de los dormitorios de su residencia y que causó enormes destrozos, me comentó escépticamente que era perder tiempo pedir protección policiva porque si había desidia en el despliegue de la misma ante los hechos dados, como había ocurrido en los angustiosos días posteriores al atentado de que había sido objeto, mayor sería ante una mera expectativa". (fl. 214).

Y aquí ya menciona que el Dr. Córdoba le comentó que había llamado a la Policía a averiguar sobre las noticias sobre el plan terrorista.

Y al folio 53, obra copia autenticada de un oficio dirigido por la doctora Luz H. Castillo de Castro, Juez 3a. Superior del Distrito Judicial de Valledupar, al Comandante de la Policía del César pidiendo vigilancia para su juzgado ante el temor de disturbios del orden público, pero no hay constancia de su

presentación o recibo en la Comandancia de la Policía, por lo que cobra mayor valor probatorio la certificación del folio 122 de que no hubo solicitud de protección especial.

"Valledupar, septiembre 13 de 1979. OFICIO 528.
"Señor Comandante de la Policía Nacional. E.S.D.

"Como es de su conocimiento, existe la posibilidad de que en el día de mañana catorce de septiembre, se presenten disturbios de orden público que puedan afectar los Despachos Judiciales. Ante la imposibilidad de mantener cerrado el Juzgado precisamos de su colaboración en el sentido de facilitarnos vigilancia.

"Agradecemos desde ya su valiosa ayuda.

"Fdo. Luz H. Castillo de Castro. Juez Tercero Superior".

Ya se vio que la vigilancia se prestó mediante patrullajes y que el 14 de septiembre de 1979, el orden público en Valledupar fue normal.

11. Por último, el Dr. Alais Habib Molina (fl. 265) compañero de Magistradura del Dr. Efraín Córdoba, por la época de su sacrificio, declara:

"Igualmente si la memoria no me falla, más o menos como los días 12, 13 o 14 de septiembre del año de 1979, con ocasión de una revuelta estudiantil, se supo por la calle que uno de los estudiantes del colegio Loperena aprehendido por el ejército, había manifestado a dichas autoridades la existencia de un plan subversivo en el cual se atentaría contra altos funcionarios del Departamento del Cesar, incluyendo al propio Gobernador, quien si mal no recuerdo dio declaraciones por una de las emisoras locales de Valledupar, en el sentido de que se había debelado el complot. Frente a esta situación yo como Magistrado me puse en contacto con el doctor Efraím Córdoba Castilla, quien era mi compañero de Sala en el Tribunal y charlamos sobre la necesidad de pedir protección policiva, dado que a él como Presidente del Tribunal en ese entonces le correspondía hacerlo conocer. Posteriormente él me comunicó que había hablado con la doctora Luz Heladia Castillo de Castro, quien parece que se dirigió a las autoridades policivas, pidiendo protección. Esto no me consta directamente porque a mí no me lo comunicó la doctora Luz Heladia, sino el doctor Efraím Córdoba quien había quedado conmigo en dirigirse a la Policía solicitando protección. No sé si él lo hizo verbalmente o por escrito, mas lo cierto si es que en las primeras horas de la noche del día 15 de septiembre del año de 1979 fue vilmente asesinado en la puerta de su casa de habitación".

Si la solicitud de protección, como parece, fue la suscrita por la doctor Luz H. Castillo, ya se analizó su poder probatorio y desde luego, no implicaba ni una protección especial e individual para un juez determinado y mucho menos para el Dr. Córdoba.

12. No obstante que varios declarantes afirman que el Dr. Córdoba era persona tímida, nerviosa y temerosa de un nuevo ataque a su vida, su conducta el día de los hechos, su desplazamiento después de las 6 y 30 a llevar a una de sus hijas a casa de su suegra, solo en su automóvil, su regreso a la casa y su permanencia por varios minutos frente a ella, dentro del vehículo, no obstante la falta de suficiente iluminación del sector, lo muestran sereno y seguro, ajeno

a la natural aprehensión que tendría cualquiera que temiera un peligro inminente.

13. No se ve la falla del servicio o de la administración. Resulta doloroso y conmovedor el sacrificio de un abnegado, inteligente y honesto servidor de la justicia, posiblemente por razones de sus propias funciones, pero no había una razón especial para que oficiosamente se le prestara protección personal, individual, el 15 de septiembre de 1979, ni ella fue solicitada. La vigilancia se prestó como los encargados del servicio lo consideraron conveniente, pues se repite, no es posible pretender que el Estado preste la protección debida a cada ciudadano mediante un guardaespaldas individual.

Por 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;

Deniéganse todas las súplicas de la demanda inicial.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Jorge Valencia Arango, (Presidente de Sección), **Jorge Dangond Flores, Eduardo Suescún Monroy, Carlos Betancur Jaramillo.** (Salvó voto).

Félix Arturo Mora Villate. Secretario.

Se deja constancia que la presente providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

AUTORIDADES. (Salvamento de Voto). ¿Para qué están instituidas? Artículo 16 C.N.

PROTECCION CIUDADANA (Salvamento). La protección que merecemos todos debe estar cerca, presta a actuar ante las primeras señales de perturbación y acorde con los riesgos propios de la actividad que cada cual deba cumplir y en proporción a la misma.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISION. (Salvamento). En un estado de zozobra donde obviamente se extreman los riesgos, se debe extremar la protección para aquellas personas, que en una u otra forma dirigen la marcha del Estado. Por eso en circunstancias anormales o de excepción no puede esperar la autoridad, sin faltar a sus más elementales deberes, el requerimiento angustioso de la persona amenazada.

SALVAMENTO DE VOTO
CARLOS BETANCUR JARAMILLO

Consejero ponente: **Dr. Jorge Valencia Arango**

Actor: **Ligia Calderón de Córdoba**

Referencia: Expediente No. 3.331 Ordinario Indemnizaciones

Con todo respeto me separo de la decisión mayoritaria tomada en el asunto de la referencia.

Todos sabemos de memoria para qué están instituidas las autoridades.

Nuestra Carta es elocuente en su artículo 16: "Para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

Es un texto bastante claro que, pese a que ya nadie discute la responsabilidad estatal, ha venido perdiendo importancia y alcances. En la jurisprudencia del Consejo, cuya muestra es esta decisión que glosamos y que sigue la línea excesivamente dura del proceso de la Frontera (cuya sentencia se cita como respaldo) se le ha ido introduciendo a ese artículo 16, a modo de parágrafo, una invisible condición, digna del más crudo leseferismo: *Esa protección se presta siempre y cuando la persona la pida expresamente, ya que si no lo hace, el Estado está exonerado de prestarla.*

No, no puede ser ese el alcance de la norma porque estamos en otro siglo y bajo otras perspectivas. Y hemos llegado a ese extremo, quizás, porque creemos que la jurisprudencia sirve para salvaguardar la forma sagrada y no para darle a cada cual lo suyo.

No insinuamos con esto que cada persona deba tener un policía a su lado. No, pero la protección que merecemos todos debe estar cerca, presta a actuar ante las primeras señales de la perturbación y acorde con los riesgos propios de la actividad que cada cual deba cumplir y en proporción a la misma.

Y en un estado de zozobra donde obviamente se extreman los riesgos, se debe extremar la protección para aquellas personas que en una u otra forma dirigen la marcha del Estado. Por eso en circunstancias anormales o de excepción no puede esperar la autoridad, sin faltar a sus más elementales deberes, el requerimiento angustioso de la persona amenazada.

Y en estos momentos de intranquilidad social y de angustia son los jueces, más que nadie, los que merecen especial trato, porque están precisamente en la línea de fuego. Trato que tiene que ser oficioso, nunca el efecto de una instancia de parte o de una querella. Y merecen esa especial protección porque son los que están más expuestos a la vindicta de los desalmados, de los mafiosos, de los sediciosos, de los corruptores, de los falsarios, de los peculadores, de los sicarios, de los violadores.

Nos acostumbramos a leer el texto constitucional recortado y a menudo creemos que las autoridades están sólo para proteger pero no para ser protegidas. Por eso tal vez y porque nuestro poder judicial goza de un inmemorial

complejo de inferioridad, a nadie se le ocurre pensar que un juez merezca o necesite protección.

Cuando el país vive una época de terror y angustia como la actual, cuando la subversión cierra su cerco y el crimen organizado y brutal gana prestigio social, lo menos que pueden esperar las gentes de bien es la solidaridad, porque como dice el slogan "todos somos responsables de todos". Hoy más que nunca necesitamos una solidaridad espontánea y no rogada, decidida, franca y eficaz.

En Valledupar para la época de los sucesos luctuosos narrados en la demanda no existía la tranquilidad. Es bien conocida la violencia que azotaba al departamento del Cesar. Su mismo gobernador, días antes, en una rueda de prensa dio a los medios de comunicación la noticia de que se había detectado un plan terrorista para celebrar el aniversario del paro nacional del 14 de septiembre y que en él se incluía el asesinato de altos funcionarios.

Parece que nadie entendió que a nivel del gobernador estaban los magistrados. Y que éstos, por razón de su oficio, estaban incluso más expuestos que él. Algunos jueces pidieron protección, pero se sabe que tampoco la obtuvieron. El Dr. Córdoba fue asesinado al frente de su casa, inerme y solo. Pero todo da a entender que tuvo la culpa porque no pidió protección con todos los formalismos legales antes de morir. De fijo las autoridades estaban en ese momento, eso sí de oficio, protegiendo las casas de los ejecutivos departamentales. No puede olvidarse que tiempo atrás el mismo Dr. Córdoba y su familia habían escapado a un atentado dinamitero y que tampoco fueron oídos, hasta el punto que tuvo que pagar de su propio peculio un celador particular.

No creemos que el asunto se pueda reducir a una clasificación entre obligaciones de medio y de resultado, para afirmar que la garantía del artículo 16 encuadra en aquellas. Estimamos que el enfoque no puede ser tan simplista y que para resolverlo deba acudirse a nociones del derecho privado que si bien tienen importancia en las relaciones entre particulares es nada lo que tienen que hacer en controversias como la aquí definida, en la que se cuestionan el alcance de un deber constitucional que es una preciosa garantía para los asociados y no un mero negocio interpartes. Por algo el constituyente incluyó ese artículo 10 en el catálogo de los derechos civiles y las garantías sociales.

Para terminar, estimo que se debió acoger el excelente y razonado estudio elaborado por la señora fiscal, doctora Edné Cohen B. En su concepto se hace un acertado y juicioso análisis del problema desde el punto de vista jurídico y fáctico.

Con todo respeto.

Carlos Betancur Jaramillo.

Bogotá, D.E. febrero 21 de 1983.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. FALLA DEL SERVICIO EN LAS AUTORIDADES DE TRANSITO.

1. Culpa Compartida. Una concurrencia de culpa, situación que genera lo que se ha denominado la "compensación de culpas", y que, obviamente, conduce al señalamiento de un especial grado de la reparación".

2. Perjuicios materiales y morales.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, D.E., veinticuatro de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Eduardo Suescún Monroy**

Abogado asistente: **Dr. Gonzalo García Gutiérrez**

Referencia: Procesos acumulados números: 1588, 1984 y 1986

I

PROCESO NUMERO 1588

a) LO QUE SE DEMANDA

En demanda presentada ante esta Corporación, por conducto de apoderado, Longeva Márquez viuda de Pulido, en su propio nombre, y como representante de sus hijos menores Luz Marina, M. Longeva, José Saúl, Gloria Yanet, Yefer Edberto, Oscar Josué y Clara Lucía, solicitó se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera: Que el Instituto Nacional del Transporte (INTRA) Establecimiento Público y a cargo de la Nación Colombiana es civilmente responsable de los perjuicios de todo orden, causados a mis representados Longeva Márquez Vda. de Pulido, Luz Marina Pulido Márquez, M. Longeva Pulido Márquez, José Saúl Pulido Márquez, Gloria Janet Pulido Márquez, Yefer Edberto Pulido Márquez, Oscar Josué Pulido Márquez, y Clara Lucía Pulido Márquez, con motivo de la muerte sufrida por José Saúl Pulido Reyes, como consecuencia de la negligencia y falla en servicio, atribuida a los agentes al servicio de dicha entidad, retenes del Instituto Nacional del Transporte (INTRA), para que pague dentro de los veinte días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, el valor íntegro de los perjuicios materiales y morales, tanto objetivados como subjetivados, sufridos por cada uno de los demandantes referidos, de conformidad con el avalúo que de ellos se haga en el curso del proceso o en incidente posterior.

b) LOS HECHOS

Se presentan así:

"*Primero:* El señor José Saúl Pulido Reyes, sufrió un accidente el día nueve de abril de mil novecientos setenta y tres (1973) a las cinco (5:00) de la mañana. *Segundo*: La causa del accidente que provocó la muerte instantánea

del señor José Saúl Pulido Reyes, se debió a que éste viajaba como pasajero del Bus distinguido con Placas D-71.527 y afiliado a Rápido Duitama, vehículo éste que había salido a las dos de la madrugada de Ramiriquí, (Boy.), con destino a Bogotá, cuando hizo colusión violenta con la cuchilla saliente del Buldózer que cargaba un remolque conducido por José Alberto Zapata Torres. *Tercero*: El trágico accidente se produjo en el "Alto de Aposentos", jurisdicción de Sesquilé, sitio éste donde los vehículos en referencia hicieron impacto violento. *Cuarto*: Es un hecho notorio que el buldózer pesado D7, era conducido en un remolque de placas ES-31103, marca MACK, tipo 352, de propiedad del Sr. Alvaro Correa Gómez, que transportaba un buldózer de la firma contratista "Acoplar Ltda.", y que iba con destino a Saravena (Arauca). *Quinto*: El bus mencionado anteriormente, y en el cual viajaba como pasajero el Sr. José Saúl Pulido Reyes, hizo colisión violenta con la cuchilla del Buldózer que se encontraba corrida a unos sesenta centímetros del lado izquierdo de la plataforma del remolque, habiéndose desprendido a causa del impacto y por corte horizontal, la capota del referido bus y dejando a lado y lado de la vía, pedazos identificables de aquella capota. *Sexto*: Es de anotar, según el informe del INTRA que cursa en el proceso Penal, por la presunta responsabilidad que pudiera tener el conductor del Bus, Sr. Galindo, conductor del Rápido Duitama, se apreció antes de la colisión, una huella de frenada dejada por el bus de aproximadamente unos 40 metros, lo que hace suponer como apreciación incondicional en este libelo, la amplia visibilidad que tuvo el conductor del bus antes del siniestro, pues se colige que por más de que el vehículo de la Empresa Rápido Duitama anduviese a una alta velocidad, la frenada de emergencia se produjo con bastante lapso de antelación, tratando de evitar el enfrentamiento, máxime, cuando dicho informe dice que la referida huella se produjo con una desviación hacia el carril izquierdo antes del impacto. *Séptimo*: El referido informe dice: "En el sitio exacto del accidente, y en ambas direcciones existe gran visibilidad, por ser una recta aproximadamente de un kilómetro. La visibilidad anterior y posterior inmediatas es de cerca de mil metros. Según lo manifestado por el Sr. Alcalde, la distancia de separación de los vehículos, después del impacto es de doscientos a doscientos cincuenta metros, es decir desde el punto de vista de colisión (se debe decir colusión) hasta cada vehículo unos 120 metros". *Octavo*: Es de anotar que por lo regular, todos los buses de transporte Intermunicipal, con el deseo de prestar un mejor servicio al público, y dadas las garantías que ofrecen los buses último modelo, y las condiciones óptimas de la carretera o de la vía en este sector, desarrollan velocidades considerables; pero, en el caso de marras, a trueque de la visibilidad y de la recta a que se refiere el informe del INTRA, le fue imposible al conductor del bus, evitar el accidente por cuanto que sus intentos por hacerlo, resultaron infructuosos y vanos ante temeraria carga. *Noveno*: Pues la cuchilla sobresaliente, del buldózer y asas mal colocadas por no ser completamente vertical a la plataforma del remolque, sino enteramente saliente en una longitud aproximada de sesenta centímetros o más, de su estado normal, ocasionó el accidente anteriormente referido, habiendo cortado completamente la carrocería del bus distinguido con Placas D-71.527, ocasionando la muerte instantánea por decapitación, del esposo y padre de los damnificados anteriormente relacionados en la parte principal de ésta demanda. *Décimo*: El accidente se produjo a las cinco de la madrugada, y es de anotar que el INTRA no debió dejar transitar al Remolque, con su carga letal a esas horas, ya que

como lo dice el mismo informe: "El transporte debe efectuarse en horas diurnas ya que durante la noche, con el uso de las luces no se aprecia bien la amplitud de la carga". *Undécimo*: En el susodicho informe del INTRA, hay una contradicción de bulto, consistente en lo siguiente: anteriormente se dice que el bus dejó una huella de frenada de aproximadamente unos cuarenta metros. Para posteriormente decir, que "añadido a las precauciones que no se tomaron en cuenta, "contribuyó la velocidad del bus, ya que según la huella de frenada, se puede concluir que viajaba a una velocidad entre 100 y 120 kms. por hora y a esta velocidad se recorren más de 100 metros desde que el conductor advierte el peligro hasta que logre detener el vehículo por completo". Luego, si dejó una huella de 40 metros, es muy posible que el Bus no anduviese a esa velocidad que indica el tantas veces referido informe. Pues la causa determinante del accidente no fue la velocidad que llevaba el bus, cualesquiera que ésta hubiese sido, sino la mala visibilidad por haber ocurrido a la madrugada, aún a oscuras, la cuchilla asaz sobresaliente y la contextura de la misma en confrontación con el material de la capota del bus, que es muchísimo más frágil. *Duodécimo*: Según el informe del INTRA, al dejar el bus, hacia el extremo izquierdo de la calzada una huella de frenada de 40 metros, se entiende que alcanzó a percibir el peligro y tomó las medidas necesarias para evitarlo pero fue imposible, debido a que la cuchilla también sobrepasaba el centro de la calzada, señalado en el centro de la vía. *Décimo tercero*: Para constatar la protuberante imprevisión, no solamente del conductor, sino de todas aquellas personas, agentes adscritos al servicio del INTRA, bastaría analizar las fotografías publicadas por El Espectador de fecha 10 de abril del año 73, del periódico El Tiempo y El Bogotano, de la misma fecha y que se adjunta a la presente para que sean tenidos en cuenta como pruebas, reservándome el derecho de que los fotógrafos de los mencionados diarios, durante la etapa probatoria, comparezcan ante el Consejo a declarar oportunamente, sobre la autenticidad de dichas fotografías. *Décimo cuarto*: Como consecuencia de la colusión antes mencionada, siete (7) pasajeros perdieron la vida, entre ellos el señor José Saúl Pulido Reyes. *Décimo quinto*: Por consiguiente existe una responsabilidad directa de la Administración, debido a la falla en el servicio de sus Agentes, haya habido o no culpa penal en el mencionado y referido accidente. *Décimo Sexto*: Al momento de sufrir el accidente la víctima trabajaba en la Dirección General de Aduanas, desempeñando el cargo de sustanciador de sumarios 3-17 nivel central con un sueldo de $2.540.oo, además de sus prestaciones sociales y demás beneficios que recibía como empleado de dicha Entidad. También deberá tenerse en cuenta por los peritos indemnizatorios cuyo nombramiento se pedirá en su debida oportunidad, que tengan en cuenta dentro de su avalúo indemnizatorio, como uno de los elementos también integrantes del lucro cesante, el mayor valor del sueldo que con el transcurso del tiempo llegaría a devengar el señor José Saúl Pulido Reyes, como empleado de la Dirección General de Aduanas, de no haber perdido la vida en el absurdo accidente de marras. *Décimo Séptimo*: Al momento del accidente la víctima tenía 34 años de edad, y su estado de salud, antes del acidente era plenamente satisfactorio, y de no haber sido por la falla en el servicio, imputable a los agentes de la Nación, anteriormente relacionados, dadas sus condiciones somáticas mentales, su promedio de vida hubiera sido el de unos treinta y cinco años más, aproximadamente. *Décimo Octavo*: Es de anotar que de Bogotá hacia el sitio en donde se produjo

el accidente, hay sendos retenes a cargo del INTRA y que se hallan bajo su vigilancia, sin que éstos hubieran observado protuberante anomalía ya especificada y consistente en dejar transitar un remolque que cargaba un buldozer pesado con la cuchilla completamente corrida a uno de sus extremos". (Fls. 51 vto., 52 y 52 vto. y 53).

c) LAS DISPOSICIONES VIOLADAS

Se consideran violadas las siguientes normas: los Artículos: 16, 20, 30 y 33 de la Constitución Política.

II

PROCESO NUMERO 1984

a) LO QUE SE DEMANDA

Manuel Parada Gómez, por medio de apoderado, "demanda al Instituto Nacional del Transporte (INTRA), con domicilio en Bogotá, representado para este caso por su Director General, Dr. Fabio Rodríguez González, para que, mediante el proceso de acción indemnizatoria por responsabilidad administrativa (actos de omisión), sea condenado por el H. Consejo de Estado, —Sala de lo Contencioso Administrativo—, a pagar a mi mandante las siguientes cantidades:

"a) La cantidad de ciento treinta y cinco mil pesos ($135.000.00), como valor de los daños ocasionados a la carrocería del bus de su propiedad, placas D-7-15-27, matrícula de Bogotá, destrozada en un accidente de tránsito ocurrido el nueve (9) de abril de mil novecientos setenta y tres (1973) en el sitio llamado "Alto de Aposentos", jurisdicción municipal de Sesquilé, sobre la carretera que de Bogotá conduce a Tunja.

"b) La cantidad mensual de veintidós mil quinientos pesos moneda corriente ($22.500.oo), o lo que pericialmente se determine, en razón del lucro cesante en la explotación económica del mencionado automotor, placas número D-7-15-27, a partir del día nueve (9) de abril de mil novecientos setenta y tres (1973) hasta cuando el INTRA verifique el pago del reclamo especial y del reclamo mensual que se dejan reseñados en esta demanda". (Fl. 36 y 36 vto.).

b) LOS HECHOS

Los consigna el actor de la siguiente manera:

"1o. El 9 de abril de 1973, en las horas de la madrugada, por la carretera que de Tunja conduce a Bogotá, viajaba hacia esta ciudad el bus placas D-7-15-27, conducido por el señor José Aparicio Galindo y haciendo uno de los horarios autorizados a la empresa "Rápido Duitama Limitada", en el servicio intermunicipal de pasajeros.

"2o. El mismo día 9 de abril de 1973, en las horas de la madrugada, por la carretera que de Bogotá conduce a Tunja, la misma por donde venía el bus, viajaba con dirección a Tunja el tracto-mula placas ES 31.103, manejado por el señor Luis Alberto Zapata Torres y transportando como carga especial un Buldózer marca D-7, enteramente armado; el tracto-mula es marca Mack.

"3o. Al llegar uno y otro automotor al sitio del "Alto de Aposentos" en jurisdicción municipal de Sesquilé, en el kilómetro 63 (vía Bogotá-Tunja), a las cinco y media de la mañana (05:30 a.m.) se produjo un accidente de tránsito entre estos dos automotores, cuando la cuchilla del Buldozer D-7, que transportaba el tracto-mula, destrozó la carrocería del bus placas número D-7-15-27, mató a varios pasajeros que transportaba el bus e hirió a su conductor, José Aparicio Galindo.

"4o. La Cuchilla del Buldozer D-7 sobresalía de la carrocería del tracto-mula (o plataforma de éste) una longitud de sesenta centímetros (0,60 cmts.) por cada uno de los costados de la plataforma del remolque o tracto-mula placas E-S 31.103.

"5o. El tracto-mula o remolque placas E S 31 103 viajaba en esos momentos en las siguientes condiciones:

"a) viajaba en horas de la noche;

"b) viajaba sin carro escolta para anunciar el peligro;

"c) viajaba con las puntas de la cuchilla del Buldózer D-7, sobresaliéndose por cada lado sesenta centímetros (0,60 cmts.) de la plataforma del remolque con el peligro evidente para los carros que venían en dirección opuesta al mencionado automotor;

"d) viajaba sin las seguridades especiales exigidas en estos casos por el Código Nacional de Tránsito Terrestre Automotor (Decreto No. 1.344 de 1970);

"e) viajaba sin las señales de peligro, con elementos rojos o con luces rojas, y finalmente,

"f) viajaba sin el permiso especial que es requerido para transportar esta clase de carga".

c) LAS DISPOSICIONES VIOLADAS

Se señalan como tales: artículos 80 (inciso 1o.), 81, 109, 186 y 230 del Decreto 1344 del 1970; 2o. del Decreto 2169 de 1970; 11 de la Resolución 1051 de 1971; 2o. y 3o. de la Resolución 12.996 de 1971; 2o. del Decreto 770 de 1968 (numerales 1o. y 9o.); 3o. del Decreto 1421 de 1969 (numerales 1o. y 9o.); 97, 98 y 99 del Decreto 1393 de 1970.

III

PROCESO NUMERO 1986

a) LO QUE SE DEMANDA

Por conducto de apoderado, Patrocinio Jiménez Torres, Próspero Vargas Moreno y María de Jesús Torres viuda de Gómez, el primero en nombre propio y los demás en el suyo y el de sus hijos Carlos Julio, Marco Tulio, Ana Lucía, Ana Teresa, Blanca Helena, Martha Inés Vargas Vargas y, Sady Humberto, Javier Abundio, Flor Alicia e Hilda María Gómez Torres, solicitan:

"Que se condene a la Nación Colombiana, al pago de la indemnización de perjuicios, ocasionados a mis poderdantes, por las muertes de: Olimpo Arturo Jiménez Rincón, hijo del primero, Ana Celina Vargas de Vargas, esposa del segundo y, Rafael Gómez Torres, esposo legítimo de la tercera, muertes sufridas a consecuencia de la negligencia y falla en el servicio, atribuida a los agentes al servicio del Instituto Nacional del Transporte, INTRA, establecimiento público y a cargo de la Nación Colombiana, dentro de los veinte (20) días siguientes a la ejecutoria de la Sentencia, es decir, el valor íntegro de los perjuicios materiales como morales, objetivados como subjetivados, sufridos por cada uno de los demandantes referidos, de conformidad con el avalúo que de ellos se haga en el curso del proceso o en incidente posterior, los que se estiman desde ahora, superiores a un millón de pesos ($1.000.000.oo) m.c., en su conjunto. (Fl. 24).

b) LOS HECHOS:

Se narran de la siguiente manera:

Primero. Los señores, ciudadanos colombianos, Olimpo Arturo Jiménez Rincón, Ana Celina Vargas de Vargas, y, Rafael Gómez Torres, perecieron a consecuencia de un accidente de tránsito, a eso de las cinco (5) de la mañana del día nueve (9) de abril de mil novecientos setenta y tres (1973), en el sitio denominado "Alto de Aposentos", en jurisdicción de Sesquilé. Segundo. El accidente, en efecto, provocó la muerte instantánea del primero y el último, por shock violento por ruptura craneal y de la segunda, por la misma causa, pero su deceso le sobrevino horas después, en la Clínica Bogotá, de la ciudad de Bogotá, D.E. Tercero. Las víctimas, viajaban en el bus distinguido con placas D.7-527, afiliado a la Empresa Rápido Duitama, procedente de Ramiriquí, en línea ordinaria, y se embarcaron las dos primeras, en dicha ciudad y el último en Villapinzón. El objeto de su viaje, asistir a clases en la Universidad Nacional, el primero, la segunda, con algunos comestibles de negocios, para venderlos en Bogotá, para el sustento de su familia, las utilidades y el último, para incorporarse como funcionario del Distrito, en cargo que ocupaba allí. Cuarto. El accidente, se debió a la colusión violenta que hizo el citado bus, con el tracto-mula-buldózer pesado D-7 que, sin estar desarmado, es decir, con su cuchilla sobresaliente en unos sesenta (60) centímetros, era transportado por el remolque de placas ES-31103, marca Mack, tipo 3S2, de propiedad del señor Alvaro Correa Gómez, remolque que en forma irregular y por fuera de las horas reglamentarias, según Resoluciones al respecto, transportaba dicha carga peligrosa, de propiedad de la firma "Acoplar Ltda." y con destino a Saravena (Arauca). Quinto. Así las cosas, el accidente que se anota, se debió a la irregularidad antedicha, con la consecuencia de que, el sobresaliente de la cuchilla, rebanó por corte horizontal la capota del bus, junto con las cabezas de las víctimas, dejando a lado y lado de la vía, pedazos identificables de dicha capota. Sexto. Es de anotar, según el informe del Intra que obra en el Proceso Penal que cursa en el Juzgado 10o. Superior de Bogotá, por la presunta responsabilidad que hubiera tenido el conductor del Bus, se constata una huella de frenada de unos cuarenta metros dejada por el bus, lo que hace suponer como apreciación incondicional de este libelo, la amplia visibilidad que tuvo el conductor antes del siniestro, pues se colige que la frenada de emergencia se produjo con bastante lapso o antelación, tratando de enfrentar el evitar el accidente, con la desviación pertinente a que alu-

de. Séptimo. El referido informe dice: "En el sitio exacto del accidente, y en ambas direcciones hay gran visibilidad, por ser una recta aproximadamente de un kilómetro. La visibilidad anterior y posterior inmediatas es de cerca de mil metros. Según lo manifestado por el señor Alcalde, la distancia de separación de los vehículos, después del impacto, es de doscientos a doscientos cincuenta metros, es decir desde el punto de vista de la colusión hasta cada vehículo unos 120 metros". Octavo. Por lo dicho, se demuestra claramente, que, el chofer del bus, hizo lo posible, mecánicamente, en evitar la colusión intentándolo infructuosamente ante temeraria carga. Noveno. Se repite, el saliente de la cuchilla del Buldózer fue el ocasionario del accidente, a eso de las cinco de la mañana del citado día. Al respecto, se anota, que el Intra, por medio de sus agentes, no debió dejar transitar el remolque, con su carga letal, a las horas anotadas, sin estar desarmado de tal elemento y es más, sin la escolta reglamentaria y obligatoria. El informe dice: "El transporte debe efectuarse en horas diurnas, ya que durante la noche, como es obvio, el uso de las luces no deja apreciar bien la amplitud de la carga". Décimo. Por consiguiente, anotadas en forma sobresaliente las potísimas razones, existe una responsabilidad directa de la Nación, por sus Agentes, adscritos al Instituto Nacional del Transporte, Intra, haya habido o no culpa en el mencionado y referido accidente. Undécimo. Al momento del accidente, las víctimas contaban edades en su orden de: 27 años, 37 años y 32 años, respectivamente, teniendo todos un estado de salud satisfactorio y de no haber sido por la falla del servicio imputable a los Agentes de la Nación, dadas sus condiciones somáticas mentales, su promedio de vida hubieran sido relativamente importantes, lo que se peritará, vida fenecida que dejó de aportar beneficios a la sociedad y especialmente a las familias de los desaparecidos. Entonces, en el avalúo indemnizatorio, se tendrá en cuenta la calidad de estudiante del primero, comerciante de la segunda y de funcionario del Distrito Especial de Bogotá, del tercero, circunstancias que se probarán en su oportunidad. Duodécimo. Se agrega, entonces, que, el trayecto que salvó el remolque con su carga letal, de Bosa al lugar del accidente, existen más de dos retenes del Intra, bajo su control, principalmente el de Sopó, donde se controla el peso, características de los vehículos, luces, y, en el caso que nos ocupa, el que los vehículos de este tipo, cumplan a cabalidad los requisitos y reglamentos que se consignan en las Resoluciones 1051 de 8 de febrero de 1971 y 12996 de 5 de noviembre posterior, del Ministerio de Obras Públicas, cuyas copias agrego al libelo. Se violaron así, tales disposiciones, de conocimiento necesario de los Agentes de la Nación y como consecuencia, sobrevino el fatal accidente. Lo que quiere decir, que la falla en el servicio, en el caso el Retén de Sopó, constituye el error grave, factor determinante y causa eficiente del mismo que como nexo de causalidad, determinó la muerte de las víctimas. Décimo tercero. De lo anteriormente expuesto, se deduce que existe una responsabilidad directa de la Nación, por conducto de sus Agentes, los que prestan el servicio público a cargo del Instituto Nacional del Transporte" (Fls. 24 y 24 vto., 25 y 25 vto.).

c) *Las disposiciones violadas*

Se enuncian como normas violadas: artículos 16, 20 y 51 de la Constitución Política y el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo.

— IV —

Por tratarse de una misma parte demandada, y por cuanto las distintas pretensiones tienen origen en la misma causa, y aunque "el hecho de que el objeto de la acción (lo que se demanda) no sea el mismo ni las partes demandantes iguales", el Consejo halló reunidos los presupuestos para la acumulación.

— V —

Concepto Fiscal.

La Fiscalía, en su concepto de fondo, estima, con fundamento en similares consideraciones, que en los casos contemplados en los expedientes 1588 y 1984 "se encuentran acreditados todos los elementos de la pretensión resarcitoria, esto es, el hecho generador de la falla o falta de un servicio público a cargo del Estado, el daño o perjuicio sufrido por los actores y la necesaria relación de causalidad. En estas circunstancias lo procedente es dictar sentencia favorable a los pedimentos de la "demanda".

Y agrega:

"Con relación al expediente número 1986 en donde es demandante el señor Patrocinio Jiménez y otros, el señor apoderado del Instituto Nacional del Transporte, propuso la excepción de caducidad de la acción, con fundamento en que el accidente de tránsito que motivó el proceso, tuvo ocurrencia el día 9 de abril de 1973 y la demanda fue instaurada el día 9 de abril de 1976, es a los tres años un día después de que tuvo lugar el accidente, y que el Decreto 518 de 1964 dice que la acción indemnizatoria sobre hechos y operaciones administrativas debe instaurarse dentro de los tres años siguientes a la realización del hecho u operación.

"Para resolver la excepción propuesta, necesario será tener presente el contenido de los artículos 61 y 62 del Código Civil, ante la ausencia de norma expresa en el Código Contencioso Administrativo".

— VI —

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. No existe la menor duda en torno al accidente de tránsito ocurrido el día 9 de abril de 1973 en el sitio denominado "Alto de Aposentos", ocasionado en el violento encuentro entre el bus distinguido con las placas números 71527, afiliado a la empresa "Rápido Duitama" que hacía ruta Ramiriquí-Bogotá y el remolque de placas ES-31103, marca Mack, tipo 352, de propiedad del señor Alvaro Correa Gómez, el cual transportaba un buldózer de la firma "Acoplar Ltda." con destino a la ciudad de Saravena (Arauca).

2. Se halla, igualmente, demostrado que la cuchilla del buldózer, sobresalía de la plataforma del remolque y que, como consecuencia de la colisión, destrozó la carrocería del bus y ocasionó la muerte, entre otros, a los pasajeros

Saúl Pulido Reyes, Olimpo Arturo Jiménez Rincón, Ana Celina de Vargas y Rafael Gómez Torres.

3. Todo el acervo probatorio lleva, igualmente, a la conclusión de que al choque del vehículo que transportaba el buldózer con el bus y que ocasionó la muerte de varios pasajeros, contribuyó la excesiva velocidad del bus.

4. Cabe entonces, preguntar: ¿estos hechos, objetivamente revelados en los procesos, permiten también señalar que fueron el producto de una falla de la administración? Es decir, si la respuesta es positiva, habría que establecer que el no cumplimiento por parte de las autoridades de normas que regulan el tránsito automotor condujo necesariamente al accidente de la madrugada del 9 de abril de 1973.

Para medir el grado de responsabilidad de la administración en el caso sometido a estudio, precisa tener en cuenta los siguientes hechos:

a) El viaje del vehículo que portaba el buldózer se realizaba sin el permiso que para tales casos exige el Instituto Nacional del Transporte.

b) Ese mismo automotor era conducido en horas no hábiles para este tipo de transporte.

c) La cuchilla del buldózer no se hallaba desprendida.

d) El vehículo transitaba sin las convenientes señales, especialmente el aviso que se refiere al transporte de carga ancha.

e) Quedó plenamente demostrado, además, que el bus viajaba a una velocidad que, de ninguna manera, puede considerarse como normal.

f) En la ruta que alcanzó a cubrir el vehículo que transportaba el buldózer existía un retén en jurisdicción del Municipio de Sopó, y en la fecha y hora en que se produjo el choque estaba al cuidado del Coordinador de Retenes y Básculas, el señor Benjamín Pinzón, y de los agentes de tránsito de apellidos Galindo y Sanabria.

g) De conformidad con lo dispuesto en la Resolución número 1051 y la Resolución número 12996 de 1971, expedidas con fundamento en el Decreto Extraordinario número 1344 de 1970 (Código Nacional del Tránsito Terrestre), "el ancho total de los vehículos, así se hallen cargados o descargados, no podrá excederse de 2,50 metros" y "cuando por razones de interés público o privado, tengan que transportarse ocasionalmente en vehículos normales, maquinaria pesada y otros objetos cuyo peso no puede distribuirse proporcionalmente, o cuyas dimensiones exceden los límites indicados, el Intra, previo concepto favorable de la Dirección General de Conservación, otorgará permisos especiales y fijará las condiciones que deben cumplirse para efectuar el transporte, especificando el tipo de carga que se va a transportar y la ruta correspondiente. (folio 94 Cdno. No. 2).

h) De otra parte, de acuerdo con el "Estatuto de Organización y Funcionamiento Interno del Instituto Nacional del Transporte", se establece que son funciones de la Sección de Retenes y Básculas:

"a) Velar por el cumplimiento de lo dispuesto en cuanto a los documentos que deben portar los transportadores de carga, tales como las planillas e igualmente controlar los pesos y medidas de los vehículos.

"b) Realizar el control sobre las rutas y horarios y las demás actividades que se ejecuten con ocasión de la prestación del servicio público de Transporte autorizado para cada empresa por el Instituto; y

"c) Cumplir con las demás funciones que le sean determinadas por la Jefatura de Regulación y Control e igualmente coordinar sus actividades con la Policía Vial". (Inspección Judicial-folio 109 Cdno. No. 2).

h) El informe rendido por los Ingenieros de la División de Seguridad, que aparece a folios 116 del Cuaderno No. dos, revela: 1. Que no se tramitó el correspondiente permiso: 2. Que no se quitó la cuchilla del buldózer; y, 3. Que el transporte no se verificó en horas diurnas.

i) Igualmente, y de acuerdo con el informe del señor Benjamín Pinzón, Coordinador de Retenes y Básculas, quien, junto con los agentes Galindo y Sanabria, prestaba servicio en el Retén de Sopó en el día y horas del accidente, se estableció que no fue detenido el vehículo en el que se llevaba el buldózer con el fin de verificar las condiciones de su transporte (folio 111 del Cdno. No. 2).

Hechas estas consideraciones y premisas, es preciso concluir que hubo una falla en el servicio que ocasionó un perjuicio o daño, todo por culpa o negligencia de los agentes de la administración encargados de hacer cumplir las normas que regulan el tránsito automotor. En efecto: si los encargados del Retén en Sopó hubieran verificado las condiciones del transporte del buldózer en el vehículo remolque, necesariamente habrían interrumpido su marcha, puesto que eran tan protuberantes las varias infracciones a los reglamentos de transporte de carga que una decisión de tal naturaleza se hacía imperiosa. Y ni siquiera cabe como excusa de la negligencia —como lo pretende el Coordinador de Retenes y Básculas— el intenso tráfico que empezaba a apreciarse a la hora del siniestro, puesto que se trataba de una carga que, por sus especiales características, salidas de lo común y ordinario, y que por eso mismo constituye materia de señaladas normas, debe tener una especial atención y preocupación por parte de las autoridades de tránsito. Una de las más vitales y específicas funciones encomendadas a los vigilantes del transporte se dejó de cumplir, entonces, en el caso que se estudia, ya que los agentes de la administración olvidaron la naturaleza y fines de la creación de los retenes y la tarea a ellos asignada. La responsabilidad, en consecuencia, del Estado aparece manifiesta.

Sin embargo, ¿en qué grado ha de atribuirse esta responsabilidad de la administración? Ya se ha dicho cómo la pretermisión de normas de transporte por parte del vehículo que conducía el buldózer, así como la velocidad del bus contribuyeron al accidente. En tales circunstancias, resultaría inequitativo hacer gravitar toda la responsabilidad en el Estado. Hubo, entonces, una culpa compartida, una concurrencia de culpa, situación que genera lo que se ha denominado la "compensación de culpas" y que, obviamente, conduce al

señalamiento de un especial grado de la reparación. Para la Sala, habida consideración de las circunstancias específicas de los casos sometidos a estudio, y en cuanto haya lugar a condenas, tal como se analizará a continuación, al evaluar el resarcimiento pecuniario habrá de tenerse en cuenta que a la administración le corresponde un cincuenta por ciento (50%).

— VII —

LOS PROCESOS ACUMULADOS Y LAS DECISIONES

1. *Proceso número 1588*

En el cuaderno número 1 se hallan, entre los folios 3 y 11, inclusive, las siguientes partidas: de defunción de José Saúl Pulido, de matrimonio de éste con Longeva Márquez, y de nacimiento de sus hijos: Luz Marina, Longeva, José Saúl, Gloria Yanet, Yefer Edberto, Oscar Josué y Clara Lucía. Cabe observar que en cuanto a la menor Luz Marina, su partida (fl. 5) no señala de quién es hija. Los demás tienen plenamente acreditada su relación de parentesco.

Está acreditado en el proceso que la víctima se desempeñaba al momento de su muerte como Sustanciador I-15 en la Jefatura del Resguardo Nivel Central de la Dirección General de Aduanas, con una asignación mensual de $2.540.oo (folio 12 del Cdno. No.1). Igualmente se halla acreditado con prueba testimonial que José Saúl Pulido atendía al sostenimiento de la señora Longeva Márquez de Pulido y de sus hijos menores (folios: 66 a 68 del Cdno. No. 2). Procede, en consecuencia, reconocerles indemnización por perjuicios materiales y como valor de los alimentos suministrados.

Para su liquidación, en consideración a la remuneración, ha de aceptarse la cantidad de $2.540.oo incrementada a $2.921.oo con prestaciones sociales, menos el 25% de gastos de subsistencia, arroja la cantidad de $2.190.75 como ayuda alimentaria mensual.

Esta suma multiplicada por los ciento diez y ocho (118) meses, que hay desde la ocurrencia del hecho, el 9 de abril de 1973, hasta la fecha de esta sentencia, da la cantidad de $258.508.50. El 50% de esta suma equivale a $129.254.25 que será el valor de la indemnización por perjuicios materiales.

Los perjuicios morales se tasan así:

A la esposa de la víctima, el equivalente a quinientos (500) gramos oro; a Longeva, José Saúl y Gloria Yanet, quienes por la época de los hechos tenían 12, 10 y 8 años, respectivamente, 250 gramos oro, conforme a jurisprudencia de la Sala; y para Yefer Edberto, Oscar Josué y Clara Lucía, que no habían salido de la edad de la infancia, el valor en pesos equivalente a 150 gramos oro. Esto teniendo en cuenta al 50% señalado a cargo del Estado.

2. *Proceso número 1984.*

Ya se ha señalado cómo la colisión de los vehículos tuvo también como una de sus causas la excesiva velocidad del bus. En efecto: a folios 72 del Cdno. No.

2 de pruebas en el expediente No. 1588 aparece el informe rendido al Sr. Director del Instituto Nal. de Transporte por los Ingenieros de la División de Seguridad, Carlos Hurtado Vallejo y Rafael Fonseca Borrás, en donde se expresa claramente: "En el lugar se observaron los siguientes aspectos: en el carril derecho de la vía en el sentido de Tunja-Bogotá, se apreció una huella de frenada dejada por el bus de aproximadamente unos 40 metros, con una desviación hacia el carril izquierdo antes del impacto, habiendo ido éste a parar a unos 100 a 150 metros después y dejando a lado y lado de la vía, pedazos identificables como pertenecientes a la capota del bus, que fue desprendida del mismo por la esquina izquierda de la pala o cuchilla del buldozer que sobresalía 60 cms. de lado y lado de la plataforma del semi-remolque". Esta manifestación de los peritos del transporte, claramente revela que el bus se desplazaba a una velocidad que estaba fuera de lo normal y que, por tanto, en tales circunstancias no era dable evitar el enfrentamiento. En otros términos: si el bus se hubiese conducido en forma prudente, sin abusar de la velocidad, el riesgo, quizá, no se hubiera originado.

Acreditado, entonces, que existió igualmente culpa de parte de quien conducía el bus, resultaría contrario a la equidad imponer una condena a la administración y colocar a su cargo una reparación que no le cabe.

Por las anteriores razones, se denegarán las súplicas de la demanda en este proceso.

3. *Proceso número 1986.*

El primer aspecto que ha de resolverse en torno a este proceso es el planteado por el señor apoderado del Instituto Nacional del Transporte en relación con la caducidad de la acción. Se formula en los siguientes términos:

"Los hechos que sirven de base a este proceso están constituidos por un accidente de tránsito que en jurisdicción del Municipio de Sesquilé (Departamento de Cundinamarca) tuvo ocurrencia el día 9 de abril de 1973.

"La demanda fue instaurada el día 9 de abril de 1976, esto es a los tres años un día después que tuvo lugar el accidente, pues como el Consejo de Estado ha tenido oportunidad de manifestarlo el mes comienza el día primero y termina el día treinta o treinta y uno, y no el primero del mes siguiente, y el año empieza el primero de enero y termina el 31 de diciembre y no el primero del año siguiente.

"En razón de que el Decreto 528 de 1964 artículo 28 dice que la acción indemnizatoria sobre hechos u operaciones administrativas debe instaurarse dentro de los tres años siguientes a la realización del hecho u operación, tenemos que oportunidad procesal para demandar en el caso sub-judice terminaba el 8 de abril de 1976...".

Si bien es cierto que por mes y por año se entienden los del calendario común y se computan conforme a éste (artículos: 59 del Código de Régimen Político y Municipal y 121 del Código de Procedimiento Civil), no es menos evidente que el artículo 67 del Código Civil señala en su inciso segundo que "El primero y último día de un plazo de meses o años deberán tener un mismo

número en los respectivos meses", prescripción que, junto con el inciso siguiente, aleja cualquiera duda sobre la forma de determinar los plazos y su vencimiento. Para el caso que se estudia, como los hechos tuvieron ocurrencia el 9 de abril de 1973, en los mismos mes y día de 1976 caducaba la acción indemnizatoria.

La cuestión relativa a la incompetencia de jurisdicción, ya que —según el apoderado del Intra— "se trata de un litigio entre particulares", ya fue dirimida por el Consejo de Estado al estudiar la admisión de la demanda, y a sus términos se remite la Sala.

En cuanto a que la demanda está mal dirigida, y aunque puede decirse que no es un modelo de perfección técnica, sin embargo la condena se pide para la Nación, por "falla en el servicio, atribuida a los Agentes al servicio del Instituto Nacional del Transporte, "Intra", establecimiento público y a cargo de la Nación Colombiana... lo que hace que —a juicio de la Sala— no deba desestimarse.

Despejadas estas cuestiones, conviene establecer el quantum de los perjuicios, tanto materiales como morales. Respecto a los primeros, ninguno de los demandantes, vale decir, Patrocinio Jiménez, María de Jesús Torres y Próspero Vargas Moreno, los acreditó ni siquiera aportó prueba que condujera a una condena en abstracto.

Los morales, que surgen del sólo parentesco, se fijan así:

Para Patrocinio Jiménez, por la muerte de su hijo Olimpo Arturo, el valor de quinientos (500) gramos oro. La filiación de éste y su defunción están acreditadas con las partidas que obran a folios 4, 5 y 26 del Cuaderno número 1 del proceso respectivo.

Para María de Jesús Torres, por el fallecimiento de su esposo, el equivalente a quinientos (500) gramos oro; y para los menores, aún infantes en la época de los hechos, Sady Humberto, Javier Abundio, Flor Alicia e Hilda María, de 6, 4, 2 y menos de un año, respectivamente, el valor de 150 gramos de oro para cada uno. La partidas de matrimonio, defunción y nacimiento, figura a folios 9, 10, 11, 12, 13 y 14 del Cdno. No. 1 del proceso respectivo. Estas cantidades equivalen al 50% de lo que le corresponde a la Administración.

En cuanto a la demanda de Próspero Vargas Moreno: se estableció la defunción de su esposa Ana Celina Vargas (folio 29); su matrimonio de Próspero Vargas con Ana Celina del mismo apellido (folio 28); y se aportaron las partidas de nacimiento de sus hijos: Carlos Julio, María Lucía, Ana Teresa, Blanca Helena y Martha Inés (folios: 30, 31, 32, 33 y 34). Las edades, respectivamente, de cada uno de ellos, al momento de los hechos, correspondían a: 12, 9, 7 y 4 años, respectivamente. En consecuencia, para el señor Próspero Vargas Moreno se dispondrá una suma equivalente a quinientos (500) gramos de oro; para los menores Carlos Julio, María Lucía, Ana Teresa y Blanca Helena una suma igual a 250 gramos de oro para cada uno; y para Martha Inés, 150 gramos de oro, de conformidad con el criterio que sobre la materia tiene definido la Sala, y conforme a la motivación sobre grado de responsabilidad del Estado.

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

FALLA:

1o. Declárase a la Nación Colombiana (Instituto Nacional del Transporte) —INTRA—, responsable, en el grado y la extensión señalados en la parte motiva de esta sentencia, de la muerte de los señores: José Saúl Pulido Reyes, Olimpo Arturo Jiménez Rincón, Rafael Gómez Torres y Ana Celina Vargas de Vargas, fallecimiento ocurrido el día 9 de abril de 1973, en el Municipio de Sopó (Departamento de Cundinamarca).

a) Como consecuencia:

Condénase a la Nación Colombiana (Instituto Nacional del Transporte) —INTRA— a pagar a la señora Longeva Márquez viuda de Pulido y a sus hijos: Longeva, José Saúl, Gloria Yanet, Yefer Edberto, Oscar Josué y Clara Lucía Pulido Márquez, por perjuicios materiales, la suma de ciento veintinueve mil doscientos cincuenta y cuatro pesos con veinticinco centavos ($129.254.25) moneda legal colombiana.

b) Condénase a la Nación Colombiana (Instituto Nacional del Transporte) —Intra— a pagar, por perjuicios morales, las siguientes cantidades: a Longeva Márquez viuda de Pulido, el equivalente a quinientos gramos oro (500), en la fecha de esta sentencia; a Longeva, José Saúl y Gloria Yanet Pulido Márquez, doscientos cincuenta (250) gramos de oro para cada uno, en la fecha de esta sentencia; a Yefer Edberto, Oscar Josué y Clara Lucía Pulido Márquez, ciento cincuenta (150) gramos de oro, para cada uno, en la fecha de este fallo, conforme a certificación del Banco de la República.

c) Condénase a la Nación Colombiana (Instituto Nacional del Transporte) —Intra— a pagar, por perjuicios morales, a Patrocinio Jiménez, por la muerte de su hijo Olimpo Arturo, el equivalente en pesos a quinientos (500) gramos oro en la fecha de esta sentencia, conforme certificación del Banco de la República que se adjuntará a la cuenta de cobro.

d) Condénase a la Nación Colombiana (Instituto Nacional del Transporte) —Intra— a pagar, por perjuicios morales, las siguientes cantidades: a María de Jesús Torres, por el fallecimiento de su esposo, el equivalente a quinientos (500) gramos oro; a Sady Humberto, Javier Abundio, Flor Alicia e Hilda María Gómez Torres, ciento cincuenta (150) gramos de oro para cada uno, en la fecha de este fallo, conforme a certificación del Banco de la República.

e) Condénase a la Nación Colombiana (Instituto Nacional del Transporte) —Intra— a pagar, por perjuicios morales, las siguientes cantidades: a Próspero Vargas Moreno, el equivalente a quinientos (500) gramos oro; a Carlos Julio, María Lucía, Ana Teresa y Blanca Helena Vargas Vargas, una suma igual a

doscientos cincuenta (250) gramos oro, para cada uno; y a María Inés Vargas Vargas, ciento cincuenta (150 gramos oro, en la fecha de esta sentencia, conforme a certificación del Banco de la República.

2o. Todos los pagos se harán en los términos de los artículos 121 y 122 del Código Contencioso Administrativo. Pasados treinta (30) días de formuladas las cuentas, se causarán intereses moratorios del 24%.

3o. Deniéganse las súplicas de la demanda formuladas en el proceso número 1984.

4o. Deniéganse las demás súplicas contenidas en las demandas de los números: 1588 y 1986.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

El anterior proyecto fue considerado y aprobado en Sala el día veinticuatro de febrero de 1983.

Jorge Dangond Flores, Carlos Betancur Jaramillo, Eduardo Suescún Monroy, Jorge Valencia Arango, (Con salvamento de voto).

Félix Arturo Mora V. Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. "CONCURRENCIA DE CULPA". ART. 2357 C.C. CON CAUSALIDAD DOLOSA. DIFERENCIA. (Salvamento de Voto).

Es presupuesto necesario, por hipótesis legal, del artículo 2357 C.C. que la víctima se haya expuesto imprudentemente al daño.

SOLIDARIDAD. (Salvamento). La solidaridad no excluye la divisibilidad de la indemnización entre los causantes.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JORGE VALENCIA ARANGO

Actor: **Patrocinio Jiménez, otros**

Referencia: Expediente No. 1.986

Me aparto de la anterior sentencia por las siguientes razones que sintetizo a continuación:

A. El proyecto original fue presentado en el sentido de condenar al Estado al pago del 100% de la indemnización de perjuicios causados a los demandantes.

B. Me opuse a tal condena por considerar:

1. Que aún dando por demostrada la falla de la administración consistente en haber dejado pasar por los retenes oficiales el buldózer en horas impropias y sin las previsiones de rigor, tal falla no constituía causa eficiente del accidente;

2. Efectivamente, las demandas aceptan que el sitio del siniestro se encuentra en una recta de la carretera que permite perfecta visibilidad, en ambos sentidos, a una distancia de un kilómetro;

3. Los mismos libelos afirman que el bus dejó huellas de frenada en un recorrido de 40 metros sin que hubiera podido detenerse, lo que implica que iba a una velocidad superior a los 120 kilómetros por hora, lo que a cualquier hora del día es irreglamentaria, pero a las 5 a.m., es suicida;

4. Súmese a lo anterior, que después de la colisión, avanzó el bus 120 metros más antes de detenerse y se podrá calcular la endemoniada velocidad a que viajaba.

C. Luego, la culpa de un tercero (frente a los pasajeros del bus) como es la empresa propietaria del bus o la culpa de la víctima (frente a dicha empresa) se constituyen en la única causa directa y eficiente del accidente.

En efecto:

1. Suprímase el exceso de velocidad y desaparece el accidente pues alcanza a frenar en los 40 metros en que empezó inútilmente a hacerlo.

2. Suprima las irregularidades en el transporte del buldózer, configurativas de la falla, y el accidente se presenta en la misma forma.

D. Por tal razón alegué que la sentencia debía ser absolutoria ante lo cual la mayoría prefirió hablar de responsabilidad compartida o de concausalidad en el daño.

E. Pero al adoptar la tesis de la responsabilidad compartida, la sentencia incurrió en peores contradicciones.

En efecto:

a) En relación con la demanda de Manuel Posada Gómez (expediente 1984) la sentencia absuelve al Estado, por esta razón: "En otros términos: si el bus se hubiese conducido en forma prudente, sin abusar de la velocidad, el riesgo, quizá, no se hubiera originado".

Es decir, que el accidente reconoce como causa exclusiva la culpa de la empresa "Rápido Duitama".

b) Sobre la base anterior, mi tesis resulta inimpugnable, la falla del servicio existió pero no fue la causa eficiente del daño. En otras palabras: no hay relación de causalidad entre la falla y el daño.

c) Por el camino anterior la sentencia ha debido absolver igualmente en los procesos iniciados por Patrocinio Jiménez Torres y otros (Expediente 1986) y Longeva Márquez Vda. de Pulido (Expediente 1588) por cuanto la causa del accidente fue la culpa de un tercero y no la falla del servicio;

d. Pero no. En los Expedientes 1986 y 1588 la sentencia reconoce el 50% de los perjuicios causados hablando de "compensación de culpas" o "concurrencia de culpa" de que trata el artículo 2357 del C.C.

Y si esto fue lo que dijo, es grave error. ¿Qué culpa pudieron cometer los inocentes pasajeros de "Rápido Duitama"?

Es presupuesto necesario, por hipótesis legal, del artículo 2357 del C.C. que la víctima se haya expuesto imprudentemente al daño y los pasajeros muertos en nada culposo o negligente incurrieron y para ellos la culpa de "Rápido Duitama" es culpa de un tercero frente a la Nación o de su cocontratante frente al contrato de transporte.

Razonando así, era más lógico el reconocimiento del 100% de la indemnización.

e. Pero es bien posible que lo que la sentencia haya querido decir es que hubo "concausalidad" en la producción del daño por "falla del servicio" a cargo de la Nación y "culpa" de Rápido Duitama.

En este caso el artículo aplicable no es el 2357 sino el 2344 del C.C. que regula la "concausalidad" dolosa o culpa y hace solidariamente responsables a los causantes.

Pero con esta premisa, la conclusión ha debido ser condenar al Estado al 100% y autorizarlo a repetir por el 50% contra "Rápido Duitama", en los procesos de los pasajeros (1588 y 1986) y al 50% en favor de "Rápido Duitama", pues la solidaridad no excluye la divisibilidad de la indemnización entre los causantes.

F. O. no obstante la solidaridad entre los responsables, dada la indivisibilidad de la causa del insuceso, era necesario que concurrieran como demandados tanto la nación como Rápido Duitama para que quedara bien constituido el "Litis consorcio necesario".

Jorge Valencia Arango.

Bogotá, D.E., marzo 7 de 1983.

ACCION INDEMNIZATORIA. CADUCIDAD. PRESUNCION DE CONTRABANDO. OPERACION ADMINISTRATIVA. Causada la actuación administrativa comienza a correr el término de caducidad de la acción indemnizatoria del Art. 68 del C.C.A. sin que admita interrupción o prórroga o suspensión por motivo de investigaciones penales o procesos de cualquier índole.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, D.E., abril veintiocho de mil novecientos ochenta y tres.

Consejero ponente: **Dr. Jorge Valencia Arango**

Actor: **Antonio María Robayo Murcia**

Referencia: Expediente No. 2.976

El ciudadano Antonio María Robayo Murcia, mayor y vecino de Bogotá, D. E., por medio de apoderado y en ejercicio de la acción indemnizatoria directa del artículo 68 del C.C.A., demandó a la Nación (Ministerio de Hacienda y Crédito Público —Dirección General de Aduanas—) a fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"El demandante pretende y así debe ser declarado y decretado por el H. Consejo, que la Nación Colombiana, le pague como indemnización de perjuicios por la indebida e injusta separación transitoria de su patrimonio, y retención por el lapso de dos años, nueve meses y veintiséis días de un vehículo de explotación comercial, transporte de carta, de su propiedad, el camión marca Pegaso, modelo 1963, motor S26004015, bastidor o serie 512620 o KM04240, matriculado para servicio público las siguientes cantidades:

"a) La cantidad de ciento ocho mil trescientos cincuenta y cuatro pesos ($108.354.oo) m/cte., a título de daño emergente, por concepto de la reparación mecánica del vehículo, para ponerlo en funcionamiento después de casi tres años de inmovilidad, cantidad efectivamente pagada por el lesionado.

"b) La cantidad de un millón quinientos veintidós mil pesos ($1.522.000.oo) M/Cte., por concepto del lucro cesante, líquido, sufrido por el propietario durante el mismo lapso, puesto que estuvo forzosamente privado de la posibilidad de explotarlo, trabajándolo como era su costumbre hasta la fecha en que le fue decomisado; y

"c) La cantidad de cien mil pesos ($100.000.oo) M/Cte., por concepto del daño moral sufrido por el propietario demandante, daño que radica en la imposibilidad de cumplir, genéricamente, sus compromisos de transportador; en la preocupación e inquietud causadas por la sorpresiva incautación de un bien de su propiedad; en la disminución de su entidad de empresario frente a sus colegas y competidores; y en la espera larguísima de una solución in derta, pues que podía ser favorable o desfavorable". (fl. 37).

La demanda expone los siguientes hechos:

"a) El señor Antonio María Robayo Murcia, es propietario de un vehículo de transporte de carga, camión, de diez toneladas de capacidad, marca Pega-

so, modelo 1963, motor S26004015, serie 512620 y placas XK-4240, matriculado para servicio público, cuyo dominio adquirió, así:

"El importador, Automotores Pegaso de Colombia, Ltda., lo vendió a Joaquín Robayo Murcia el 10 de octubre de 1964; éste a su vez lo vendió al demandante, el 21 de enero de 1970, y por muerte del último vendedor, el juzgado 16 Civil del Circuito de Bogotá confirmó el contrato, en sentencia de fecha enero 16 de 1976. En la actualidad, el demandante es aún propietario del mismo y tiene a su nombre la tarjeta de propiedad, expedida por el Instituto Nacional del Transporte, dirección de Santander, con el No. 14346-947004.

"b) El demandante, comprador y propietario, usó el vehículo, desde su adquisición, para el transporte comercial de carga por cuenta de terceros, a flete, dedicando a esta actividad la totalidad de su capacidad personal y derivando de ella, como única fuente, la subsistencia de su persona y su familia.

"En los últimos años anteriores a la captura de su vehículo, particularmente en el último, trabajó durante ocho meses para la Empresa de Transportes Conaltra, representada por el señor Antonio Zuluaga, haciendo tres viajes mensuales, ida y regreso, a Barranquilla, y durante cuatro meses para el industrial Ernesto Preciado Escobar, viajando, viaje diario, a la localidad de Venadillo, Tolima, aproximadamente.

"Y de esta actividad derivaba una utilidad líquida mensual, al menos en el período comprendido entre el mes de abril de 1975 y el mes de abril de 1976 en que el vehículo le fue retenido por la Aduana $35.500.oo m/cte., en promedio y aproximadamente.

"c) El día 26 de abril de 1976, en oportunidad en que el mismo propietario, Antonio María Robayo Murcia, presentó en las oficinas de la Dirección General de Aduanas, la División de Investigaciones Especiales, Sección Registro Aduanero Automotor, Resguardo Nacional lo retuvo, bajo el cargo de presunción de contrabando; remitió el informativo al Director Seccional de Instrucción Criminal, y consignó la máquina a disposición de esta entidad en la Bodega de Automotores del Fondo Rotatorio, de la propia Dirección General de Aduanas;

"d) El 11 de julio de 1978 el juzgado 3o. superior de Aduanas, en determinación final, sobreseyó definitivamente al sindicado propietario, declaró que el vehículo entrabado no era de contrabando; y ordenó su entrega, y el 1o. de febrero de 1979, el Tribunal Superior de Aduanas, en segunda instancia, confirmó íntegramente esta decisión. El 14 siguiente, el Juzgado del conocimiento decidió obedecer y cumplir lo resuelto por el superior, y ordenó librar oficios al Fondo Rotatorio de la Aduana, para la entrega. La entrega decretada se cumplió el día 21 del mismo mes y año.

"e) Por consecuencia de la operación administrativa descrita, el demandante propietario, Antonio María Robayo Murcia, fue privado injusta e innecesariamente de la tenencia y explotación de un bien del que derivaba su subsistencia, por el término de dos años, nueve meses y veintiséis días.

"f) Entonces, proyectando el producido líquido del vehículo, del año inmediatamente anterior a su captura, al primer año subsiguiente a la misma, $35.500.oo mensuales, el propietario debió recibir en este año la cantidad de $426.000.oo m/cte., para el segundo año 26 de abril de 1977 a 25 de abril de 1978, este camión debió producir, en promedio, $42.000.oo por mes, o sean $504.000.oo en el período; y para el resto del lapso de captura, del 26 de abril de 1978 al 21 de febrero de 1979, la utilidad debió alcanzar $60.000.oo mensuales, $592.000.oo en suma. La totalización de estas partidas, arroja el monto de $1.522.000.oo, m/cte. en que el demandante aprecia este rubro de los perjuicios sufridos; y

"g) El vehículo fue entregado, después de cerca de tres años de inmovilidad total y permanente, en condiciones de motor y rodamiento que hicieron necesarias, de modo inmediato, reparaciones costosas para poder trasladarlo y luego reparaciones adicionales más sustantivas, para utilizarlo en su duro trabajo.

"Quinto. la Causal: La causal, fundamento en que se basan las pretensiones de esta demanda, es la conducta de la administración pública nacional, consistente en haber incautado el vehículo Pegaso descrito en los hechos y haberlo mantenido fuera del dominio y provecho de su dueño, po el término de dos años nueve meses y veintiséis días, mediante una calificación de presunción de contrabando apresurada, equivocada y errónea.

"Esta conducta implica, en la técnica jurídica de acoplamiento de la ley, una falla del servicio público nacional de Aduanas (Presunción errónea o equivocada) dentro de una operación administrativa nacional de persecución al contrabando.

"Pero debe anotarse, que la falla del servicio se concreta en el decomiso del vehículo y no en la actuación judicial posterior, que es solo una de sus consecuencias; y que el resultado final de este proceso judicial, no tiene otro significado que el declarar, comprobar, poner en claro, la falla del servicio que ocasionó el daño.

Entonces, la norma sustancial violada con esta conducta de la administración, es el artículo treinta de la constitución nacional, que estatuye y protege la propiedad privada" (fls. 37 a 39).

En derecho citó los artículos 2, 16, 17, 20, 21, 23, 26, 28, 30, 61, 136 y ss. 146 y ss. de la Constitución Política. Ley 167 de 1941, artículos 68, 82 y ss. Decreto-ley 528 de 1964, artículo 28.

El proceso ha recibido el trámite previsto por la ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se procede a dictar sentencia.

I. EL CONCEPTO FISCAL

Dice la Doctora Edné Cohen Daza, Fiscal 2o. de la Corporación, en su concepto de fondo:

"El actor en el caso subjudice funda la falla o falta del servicio en la actuación de los funcionarios de la Sección de Registro Aduanero automotor

de la Dirección General de Aduanas, consistente en la retención del vehículo anteriormente descrito y del cual es propietario.

"Después de analizar los medios probatorios que obran a fls. 13 a 16 del expediente, los cuales expresan la causa que motivó la decisión tomada por la Sección de Registro Aduanero, cual fue según el recibo de retención en mercancías (fl. 13) "tener los sistemas de identificación adulterados", el posterior envío por parte de la Sección de Registro Aduanero Automotor del respectivo informe al Jefe de la división de Investigaciones Especiales de la Dirección General de Aduanas (fl. 14) a fin de que se iniciara por autoridad competente la correspondiente investigación por presunción de contrabando y si era del caso se aplicaran las sanciones a sus autores, razón por la cual ese despacho a su vez hizo el envío de este oficio petitorio al Director Seccional de Instrucción Criminal (fl. 16) asumiendo el conocimiento de la investigación el Juzgado 3o. Superior de Aduanas, tramitándose el proceso que culminó con la declaración de sobreseimiento definitivo para el inculpado y la respectiva orden de entrega del automotor.

"Considera este Despacho, que no se configura en ningún momento la falla en el servicio de la administración, por cuanto no se puede decir que la actitud asumida por los funcionarios de la aduana fue irregular, ya que se trataba de una conducta propia de sus funciones y se efectuó en cumplimiento de las mismas, es de lógica que si al practicarse el examen a un vehículo se encuentran varias numeraciones para su identificación y alguna de ellas está adulterada o regrabada, esta irregularidad hace nacer la presunción de contrabando del vehículo automotor; la prueba de que los funcionarios de la aduana se encontraron ante una situación confusa es, que para su aclaración fue indispensable el trámite de todo un proceso ante la jurisdicción penal aduanera, al cual se allegaron certificaciones y constancias presentadas ante el respectivo Cónsul de Colombia en España, país sede de la fábrica de estos vehículos, donde se hacían las explicaciones en el sentido de la variedad de la numeración existente en las piezas de tales automores y las causas de que algunas aparecieran adulteradas o borradas, sin cuyo concurso se hubiera hecho imposible la aclaración de tal situación.

Lo anterior demuestra que la actitud de la administración no fue en ningún momento caprichosa, sino que obedeció a motivos más que justificados y previamente expresados en la orden de retención del vehículo ya que por lo general un vehículo tiene su número de identificación estampado en forma clara, sin que haya varias numeraciones y aún más sin que alguna de ellas aparezca adulterada o regrabada, pues estas circunstancias dan precisamente origen a la presunción de contrabando de un vehículo automotor.

"Por lo anterior, esta Agencia del Ministerio Público, se permite solicitar a la Honorable Sala, denegar las súplicas de la demanda". (fls. 137 a 139).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A. El suscrito Consejero ponente declaró, en auto de 11 de julio de 1980, inadmisible la demanda por haberse consumado la caducidad de la acción.

Dice tal providencia:

"Luego del relato de los hechos y en un aparte denominado 'Quinto. La Causal', expresa el demandante:

"La causal fundamento en que se basan las pretensiones de esta demanda, es la conducta de la Administración Pública Nacional, consistente en haber incautado el vehículo Pegaso descrito en los hechos y haberlo mantenido fuera del dominio y provecho de su dueño, por el término de dos años, nueve meses y veintiséis días, mediante una calificación presunta de contrabando apresurada, equivocada y errónea.

"Esta conducta implica, en la técnica jurídica de acoplamiento a la ley, una falla del servicio público nacional de aduanas (presunción errónea y equivocada), dentro de una operación administrativa nacional de persecución al contrabando.

"Pero debe anotarse, que la falla del servicio se concreta en el decomiso del vehículo y no en la actuación judicial posterior, que es solo una de sus consecuencias; y que el resultado final de este proceso judicial, no tiene otro significado que el declarar, comprobar, poner en claro, la falla del servicio que ocasionó el daño".

SE CONSIDERA:

"1. Por lo anteriormente expuesto, se deduce en forma clara que el hecho del cual pretende derivar la responsabilidad de la Nación ocurrió el día del despojo, que según los hechos de la demanda fue el 26 de abril de 1976.

"2. El memorial que se está estudiando para efectos de su admisión, fue presentado ante la Secretaría de esta Corporación el día 4 de junio de 1980.

"3. El artículo 28 del Decreto 528 de 1964, establece como término de caducidad para el ejercicio de la acción indemnizatoria por hechos u operaciones de la administración, tres años, contados a partir de la *realización* del hecho u operación correspondiente.

"4. La acción se ha ejercitado extemporáneamente, luego:

"a) Se rechaza por caducidad la demanda presentada, a que se ha hecho referencia". (fl.s. 42 a 44).

B. Interpuesto oportunamente el recurso ordinario de súplica contra la providencia anterior, la Sala de Decisión, por mayoría revocó el auto impugnado y admitió la demanda, con las siguientes consideraciones:

"Si bien es cierto desde un punto de vista estrictamente formal asiste la razón al señor Consejero Sustanciador, interpretada la demanda en su fondo surge otra consecuencia diferente. Y se dice que formalmente por cuanto el libelo insiste en concretar la falla del servicio en el decomiso del vehículo y no en la actuación judicial posterior.

"Pero, la concreción hecha no tiene el alcance que le dio el señor conductor del proceso. El demandante solo quiso hacer la precisión que no estaba demandando la responsabilidad del Estado por el acto jurisdiccional, ya que esta posición doctrinaria ha sido entre nosotros ordinariamente negativa y esa es la

interpretación lógica. Pero sí podía demandar con apoyo en una actividad administrativa concretada en el acto de decomiso ilegal, según calificación dada por la justicia de aduanas que no podrá cuestionarse.

"Es evidente, por lo demás, que en el caso concreto la operación se inició con el decomiso del vehículo, con el cargo de presunción de contrabando. La administración podía hacerlo, en principio, y la ley la autorizaba para ello. Por eso el acto inicial en sí, no era de entrada ilegal o injusto: se volvió ilegal luego de la culminación de la operación y cuando la justicia de aduanas sobreseyó definitivamente a su propietario. Allí se supo que no existió el motivo plausible inicial y que por ende, toda la actividad administrativa había estado viciada y era productora de ciertos daños. Y tuvo que esperarse la culminación del proceso investigativo y su sobreseimiento definitivo para poder hablar de la falla estatal. Sin esa culminación ni siquiera puede hablarse de operación, sino de hechos más o menos concatenados. Si hubiera sido otro el resultado, (por ejemplo, que el vehículo era de contrabando) no habría existido fundamento alguno para la presente demanda y contra la decisión jurisdiccional nada tampoco se hubiera podido adelantar. La cosa juzgada sería su propio apoyo y defensa.

"Por lo brevemente expuesto, se concluye que contada la oportunidad para instaurar la presente acción desde que culminó la operación administrativa, la demanda que la contiene no está caducada, dadas las voces del artículo 28 del Decreto 528 de 1964" (fls. 48 y 49).

C. La Sala, en esta oportunidad de dictar sentencia, hace un nuevo estudio de la caducidad y llega a la conclusión de que ella se consumó antes de la formulación de la demanda que ha dado origen a este proceso, por las siguientes razones:

1. La operación administrativa, actuación de la administración, comenzó con el decomiso del automotor, por funcionarios de la Aduana, el 26 de abril de 1976 y termina con el oficio en que se pone tal vehículo a disposición de la seccional de Instrucción Criminal (fl. 28).

2. Jamás puede comprenderse bajo la definición de "operación administrativa" el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, por parte de los jueces, con autonomía e independencia de la rama ejecutiva que la misma constitución garantiza.

3. Tampoco es admisible con la incorporación de la actividad jurisdiccional dentro de la "operación administrativa" o "actividad administrativa" asumir, por parte de esta jurisdicción especial contencioso-administrativa el examen y calificación de la corrección o incorrección del ejercicio jurisdiccional por parte de las distintas jurisdicciones creadas por la República.

4. Es igualmente equivocado sostener que tal operación administrativa era ilegal o no según fuera el resultado del proceso penal aduanero ni mucho menos afirmar que el acto inicial del decomiso "se volvió ilegal luego de la culminación de la operación y cuando la justicia de aduanas sobreseyó definitivamente a su propietario...".

La actuación administrativa es ilegal o no en el momento mismo de su ocurrencia, no por fenómenos o decisiones posteriores y menos de jurisdic-

ciones distintas a la contencioso administrativa señalada por la ley como la competente para "declarar la ilegalidad" no para "constituirla".

9. Causada la actuación administrativa comienza a correr el término de caducidad de la acción indemnizatoria del artículo 68 del C.C.A., sin que admita interrupción o prórroga o suspensión por motivo de investigaciones penales o procesos de cualquier índole.

Lo anterior no impide que formulada oportunamente la demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa, se haga valer la prejudicialidad pertinente cuando en procesos se controviertan cuestiones cuya decisión pueda influir en la sentencia que deba decretarse en el proceso contencioso-administrativo.

6. Así lo ha dicho, en varios casos, esta misma Sala, como lo recuerda el salvamento de voto frente al auto que revocó el inadmisorio de la demanda, y cuya transcripción resulta pertinente:

"Mediante providencia de 19 de julio de 1973 se confirmó el auto recurrido con la siguiente motivación:

"El señor apoderado está en un error. Una cosa es la investigación de carácter administrativo que deben adelantar las autoridades portuarias y otra las acciones contencioso-administrativas ante esta jurisdicción. Aquí no se trata de un juicio de plena jurisdicción en que esté de por medio un acto administrativo que deba ser anulado sino de un hecho generador de una responsabilidad extracontractual que no da lugar a agotar la vía gubernativa sino que, tal como lo dice el artículo 68 del C.C.A., debe demandarse "directamente de la administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes". Por eso el proceso gubernativo que las autoridades portuarias adelantan cuando ocurran hechos que deban ser investigados por ellas, no interrumpe el término de caducidad, pues sus providencias no son revisables por esta jurisdicción ni inciden en el proceso contencioso administrativo en que se decide acerca de la responsabilidad de la Nación o de las entidades descentralizadas con fundamento en la llamada falla o falta del servicio" (Anales, Tomo LXXXV, Nos. 439 y 440, pag. 380).

"2. Ante un fallo en el cual se declaró la caducidad de la acción intentada para deducir responsabilidad a la Superintendencia Bancaria por hechos ocurridos en el lapso comprendido entre el mes de abril de 1965 y el mismo mes de 1966, porque el libelo se presentó el 30 de septiembre de 1975, el apoderado del demandante interpuso recurso extraordinario de súplica previsto en la Ley 11 de 1975, por supuesto cambio de jurisprudencia, y sostuvo que como el daño irrogado por los hechos continuados de la Superintendencia duró hasta el día 3 de octubre de 1972 cuando la justicia penal ordenó dar aplicación al artículo 320 del C.P., la caducidad debía empezar a contarse desde esta última fecha y sólo se cumplía el 3 de octubre de 1975, vale decir, varios días después de la presentación de la misma.

"La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en sentencia de 10 de agosto de 1977, expresó:

"Hechas las confrontaciones de rigor entre la sentencia materia de la súplica y la jurisprudencia que se dice desconocida, tiene que concluirse que

ninguna violación se produjo, entre otras razones porque los hechos tenidos en cuenta en las distintas oportunidades no fueron similares y correspondían a hipótesis diferentes.

"El Consejo en su decisión fue bastante claro cuando computó el término de caducidad a partir del día en que la Superintendencia cesó en sus actuaciones y empezó la acción de la justicia penal. La intervención de ésta escapaba al control de la Superintendencia, máxime cuando tomó cartas en el asunto no a instancia de ésta, sino por iniciativa de un acreedor.

"Lo dicho es suficiente para concluir que el recurso de súplica no será procedente. La jurisprudencia fue acatada en su integridad. El Consejo contó la caducidad desde la fecha en que estimó se había producido el cese de la intervención perjudicial de la Superintendencia" (Expediente 18201. Copias de sentencias. Consejo de Estado. Secretaría General Tomo 2, 1977, pág. 362)". (fls. 52 y 53).

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, se declara inhibido para decidir en el fondo por caducidad de la acción.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Jorge Valencia Arango, (Presidente de Sección), **Jorge Dangond Flores, Eduardo Suescún Monroy, Carlos Betancur Jaramillo.**

Félix Arturo Mora Villate. Secretario.

Se deja constancia que la presente providencia fue discutada y aprobada en sesión de la fecha.

PERJUICIOS MORALES. RECONOCIMIENTO. La indemnización por perjuicios morales solo puede hacerse con base en la existencia del amor, el afecto por la víctima, unidos al parentesco, lo que hace presumir el dolor que trata de compensarse. Prueba del parentesco y de la vida en el hogar. Destrucción de la presunción.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, D.E. abril veintiocho de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Jorge Valencia Arango**

Actor: **Marco Tulio Hernández y otro**

Referencia: Expediente No. 3.237

Los ciudadanos Marco Tulio Hernández V. y Ligia Rosa Almario P., en sus propios nombres y en representación de sus menores hijos legítimos Ariel Orlando, Omar Tulio, Marco Aurelio, Hugo Armando y Gloria Isabel Hernández Almario y, el mismo Marco Tulio Hernández V. y Ana Bercilia Arroyo en representación de sus hijos naturales Claudia Patricia, Erika Eugenia y Ana María Hernández Arroyo y Marco Tulio Hernández Nárvaez, mayor este último, vecinos de Sincelejo, presentaron demanda contra la Nación —Policía Nacional— en ejercicio de la acción indemnizatoria directa, a fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1. La nación es responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados a los demandantes con la muerte de Jorge Emilio Hernández Almario, ocurrida en Sincelejo, Sucre, en las primeras horas de la noche el día 30 de marzo de 1980, en el curso de un procedimiento policial.

"1.1. Condénase a la Nación a pagar:

"11.1. A Marco Tulio Hernández y Ligia Rosa Almario P., daños y perjuicios patrimoniales (incluyendo en el lucro cesante los intereses compensatorios de lo que sumen, desde la fecha de su causación y hasta la de fijación de la indemnización) en la cuantía que resulte de las bases que se prueben en el proceso.

"Su pago se hará con moneda en curso, es decir, en pesos que tengan el mismo poder de compra que los de la fecha de causación de daños y perjuicios.

"11.2. A Marco Tulio Hernández V., Ligia Rosa Almario P., Ariel Orlando, Omar Tulio, Marco Aurelio, Hugo Armando y Gloria Isabel Hernández Almario y a Claudia Patricia, Erika Eugenia y Ana María Hernández Arroyo y a Marco Tulio Hernández Nárvaez;

"1. Daños morales, con el equivalente en pesos a la fecha del fallo de mil gramos de oro fino;

2. Gastos del proceso, y

"3. Intereses aumentados con la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor-empleados, desde la fecha de la sentencia y hasta cuando se le dé cumplimiento por pago.

"1.2. La nación dará cumplimiento al fallo dentro de los treinta días siguientes a su ejecutoria". (fl. 19).

Expone la demanda los siguientes hechos:

"El día 30 de marzo de 1980, el agente de la Policía Nacional Wilson Quiñones dio muerte al señor Jorge Emilio Hernández Almario en el curso de un procedimiento efectuado en la zona central del área urbana del municipio de Sincelejo, departamento de Sucre.

"2. El procedimiento que cegó la vida de Jorge Emilio fue precipitado, excesivo, arbitrario, en fin, contrario a la Constitución, a las leyes y los reglamentos que instituyen, organizan y disciplinan la prestación del servicio de Policía.

"3. Hernández Almario había nacido en Sincelejo, Sucre, el 15 de mayo de 1961; estaba pues, para cumplir 20 años.

"1. Estudiaba y trabajaba como operador de Audio de la Emisora Radio Piragua con $3.000.oo de sueldo mensuales;

"2. que empleaba en ayudar al sostenimiento de su padre y de su madre, personas pobres y necesitadas de apoyo económico.

"4. Marco Tulio Hernández Vergara nació el 22 de septiembre de 1935, y Ligia Rosa Almario Padilla el 7 de febrero de 1936.

"5. Marco Tulio Hernández Vergara y Ligia Rosa Almario Padilla no solo se han visto patrimonialmente afectados, según se aludió, por la falta de las cuotas de ayuda que les suministraba el hijo muerto y sus intereses productorios, de sus frutos, sino y lo mismo que todos los demás demandantes, moralmente, tal y como se presume entre parientes próximos, en los padres por la muerte del hijo o en éstos por la de aquéllos y entre hermanos.

"6. Daños y perjuicios patrimoniales y morales que se encuentran ligados causalmente a la falla del servicio alegada (fl. 19 y 20).

Se fundamenta en los artículos 16, 20, 29 y 51 de la Constitución Nacional; 1o., 4o., 5o. 29 y 30 del D. 1355 de 1970; 1o., 2o. y 18 del Decreto 2347 de 1971; 12, 11 y 119 literal q) del Decreto 1835 de 1979; 1o., 2o., 3o., 21, 63 y 74 de la Resolución número 00168, expedida por la Dirección General de la Policía Nacional el 17 de enero de 1961 y que aprueba el Reglamento de Vigilancia Urbana y Rural de la Policía Nacional; 1613 y ss. del C.C., 106 y 107 del C.P. y 8o. de la Ley 153 de 1887.

El proceso ha recibido el trámite previsto en la ley sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se procede a dictar sentencia.

I. EL CONCEPTO FISCAL

La Doctora Edné Cohen Daza, Fiscal 2o. de la Corporación, expone en su concepto de fondo:

"En el caso en estudio fueron probados los siguientes hechos:

"1. La muerte de Jorge Emilio Hernández Almario según consta en la partida de defunción expedida por la Notaría Segunda de Sincelejo (fl. 16) y en la copia de la diligencia de necropsia (fl. 86) realizada por el médico legista de la oficina de Medicina Legal de Sucre.

"2. Que la muerte de Jorge Emilio Hernández Almario se produjo como consecuencia natural y directa de las lesiones cerebrales producidas por herida por proyectil de arma de fuego según se desprende de la necropsia practicada al cadáver en el Hospital Regional de Sincelejo (fl. 86).

"3. Que el disparo que produjo la muerte de Jorge Emilio Hernández Almario lo hizo un Agente de la Policía Nacional quien se encontraba en servicio y con ocasión de él según se desprende de las declaraciones de los

testigos presenciales Alcides Buelvas (fls. 73 y ss.) y Rafael Vergara (fl. 75 y ss.).

"4. La calidad de miembro activo de la Policía Nacional del agente Wilson Quiñones sindicado de la muerte de Jorge Emilio Hernández Almario según consta en la copia del acta de posesión (fl. 99) y en la hoja de vida del agente (fls. 105 y ss.).

"5. La relación de parentesco entre la víctima y los demandantes según consta en las respectivas partidas de registro civil que obran a los folios 3 a 15.

"6. Que la víctima trabajaba como operador de radio en Radio "Piragua" devengando un sueldo de $3.000.oo mensuales según constancia que obra a folio 18 cuya firma está debidamente ratificada (fl. 83).

"Las declaraciones de los testigos presenciales de los hechos Alcides Buelvas y Rafael Vergara coinciden en afirmar que la muerte del joven Jorge Emilio Hernández Almario se produjo el día 30 de marzo de 1980 a eso de las 7 de la noche en una calle céntrica de Sincelejo, cuando un agente de la Policía Nacional le hizo un disparo por detrás que hizo blanco en la parte posterior de la cabeza. Aseguran los declarantes que el joven Hernández en el momento de ser alcanzado por la bala no iba corriendo, se dirigía a paso normal; los testigos no oyeron voces de alto y cuando se acercaron a donde yacía el herido el Agente de la Policía estaba todavía con el arma en la mano y no permitió que nadie le prestara ayuda al joven moribundo.

"En la hoja de vida del agente Wilson Quiñones (fl. 105 y ss.) le figura comprobante de exoneración de responsabilidad por la muerte de Jorge Eliécer Hernández ocurrida el 30 de marzo de 1980; pero la Policía Nacional, entidad demandada en el presente proceso, a pesar de haber sido notificada debidamente, no se preocupó por demostrar los motivos de exoneración de responsabilidad por lo cual debe darse credibilidad a lo declarado por los testigos a quienes les consta que el agente dio muerte a un ciudadano indefenso violando las normas establecidas en el reglamento de capturas, sin dar voces de alto, hacer disparos al aire y tratar de aprehender al fugitivo antes de disparar contra él.

"La violación del reglamento de capturas por parte de los agentes de la policía debe considerarse como falla del servicio.

"En el caso estudiado quedó demostrada la falla del servicio, el daño causado y la relación de causalidad por lo tanto deberá la Nación Colombiana —Policía Nacional— indemnizar a los demandantes los perjuicios morales por haber demostrado su parentesco con la víctima y los materiales debidos a sus padres, en consideración al trabajo que desempeñaba el occiso al momento de su muerte como operador de audio en radio Piragua según constancia que obra al folio 18 y la ayuda económica que recibían según lo declarado por Juan Guerra Tulena (fl. 83).

"Por las anteriores consideraciones esta Fiscalía solicita a la Honorable Sala acceder a las súplicas de la demanda". (fls. 127 y 128).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. El análisis probatorio hecho por la colaboradora Fiscal se ciñe a la realidad del proceso y es compartido por la Sala.

2. Aunque las pretensiones deducidas en la demanda, se refieren a los menores Claudia Patricia, Erika Eugenia y Ana María Hernández Arroyo y a Marco Tulio Hernández Narváez, presuntamente hermanos naturales paternos de la víctima. No hay un solo hecho del libelo que afirme tal circunstancia, ni la vida en común, ni el trato familiar o afectivo que pudiera justificar la pretensión indemnizatoria por perjuicios morales subjetivos, cuya base, indiscutible, solo puede ser el amor y el afecto por la víctima, unidos al parentesco, lo que hace presumir el dolor que trata de compensarse.

3. La doctrina y la jurisprudencia han considerado que demostrado el parentesco y la vida en hogar, puede presumirse el dolor, en su máximo grado, entre padres y entre éstos y sus hijos, presunción que bien puede destruirse o debilitarse, cuando quiera que se demuestre que las relaciones conyugales o paternas o filiales han desaparecido, se han trocado en enemistosas o se han debilitado sensiblemente.

4. Pero entre hermanos, legítimos o naturales, que no conviven bajo el mismo techo ni pertenecen al mismo núcleo familiar, lejos de presumirse han de ser inefragablemente demostradas las susodichas relaciones afectivas y fraternas, mucho más entre el grupo de hijos legítimos y el de los hijos naturales, entre los cuales el "ex eo quod plerumque fit..." demuestra que tales afectos y relaciones fraternas raramente existen.

5. Por todo lo anterior, se absolverá en relación con tales demandantes.

6. A cada uno de los progenitores de la víctima, se le reconocerá el valor de mil gramos de oro al precio que certifique el Banco de la República a la fecha de esta sentencia y a cada uno de los hermanos legítimos, la suma de trescientos gramos de oro.

7. En relación con los perjuicios materiales se dará por demostrado un ingreso mensual de $3.000.oo, de los cuales, atendiendo a los gastos de supervivencia de la víctima y a los de su propio estudio, se tomará como ayuda a sus padres la mitad, es decir, $1.500.oo, $750.oo para cada uno.

Sobre tal base se liquidará el perjuicio por la supervivencia de cada uno de los progenitores, dividiéndolo en dos períodos: el debido y el futuro con aplicación de una devaluación del 18% anual y un interés del 6% anual.

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: Declárase a la Nación —Policía Nacional— administrativamente responsable de los perjuicios materiales y morales causados con la muerte de Jorge Emilio Hernández Almario ocurrida en Sincelejo, Sucre, en

las primeras horas de la noche del 30 de marzo de 1980, en el curso de un procedimiento policial.

Segundo: Como consecuencia condénase a la Nación —Policía Nacional— a pagar a los ciudadanos Marco Tulio Hernández V. y Ligia Almario P., mayores y vecinos de Sincelejo, cónyuges legítimos entre sí, los perjuicios materiales que se determinen por el procedimiento del artículo 303 del C. de P.C., y sobre las bases señaladas en la parte motiva de esta sentencia.

Tercero: Condénase a la nación —Policía Nacional— a pagar a título de indemnización de perjuicios morales subjetivos las siguientes sumas de dinero:

a) A cada uno de los ciudadanos Marco Tulio Hernández V. y Ligia Rosa Almario P., la cantidad de un mil gramos oro (1.000) liquidados al precio que para la fecha de esta sentencia, certifique el Banco de la República.

b) A cada uno de los menores Ariel Orlando, Omar Tulio, Marco Aurelio, Hugo Armando y Gloria Isabel Hernández Almario, representados por sus padres legítimos Marco Tulio Hernández y Ligia Rosa Almario, la cantidad de trescientos (300) gramos de oro, al precio que para la fecha de esta sentencia certifique el Banco de la República.

Cuarto: Absuélvase a la Nación de todas las súplicas deducidas por los demandantes menores Claudia Patricia, Erika Eugenia y Ana María Hernández Arroyo y por el ciudadano Marco Tulio Narváez.

Quinto: Deniéganse las restantes súplicas del libelo inicial.

Sexto: Al ordinal tercero se le dará cumplimiento en los términos de los Artículos 121 y 122 del C.C.A.

Cópiese.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Valencia Arango, (Presidente de Sección), **Jorge Dangond Flores, Eduardo Suescún Monroy, Carlos Betancur Jaramillo.**

Félix Arturo Mora Villate. Secretario.

Se deja constancia que la presente providencia fue discutida y aprobada en la sesión de la fecha.

DEMANDA. PRESENTACION. No basta presentar la demanda en tiempo por fuera de la sede del Consejo o tribunal, sino que es preciso que ella llegue dentro del término al despacho de su destino. (Aplicación del artículo 84 del C.P.C. en concordancia con el artículo 125 del C.C.A.).

ACCION INDEMNIZATORIA. CADUCIDAD. Término: Dentro de los 3 años siguientes a la realización del hecho u operación correspondiente (artículo 28 del Decreto 528 de 1964).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, D.E., veintinueve de abril de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Carlos Betancur Jaramillo**

Actor: **Oscar Rodríguez Rico**

Referencia: Expediente No. 3.258 Ordinario Indemnizaciones

En escrito de mayo 22 de 1981 los señores Oscar Rodríguez Rico y Nidiam Orozco de Rico mediante apoderado idóneo demandan a la nación colombiana para que se declare su responsabilidad por la muerte de su hija menor Aura Elena Rodríguez O. causada por un agente de la policía nacional y en consecuencia se le condena al pago de los perjuicios materiales y morales causados con tal hecho.

Como hechos narran en síntesis:

Que la menor Aura Elena Rodríguez P., hija del matrimonio formado por Oscar Rodríguez y Nidiam Orozco de Rodríguez, residía a la fecha de los sucesos que le causaron la muerte en la ciudad de Plato (Magdalena) en casa de su abuela materna, donde adelantaba sus estudios primarios.

Que el día 6 de mayo de 1978, a eso de las 4 p.m. halló la muerte como consecuencia de los disparos que hicieron dos agentes de policía a un ciudadano que huía, luego de negar una cuenta de cantina.

Que la menor en el momento de ese procedimiento irregular e improcedente de los agentes del orden se encontraba en la puerta de su casa en compañía de su tía política Susana Rodríguez.

Que al ser alcanzada por un proyectil disparado por el arma de dotación oficial de uno de los policías fue conducida al Hospital Fray Luis de León de la mencionada ciudad, donde murió poco después.

Que el agente homicida, Pedro Pablo Méndez Quintero, perteneciente a la Policía Nacional, fue juzgado por tal hecho, habiendo sido absuelto por falta de intención de matar.

Cumplido el trámite de rigor y como no se observa causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, se entra a decidir.

PARA ELLO SE CONSIDERA:

Para la señora fiscal, la demanda está llamada a prosperar en cuanto a los perjuicios morales, no así en lo que toca con los materiales por no existir fundamento alguno para su condena. Así, en su vista de enero 25 del presente año, que obra a folios 39 y siguientes, afirma:

"Analizando el material probatorio que obra en el expediente, se observa, que se encuentran debidamente establecidos los siguientes hechos:

"1. La calidad de padres de la menor Aura Elena, de los señores Oscar Rodríguez Rico y Nidiam Orozco de Rodríguez, según registro de nacimiento y matrimonio que obran a folios 2 y 3 del cuaderno No. 2.

"2. La muerte de la menor Aura Elena Rodríguez O. según registro de defunción (fl. 25 C. 2) y certificación suscrita por el Dr. Alfonso Lozano Peñaloza. Director del Hospital Fray Luis de León de la ciudad de Plato, y declaración rendida por el mismo doctor (fls. 48 y 44 C.2), donde consta que el deceso fue consecuencia de la herida producida con arma de fuego de largo alcance.

3. La vinculación del agente Pedro Pablo Méndez Quintero a la Policía Nacional (fls. 22, 56, 58 y 60 del cuaderno No. 2) y la autoría de los disparos de acuerdo con el contenido de la sentencia del Consejo de Guerra Verbal seguido contra el mencionado agente y que aparece a folio 27 del mismo cuaderno.

"4. Las circunstancias como sucedieron los hechos quedaron claramente explicados en las declaraciones recepcionadas durante el desarrollo del proceso y que obran a folios 39, 41, 45 del cuaderno No. 2, rendidas por testigos presenciales señores Susana Rodríguez, Heriberto Vizcaíno Ariza y Ana de Erazo, así como en diligencia de inspección judicial que se encuentra a folios 49 y siguientes del mismo cuaderno.

"Es bien sabido que existe el Reglamento de servicio de Vigilancia Urbana y Rural para la Policía Nacional, el cual en su artículo 74 ibídem, contempla los casos en que es permitido el uso de armas de fuego, y en el caso subjudice no había motivos para ello, pues la persona que según versiones era perseguida por los agentes no era ningún delincuente y además la operación se realizaba en un sector poblado, circunstancia esta que obligaba a los agentes a obrar con prudencia, a fin de no ocasionar con su conducta accidentes como el sucedido.

"Lo anterior es suficiente para que se declare por esta Corporación la responsabilidad del ente demandado, por cuanto se han probado suficientemente los elementos axiológicos exigidos por la jurisprudencia para la prosperidad de las acciones indemnizatorias en materia de responsabilidad extracontractual, cuales son la falla en el servicio de la administración, el daño y la relación de causalidad entre el primero y el segundo elemento.

Por su lado, el señor apoderado de la entidad demandada, intenta una tímida defensa y afirma que el proceso dejó claro "que la persona cuya vida se extinguió, no fue por parte del agente de la policía, sino por acción de un procedimiento policial legalmente permitido, al tratar el uniformado de no dejar burlada la acción de la justicia".

Para la Sala, no asiste la razón a las partes, ya que dentro del proceso resultó demostrada la caducidad de la acción, ya que cuando se presentó la demanda ante este despacho, ya habían corrido los tres años indicados por el artículo 28 del Decreto 528 de 1964.

De acuerdo con los hechos narrados en el libelo el 6 de mayo de 1978 murió la menor Aura Elena Rodríguez O., como consecuencia de los disparos hechos por un agente de la policía nacional. De allí que la oportunidad para instaurar la acción de responsabilidad extracontractual venció el día 7 de mayo de 1981, porque la antecitada norma exige que la presentación de la demanda se haga "dentro de los tres años siguientes a la realización del hecho u operación correspondiente".

Si bien es cierto el poder se presentó el 30 de abril de 1981 ante el Tribunal Administrativo del Atlántico antes de la ocurrencia de la caducidad, no es menos cierto que la demanda, pese a que también fue presentada oportunamente (el 6 de mayo), sólo llegó al despacho de destino el 22 siguiente, 16 días después del vencimiento del trienio.

De acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corporación no basta presentar la demanda en tiempo por fuera de la sede del Consejo o Tribunal sino que es preciso que ella llegue dentro del término al despacho de su destino.

Se aplica, entonces, la previsión del artículo 84 del C. de P.C. que no deja lugar a dudas a ese respecto. Dicha norma, reza:

"Toda demanda deberá presentarse personalmente por quien la suscribe, ante el secretario de la autoridad judicial a quien se dirija; el signatario que se halle en lugar distinto, podrá remitirla previa autenticación ante juez o notario de su residencia, caso en el cual se considerará presentada a su recibo en el despacho judicial de su destino".

La norma transcrita debe armonizarse con el artículo 125 del C.C.A. porque si se aplicara ésta en su integridad, pretextando un no vacío, el término de caducidad quedaría al arbitrio del demandante, a quien le bastaría presentar en el lugar de su residencia la demanda en tiempo y no remitirla a su destino sino cuando le conviniera.

De aplicarse únicamente el artículo 125, habría que aceptar a lo sumo que hecha la presentación en el domicilio del demandante, éste tendría que hacerla llegar al lugar de su destino dentro del término de la distancia. Término que tampoco se respetó porque de Barranquilla a esta ciudad el viaje por avión es de una hora aproximadamente y por tierra un día o día y medio.

Por lo expuesto y en desacuerdo con la señora fiscal, 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:

Declárase la caducidad de la acción de responsabilidad instaurada contra la nación colombiana (Ministerio de Defensa —Policía Nacional—), por la muerte de la menor Aura Elena Rodríguez Orozco, acaecida como se indicó en la motivación.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 28-4-83.

Cópiese y notifíquese.

Jorge Valencia Arango, (Presidente Sala), **Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Dangond Flores, Eduardo Suescún Monroy.**

Félix Arturo Mora Villate. Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. FALLA DEL SERVICIO. PRUEBA TESTIMONIAL. DOCUMENTOS OFICIALES. FALSEDAD. Fraude a la justicia.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, D.E., abril veintidós de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Jorge Valencia Arango**

Actor: **Rosa Elena Londoño Marín**

Referencia: Expediente No. 2.980

La señora Rosa Elena Londoño Marín, en su propio nombre como concubina de la víctima y en representación de sus menores hijos naturales Ilina y John Jairo Jiménez Londoño, demandó, por medio de apoderado, a la Nación —Ministerio de Defensa Nacional— a efecto de que, previos los trámites de un juicio ordinario Contencioso-administrativo, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1o. La Nación colombiana está en la obligación de indemnizar a los menores Iliana y John Jairo Jiménez Londoño y a la señora Rosa Elena Londoño Marín, madre de los primeros y concubina del finado Gonzalo Jiménez Quiroz —a) "El Lalo", respectivamente, los daños y perjuicios que les fueron causados por la muerte violenta de su padre y marido concubinario, acaecida a manos de miembros del Ejército Colombiano "Batallón Voltígeros" en una calle central del Municipio de Tierralta, departamento de Córdoba.

"2o. Que en virtud de la declaración anterior, la Nación colombiana, con imputación a su presupuesto (Ministerio de Hacienda), condenas contra la nación, debe pagar a los menores Iliana y John Jairo Jiménez Londoño, representados por su madre natural Rosa Elena Londoño Marín y a ésta misma, como indemnización la suma de treinta millones ciento sesenta y un mil pesos ($30.161.000) M/cte., o la cantidad mayor o menor que se le fije mediante peritos, o, lo que se pruebe en el curso del debate correspondiente, dentro del término de treinta (30) días a partir de la ejecutoria de la sentencia que recaiga sobre esta demanda, al tenor del Art. 121 del Código Contencioso Administrativo.

"3o. En las condenas anteriores quedan incluidas las sumas por perjuicios materiales en sus conceptos de daño emergente y lucro cesante, así como también los perjuicios morales, tomando como base para estos últimos la desvalorización del peso colombiano conforme a reciente jurisprudencia del Consejo de Estado, es decir, considerando que los $2.000.oo a que se refiere el Art. 95 del Código Penal, equivalente a ciento ochenta y siete mil ($187.000.oo) M/cte., actualmente, suma que debe decretarse para cada uno de los reclamantes".

Como hechos, expone el libelo los siguientes:

"*Primero*: En la madrugada del veintidós (22) de junio de mil novecientos setenta y siete (1977), fue asesinado alevemente el señor Gonzalo Jiménez

Quiroz en el perímetro urbano de la cabecera municipal de Tierralta, Alto Sinú, Departamento de Córdoba.

"*Segundo.* Ese crimen se perpetró por unidades de las Fuerzas Militares, concretamente el "Batallón Voltígeros", acantonado en la ciudad de Montería.

"*Tercero.* Los victimarios fueron un Sub-oficial y un soldado que ese día se hallaban en la ciudad de Tierralta, quienes desde las primeras horas de la noche del 21 de junio de ese año 1977, comenzaron a atisbar al señor Gonzalo Jiménez Quiros (a) "El Lalo", apodo por el que cariñosamente lo llamaban sus amistades en Tierralta.

"*Cuarto.* El itinerario de la víctima Gonzalo Jiménez Quiroz (a) "El Lalo" fue el siguiente: El 21 de junio llegó a Tierralta procedente de su finca "Nueva Estación" para hacer una negociación relativa a dicha finca, la cual tenía en convenio con los hermanos Orlando y Froilán Tapia, a quienes el 22 de junio debía otorgarles escritura de compraventa en la Notaría del Círculo de Tierralta. En la tarde del mismo día 21 de junio, fue invitado por el señor Antonio Hoyos Guzmán a tomarse unas cervezas en un bar de esta población y aprovechar arreglar con Lalo el monto de la Comisión que le debía pagar por la venta de la finca, pues dicho señor es Comisionista y fue quien consiguió a los hermanos Tapias como clientes compradores de la misma. Estando "Lalo" (Jiménez Quiroz) con Antonio Hoyos Guzmán, tomándose sentados las cervezas se les arrimó Oscar Ferraro, quien no se sabe con qué pretexto sacó a "Lalo" a pasear en la Parrilla de una bicicleta, pasándolo por el lado de los dos militares, a la vista de ellos, luego volvieron al mismo sitio donde estaba Hoyos Guzmán, éste se retiró y "Lalo" continuó en la compañía de Joaquín Cura y Oscar Ferraro, hasta minutos antes de su muerte.

"*Quinto.* Estando el señor Gonzalo Jiménez Quiroz (a) Lalo, en la cantina llamada "Weekend", Joaquín Cura salió de discusión con una mujer mesera de la misma, circunstancia que sirvió para que Lalo se levantara y se retirara de ese establecimiento, dirigiéndose a su posada, cuando a unos 100 metros de haber caminado lo esperaban los miembros del Batallón Voltígeros, quienes le dispararon y le dieron muerte en plena calle central de Tierralta, en la esquina de las residencias de don Augusto Anaya, ex-director de la Caja Agraria, de doña María Martínez y Rafael Restrepo, exactamente a dos cuadras del "Teatro Tay" donde se encontraban los señores Campo Elías Gutiérrez, Luis Jiménez y Rafael Soto, quienes vieron a los dos militares que dispararon, tras lo cual se encaminaron directamente al Comando de la Policía.

"*Sexto.* El vil asesinato del comerciante, ganadero y agricultor Gonzalo Jiménez Quiroz, causó consternación e indignación entre los habitantes de Tierralta pues era un hombre honesto, trabajador, buen cliente de la Caja Agraria, buen padre de familia, buen marido y mejor amigo.

"*Séptimo.* Conforme a lo que se dice, los miembros del Ejército procedieron a darle baja a Gonzalo Jiménez Quiroz confundiéndolo con un guerrillero, por lo cual dispararon ligera e irresponsablemente contra su humanidad, dejándolo instantáneamente sin vida.

"*Octavo.* Hasta el día de su trágico deceso, 22 de junio de 1977, la víctima Gonzalo Jiménez Quiroz, tenía una renta de veinte mil pesos ($20.000.oo)

mensuales, originados en sus actividades de Ganadero, Agricultor y en los proventos de su finca "Nueva Estación", y criador de cerdos y de la inversión de los Créditos tomados u otorgados a él por la Seccional o Agencia de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero de Tierralta;

"*Noveno.* Esa renta beneficiaba en sus dos terceras partes a sus hijos naturales reconocidos Iliana y John Jairo Jiménez Londoño, de cinco (5) y tres (3) años respectivamente, para la época de su asesinato, hijos del finado con su mujer concubina y única mujer Rosa Elena Londoño Marín, mi mandante, con quien hacía vida marital desde hacía más de 10 años y vivían en comunidad de habitación, precisamente, en la finca "Nueva Estación", propiedad del finado, cuya muerte cruenta por parte de unidades del ejército del Estado Colombiano privó a mi mandante y sus hijos de tales beneficios;

"*Décimo.* Los hijos de mi mandante relacionados en el hecho noveno de esta demanda y ella misma son víctimas de graves perjuicios de orden material y moral, comprendiendo los primeros el daño emergente y el lucro cesante cuya indemnización corre por cuenta de la Nación Colombiana;

"*Undécimo.* Por ese asesinato se abrió investigación penal dentro de la cual la señora Rosa Elena Londoño Marín a nombre de sus menores hijos Iliana y John se constituyeron parte civil por intermedio de apoderado (el suscrito) ante el Juez Segundo Promiscuo Municipal de Tierralta, investigación que posteriormente fue avocada por la Justicia Penal Militar y luego remitida a la 4a. Brigada en la ciudad de Medellín, donde se encuentra actualmente el expediente. Los nombres y apellidos de los miembros del Batallón Voltígeros, sindicados de ese grave delito no pudieron ser obtenidos por el suscrito por el círculo cerrado que las autoridades militares instauraron alrededor del caso, imponiendo obstáculos a los deudos y a sus representantes, como al Abogado Cesar A. Camargo quien inclusive fue víctima de atropello.

"*Duodécimo.* Colorario de los hechos anteriores es que el estado colombiano (La Nación) está obligado a indemnizar a los menores Iliana y John Jairo Jiménez Londoño y a la señora madre de los mismos Rosa Elena Londoño Marín, de los perjuicios que le han sido ocasionados por la muerte prematura y violenta de Gonzalo Jiménez Quiroz (a) "Lalo", quien el día de su muerte contaba 35 años de edad, teniendo pues por delante todavía 40 años de vida que disfrutar conforme a las reglas contemporáneas de las Compañías de Seguros de Vida, extremo éste que al lado de la edad de los damnificados han de tenerse en cuenta para decretar la indemnización.

"*Décimo tercero.* Verificadas las cuentas aritméticas en la forma más prudente se tiene el siguiente resultado:

"a) Valor de los perjuicios materiales derivados de la muerte violenta de Gonzalo Jiménez Quiroz, comprendiendo el daño emergente, la suma de $20.000.000.oo.

"b) Valor de los perjuicios materiales derivados de esa muerte violenta, comprendiendo el lucro cesante, la suma de $9.600.000.oo.

"c) Valor de los perjuicios morales, derivados de esa muerte decretando $187.000 para cada uno, incluyendo la poderdante $30.161.000.oo".

En derecho, citó como violados los artículos 16 de la Constitución Política y 4o. y 5o. de la "Convención Americana sobre Derechos Humanos".

El proceso ha sido tramitado en la forma prevista por la ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se procede a dictar sentencia con las consideraciones que siguen.

I. EL CONCEPTO FISCAL

La Doctora Edné Cohen Daza, Fiscal 2a. de la Corporación, expone en su concepto de fondo:

"Ha sido reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado, en el sentido de exigir para la prosperidad de las acciones indemnizatorias por falta o fallas de la administración, se den por demostrados tres elementos axiológicos a saber:

"1. La falta o falla del servicio que la Nación está en la obligación de prestar a todos los ciudadanos residentes en Colombia.

"2. Un perjuicio, éste debe ser cierto, determinado y determinable, y,

"3. La relación de causalidad entre el primero y el segundo elemento.

"Dentro de este proceso, tales requisitos no se han cumplido.

"En efecto, de las pruebas aportadas al proceso, declaraciones de terceros (fls. 34, 35, 59 a 85) rendidas ante el Tribunal Contencioso de Córdoba), la constancia del Capitán Jorge Peña Morales. Ayudante de Comando, de la Cuarta Brigada con sede en Medellín (fl. 87 vto.) del oficio de febrero 25 de 1981 distinguido con el número 0099/JQUDI (fl. 94 C. 1), certificado de defunción expedido por el Notario Unico del Círculo de Tierralta, (fl. 4 C. 1); no se puede colegir que el señor Gonzalo Jiménez Quiroz hubiera encontrado su muerte a manos de miembros del Ejército Nacional, como se expresa en la demanda y por tanto la falla del servicio no aparece configurada.

"Solamente y con base en la declaración rendida por el doctor César Alemán (fl. 29 C. 1) ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Córdoba, por comisión del H. Consejo de Estado, se puede concluir que el cadáver del señor Jiménez se encontraba en el Comando del Batallón de Tierralta y que le fue entregado al Dr. Alemán después de superadas algunas dificultades, en su calidad de representante de la señora Elena Londoño Marín; dicho profesional afirma que en lo relacionado con la "muerte del señor Jiménez *nada me consta* porque aunque yo voy con frecuencia a Tierralta cuando ella acaeció yo me encontraba en Montería después de (sic) enterés porque dos señoras que llegaron diciendo ser una esposa y la otra pariente del señor Gonzalo Jiménez me lo manifestaron y me solicitaron que interviniera cuanto antes en nombre de ellas ante el comandante del ejército que tiene su sede en esta ciudad para que el cadáver del finado fuera entregado a ellos y no lanzado al río Sinú como según ellas mismas me dijeron había amenazado alguien en el Batallón de esta ciudad que haría".

"Sin embargo muchos de los declarantes coinciden en afirmar que el señor Gonzalo Jiménez fue asesinado en la vía pública en las horas de la noche y allí en la calle fue visto su cadáver.

"No pueden entonces prosperar las súplicas de la demanda, cuando no se pudo establecer plenamente la forma en que ocurrieron los hechos, de suerte que pueda reconocerse la responsabilidad de la Nación.

"Lo anterior es suficiente para que esta Agencia del Ministerio Público solicite al H. Consejo de Estado, deniegue las súplicas contenidas en la demanda, por falta de pruebas".

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La prueba testimonial es deficiente en sumo grado. No permite saber cómo sucedieron los hechos.

a) Manuel Tapias Orozco (folio 38), conoció a la víctima 60 días antes de su muerte, relata que le compró un inmueble rural y que llegó del campo a "Tierralta" el 22 de junio de 1977, a correr la respectiva escritura pública de compra venta y supo que su vendedor, Gonzalo Jiménez, había sido asesinado la víspera.

b) Froilán Antonio Tapias Orozco (fl. 41) hermano del anterior, declara en idéntico sentido del citado testigo.

c) Oscar Ferraro (folio 42), estuvo con la víctima la noche de su sacrificio, consumiendo licor hasta pocas horas antes del asesinato, se retiró a su casa a las 3 a.m., del día de los sucesos y solo al amanecer del día siguiente supo de la muerte de Gonzalo Jiménez y agrega: "...pero se comentaba que lo había matado el ejército".

d) Emilio Cura Sánchez (folio 44), dice:

"Unas horas antes de la muerte de él me llamó él a mí en un bar que llaman el Wilquen iba pasando yo con Oscar Ferraro nos brindó unos tragos donde se encontraba con una muchacha para decirnos corrijo decirme, que él me debía una plata de una comisión de una finca y me la daba al día siguiente a las 10 de la mañana que la tenía depositada donde el señor Héctor Monsalve nos hemos toamado unos tragos al decirme él esa razón y nos despedimos de él y nos fuimos para la casa y él quedó tomando con la muchacha de cuestiones de él con desacuerdo conmigo jamás lo hubo".

e) Enrique Anaya Fernández (folio 46), residente en la casa frente a la cual fue asesinado Jiménez, declara:

"Contesto: Si por estar yo habitando en esta ciudad y en la esquina en donde fue muerto el señor Gonzalo Jiménez Quiroz la noche en que lo mataron sentí dentro de mi residencia unos cuantos disparos sorprendido por ello me levanté seguí hacia la pieza de la esquina donde dormían mis hijos para constatar el estado en que ellos se encontraban observé que todo estaba normal dentro de la residencia pero me llamó la atención ciertas voces que escuché en la calle, abrí la puerta salí y observé el cadáver del amigo Gonzalo Jiménez Quiroz lo que me sorprendió por tratarse de una persona a quien yo conocía desde muchos años de quien tenía un gran concepto por su intachable conducta dentro del conglomerado, al levantamiento del cadáver hice acto de presencia y entre unos y otros se comentaba que había sido asesinado por la justicia o las autoridades colombianas dizque por tildarlo de bandolero".

f) Rafael Antonio Restrepo Sánchez (folio 47) no presenció los hechos y solo supo la muerte de Jiménez al día siguiente de ocurrida.

g) Campo Elías Gutiérrez (folio 48), dice:

"Sé que lo asesinaron villanamente no lo conocí, sé de sus buenas relaciones comerciales en esta ciudad fueron magníficas y vuelvo repito que a pesar de ser tan popular como yo en esta tierra no hubiera tenido el gusto de conocerlo porque todo el mundo habla bien de él principalmente era pundoroso con sus negocios a cada paso raramente que no lo haya conocido ya él calaba en este pueblo inclusive yo soy despachador de buses aquí Empresa Tucura y una vez que despachaba el bus se presentó un señor con una señora creó era moza de él que sí la conocía o la conozco llegaron a preguntarme si se había embarcado en el bus que salió el Lalo a lo cual yo respondí que lamentaba mucho pero yo no conocía al Lalo así lo llamaban de sobre nombre. El representante de la parte demandante solicita con la venia del H. Magistrado le conceda la palabra para interrogar al testigo, la que fue concedida y preguntó: Diga si es cierto que en la madrugada del 22 de junio de 1977, minutos antes de los disparos que eliminaron a Lalo usted se encontraba junto con otros señores llamados Rafael Jiménez y Rafael Soto, a unas dos cuadras, exactamente en la esquina del teatro Tey y allí se oyeron las detonaciones que mataron a Lalo según después pasaron por ahí muy cerca de ustedes dos sujetos que vestían pantalones caqui y pisaban con el estilo característico de militares, sombreros vueltiaos (sic) quienes se encaminaron directamente al Comando de la Policía de esta ciudad. Contesto: No puedo dar ningún testimonio sobre la pregunta que se me hace porque esa noche yo estaba muy borracho yo estaba en el establecimiento del Memo es todo lo que tengo que decir".

h) Luis Jiménez Díaz (folio 51), no presenció los hechos y en su relato se aprecia el temor de sindicar a alguien en el referido asesinato. Dice así:

"Sobre ese particular puedo manifestarle lo siguiente: la noche en que el señor Lalo Jiménez fue muerto violentamente en la calle de Tierralta estuve antes del suceso tomándome unos tragos con un amigo de nombre Campo Elías Gutiérrez en un bar ubicado en el centro de Tierralta el cual por ser tarde ordenaron cerrarlo porque invité a ese amigo que fuéramos a otro establecimiento distante a tres cuadras a donde estábamos, cuando salimos y llegamos al frente de un almacén del señor Jude Jalilie ahí nos encontramos con un amigo de apellido Soto que vive en los Morales nos pusimos a conversar en la calle cuando oímos unas detonaciones o tiros estábamos comentando qué era lo que había sucedido cuando por la misma calle del lugar de los tiros hacia la plaza observamos que venían dos personas con mucha prisa sombrero bastante gacho y hasta nos comentamos que posiblemente esos sujetos eran los de los tiros pues aún desconocíamos que habían matado alguien (sic) yo invité a los compañeros a que siguiéramos a esos tipos para establecer quiénes eran y hasta donde llegaban propuesta a que Campo Elías y Soto se opusieron rotundamente casi al momento se presentó una muchacha que venía del lugar de donde habíamos oído los tiros y nos dijo que habían matado a Lalo Jiménez en la esquina donde vive Augusto Anaya, nosotros ni siquiera llegamos hacia allá para evitarnos problemas de declaraciones y demás cosas que nos conllevan a servir testigos. Si algo más supiese con certeza en este asunto mi formación moral y católica me obligaría decirlo sin tener temor a ninguna clase de repre-

salia por lo que extraño o extrañé que en meses pasados a través del periódico del Espectador se encontrase publicadas unas declaraciones del doctor Palomo Romero en la que anunciaba a la Nación por la muerte violenta de Lalo Jiménez a mano de miembros de la fuerza armada y citando como testigo de este hecho al señor Campo Elías Gutiérrez, a Soto y a mi persona sin tener en cuenta que esta clase de publicaciones fácilmente podían poner en peligro nuestras vidas si es que se rumora que Lalo Jiménez murió a mano de asesinos a sueldo nada sería extraño que para silenciar a los testigos que él citaba desde cualquier lugar nos podían dar cualquier tiro. En este estado el representante de la parte demandante solicita la palabra al señor Magistrado Sustanciador para interrogar al testigo la que fue concedida y pregunto: Diga el declarante si usted y sus compañeros pudieron haberse dado cuenta cómo vestían los dos señores que venían corriendo después de los dos tiros, dónde se metieron y qué dirección tomaron y qué se comentó al día siguiente sobre esos dos señores si se decía o no que eran miembros del ejército. Contestó: Los dos sujetos corriendo no venían sí se les notó bastante prisa al andar estaban vestidos de civil sin prendas militares, la dirección que llevaban conduce también al Comando de la Policía de esta ciudad y los rumores que se tejieron al día siguiente era de que los sujetos de marras eran unos suboficiales de la Policía o del Ejército que después del crimen se presentaron ante el Comandante de la Policía en ese entonces no recuerdo el nombre y dizque dieron como parte que acababan de dar de baja a un guerrillero".

i) Rafael María Soto Mass (folio 54), declara:

"Contesto: Yo no tengo conocimiento vi el cadáver porque iba para un barcito que se encontraba más adelante donde se encontraba el cadáver eso fue como a la medianoche sé que era el señor Gonzalo Jiménez porque había un corrillo entonces hicieron comentario que ese era el señor Lalo Jiménez".

j) Adalberto Brunal (folio 55), no conoció a la víctima, no presenció los hechos y obviamente ninguna luz puede aportar sobre la forma como sucedieron.

k) Efraín Barbosa Martínez (folio 56), dice:

"Contesto: Bueno yo eso apenas oí los disparos y después cuando la bulla de la gente me asomé y lo vi tendido al señor Lalo, poco rato lo levantó la policía".

l) Gustavo Paternina Vidal (folio 57), dice:

"Contesto: Supe que lo habían matado en el barrio 19 de marzo al lado del señor Augusto Anaya esa muerte se le acumularon a la Fuerza Armada porque ellos fueron los que levantaron el cadáver de ahí y lo llevaron a la ciudad de Montería de ahí en adelante no sé qué curso tomó el asesinato".

m) Filadelfo Castellanos Anaya (folio 5o.), declara así:

"Contesto: Solamente me consta que hacía más o menos (sic) me dijo el señor Jiménez Quiroz a mi persona que lo estaban persiguiendo para matarlo le pregunté tú no sabes quien son (sic) más o tres personas que me persiguen pero yo no sé entonces yo le dije que saliera y buscara un cliente y vendiera la finca y saliera que más vale estar vivo que estar muerto se fue. Al poco tiempo

regresó y me dijo que había conseguido unos señores que le iban a comprar la finca y le dije que no se pusiera a discutir precio que lo hiciera a cualquier precio porque el tenía que vivir así lo hizo, la vendió, hizo un viaje para esa tierra de Turo y me dijo que le habían gustado esas tierras por allá y por tanto se iba para allá, como a las ocho días se presentó a la Notaría a mi cargo y me dijo que le hiciera el favor de hacerle un permiso dirigido al alcalde con el fin de trasladar unas cincuentas reses más o menos, mulas y bestias caballares, entonces le pregunté que si quien le iba a hacer ese traslado de esos animales y el me contestó que él personalmente lo iba hacer y le dije ya usted está loco busque dos o tres y mande eso ya que usted me ha dicho que lo están buscando para matarlo y en el camino lo pueden matar él no hizo caso. El día siguiente se presentó nuevamente y me dijo don Filadelfo ya mandé los animales ahora quiero que me haga un favor de hacerme la escritura de la finca que vendí porque estos señores quieren (sic) vienen conmigo a firmarla pasado mañana les exige todos los papeles que se necesitan para elaborarle la escritura y me los llevaron, elaboré la escritura se presentaron los adquirientes o compradores y él no se presentó yo desesperado y preocupado me acosté como de costumbre de ocho y media a nueve, al día siguiente como de costumbre me levanté a las cuatro y media de la mañana y me dirigí al mercado público allá oí varios señores que decían mataron al Lalo Jiménez en la esquina donde vive doña Atalia de Anaya yo no me presenté ahí porque me dio rabia".

n) Abraham Salcedo Castro (folio 64), declara:

"...Tengo la seguridad que el señor Jiménez Quiroz fue un hombre que por su dedicación al trabajo le servía mucho a la comunidad de Palmira inclusive, hasta cuando un día cualquiera la sociedad de Tierralta fue sorprendida una mañana cualquiera con la muerte violenta de Lalo en un sector céntrico de la población de Tierralta, frente a la casa de don Augusto Anaya. Todos los que conocimos a El Lalo nos causó sorpresa cuando al día siguiente autoridades del Ejército se llevaron el cadáver para Montería, específicamente para el Batallón, y luego manifestaban en boletines que la radio dio a conocer, en el sentido de que Lalo había sido muerto como guerrillero en un enfrentamiento con el Ejército. Mayúscula fue nuestra sorpresa cuando supimos en Tierralta que el cadáver se negaban las autoridades del Ejército a entregárselo a su mujer y sus familiares que se hicieron acompañar por un distinguido abogado, muy conocido nuestro, como es el Dr. César Alemán. En cuanto a su personalidad manifiesto que era la de un hombre trabajador y honrado, dedicado al cultivo de la tierra y a la ganadería. Esto me da la impresión que su renta de trabajo no sería inferior a $30.000.oo mensuales, y tal vez por ello el Lalo gozaba de buen crédito, tenía buenas relaciones, vestía bien y mantenía a su mujer e hijos como debe mantenerse cuando se tiene una buena posición económica".

o) Servulo Epigmenio Cogollo Lozano (folio 60), Rosa Elena Fernández de Nieves (folio 61), y José H. González (folio 62), no declaran sobre los hechos referentes a la muerte de Gonzalo Jiménez sino sobre su buena conducta.

p) Solo queda la declaración del doctor César Alemán Camargo (folio 8) quien en nombre de la familia de Gonzalo Jiménez reclamó, en Montería, el cadáver de éste. Dice así:

"De la muerte del señor Jiménez nada me consta porque aunque yo voy con frecuencia a Tierralta cuando ella acaeció yo me encontraba en Montería

después de enteré (sic) porque dos señoras que llegaron diciendo ser una esposa y la otra pariente del señor Gonzalo Jiménez me lo manifestaron y me solicitaron que interviniera cuanto antes en nombre de ellas ante la comandancia del ejército que tiene su sede en esta ciudad para que el cadáver del finado fuese entregado a ellas y no lanzado al río Sinú como según ellas mismas me dijeron había amenazado alguien en el Batallón de esta ciudad que haría. Como las señoras llegaron a mi casa como a la una de la tarde y muy angustiadas yo resolví irme inmediatamente con ellas al Batallón. Me dejaron entrar por la guardia cuando fueron las dos de la tarde solicité a un soldado que al parecer tenía por misión averiguar lo que los civiles van a buscar al batallón con quien podía hablar para efecto de que se devolviere el cadáver de Gonzalo Jiménez. Me contestó que eso con el señor Comandante del Batallón y que por encontrarse él ocupado debía hacer antesala un rato. Me senté a esperar, de pronto entró un sargento regular de estatura claro bastante me preguntó que qué buscaba saqué mi tarjeta profesional y le dije el propósito de mi visita. El sargento inmediatamente montó en cólera y palabras y palabras menos me dijo esto: Estos abogadillos cuando el ejército mata un guerrillero forman un escándalo pero cuando los guerrilleros matan a un soldado nadie dice nada y cuanto más matan mejor, me dijo que posiblemente el Coronel no podía atenderme entonces yo le contesté que yo nunca había formado escándalo por nada, que estaba en ejercicio de un poder que había recibido que yo no estaba sino reclamando un acto de elemental caridad cristiana para que se le entregara el cadáver a los deudos y no fuera arrojado al río. El sargento se enfureció más y otra vez aludiendo a los abogadillos decía que estos se desviven por defender a los guerrilleros pero cuando se trata de un soldado nadie lo defiende ni a nadie le importa que lo maten y que era mejor que me fuera porque de seguro el comandante no me iba a atender. Entonces le dijo Sargento estoy cumpliendo un deber profesional de aquí no me voy mientras yo no hable con el Comandante porque usted no es más que un Sargento y yo no vine a hablar con sargentos y quiero advertirle que si en una hora yo no he salido de este Batallón vivo todas las emisoras de Montería estarán braviando un aviso que dejé pago en ellas de que he sido detenido en este Batallón y una carta está lista para ser enviada al Procurador del Distrito para que solicite mi liberación. Esto se lo dije porque el sargento con palabras soeces que no me atrevo a repetir se dirigía a mí gesticulando y a veces gritando lo que hizo que un grupo de soldados se acercaran al lugar quedando yo totalmente rodeado por los uniformados. El Sargento contuvo sus ímpetus que si hubiera sido esta escena en un lugar solitario de seguro me hubiera asesinado. Se contentó con decirme que yo bien sabía que en las acciones contra los guerrilleros los abogados nada teníamos que hacer sino defender a las guerrillas le dije entonces que yo no estaba defendiendo a ningún guerrillero que solo reclamaba el cadáver de un hombre para ser enterrado como gente y que eso no podía en ningún caso ser motivo para que a un ciudadano se le dijese tantas palabras soeces como las que el me había dicho y que yo era oficial de reservas del ejército que sabía muy bien cuáles eran las obligaciones de los militares y que me dirigiría a su superior inmediato a la cuarta Brigada de Medellín y al Ministerio de Defensa dando a conocer ese maltrato que él me había dado de palabra y además lo publicaría por radio y prensa. Terció un suboficial calmando al sargento al que al fin convenció de que debería dejar hablar con el Comandante. Minutos más tarde me recibió el Comandante éste fue todo cortesía conmigo y me manifestó que

comprendiera el estado anímico del personal que se encuentra enfrentado día y noche en el monte a la guerilla que no le prestara atención al incidente con el sargento que él lo sancionaría y que el cadáver no podía entregármelo porque se quería evitar reacciones o actos multitudinarios contra el orden público en el sepelio de Gonzalo Jiménez, agregando que en ningún momento él como comandante había dado orden de tirar el cadáver al río. Le pedí que me ilustrase enseñando el texto de la ley correspondiente acerca del derecho que tiene el ejército de no entregar los cadáveres de los guerrilleros caídos en acción de guerra me dijo que era para salvaguardar el orden público que los ánimos estaban exaltados en Tierralta, que había muchos comentarios y que era mejor evitar enfrentamiento entre las autoridades y la población civil entonces le dije que yo con esas razones no podía ir donde mis clientes que yo necesitaba el cadáver de Jiménez. El comandante habló por espacio de diez minutos sobre los inconvenientes de entregar el cadáver y ante mi insistencia al final él me propuso entregarme el cadáver bajo de mi palabra de honor de que no sería sepultado en Tierralta sino en Montería. Considerando que mi cliente haría honor a mi promesa acepté. Salí del Batallón le comuniqué a las dos señoras que esperaban afuera lo acordado con el Comandante ellas dijeron que estaban de acuerdo. Regresé de nuevo al despacho del Comandante dije que estábamos acordados que tenía la seguridad que mis clientes cumplirían lo pactado, nos dimos la mano el Comandante y yo en señal del compromiso y él dio la orden de que entregaran el cadáver. Cuando salía por la puerta de guardia el sargento a que aludí desde una distancia como de 20 metros me despidió con una cadena de insultos y ofensas a mi persona y a la de mi madre. El cadáver fue sepultado aquí en Montería. Tiempo más tarde me enteré accidentalmente al ir a atender a un vecino mío acusado de tener una escopeta en su finca y de otras cosas más que yo aparecía en los libros del ejército fichado como célula urbana del E.P.L. Tuve que demostrar ante el Comandante quién era yo ideológicamente hablando y lo autoricé para que charlase con el mismo Gobernador de Córdoba a fin de que el ejército no tuviera la menor duda de lo que yo afirmaba y para que no siguiera desorientado el ejército y pudiera distinguir entre sus enemigos y amigos. Año y medio más tarde a raíz de una investigación por tráfico de marihuana que capturó el ejército en Ayapel mi casa fue allanada sin orden de ninguna autoridad por personal civil al servicio de la Policía y desde entonces estoy entredicho porque según el ejército ganarse unos honorarios reclamando el cadáver de un guerrillero es igual hacer célula urbana del ejército de liberación popular eso es todo".

Naturalmente este un indicio incriminador, no solo de la autoría del asesinato por parte de los uniformados, sino del poco respeto por la vida humana, por los profesionales del derecho y por los más elementales principios morales y jurídicos, todo ello, desafortunadamente, convertido en norma de conducta de altos, medianos y bajos oficiales de las fuerzas armadas, en los últimos años.

Sinembargo, no podría edificarse sobre este solo indicio una condena al Estado Colombiano.

No habiéndose demostrado la falla del servicio, se impone la absolución para la Nación.

q) A folio 87 vuelto del cuaderno principal aparece la constancia de la 4a. Brigada, medellín, de octubre 21 de 1980, en que consta que por la muerte de

Gonzalo Jiménez Quiroz se adelantó el proceso número 238 radicado en el Batallón "Voltígeros" el cual, para tal fecha, se encontraba en consulta de la sentencia de cesación de procedimiento, en el Tribunal Superior Militar, por envío del expediente con fecha 21 de marzo de 1979.

Con base en lo anterior, la Sala dictó auto para mejor proveer, ordenando solicitar al Tribunal Superior Militar copia auténtica de todo lo actuado en el referido proceso (fl. 117).

El oficio pertinente fue devuelto (fl. 123) con constancia secretarial del Tribunal Superior Militar, según la cual no se inició sumario alguno por la muerte de Gonzalo Jiménez Quiroz.

La contradicción entre los dos documentos, es manifiesta, hasta el punto de que uno de los dos debe ser falso y según sea uno o el otro, pudo hacer fraude a la justicia o interferir su recta administración por lo que se ordena el envío de la Procuraduría General de la Nación, de ambos documentos oficiales, del auto para mejor proveer y de esta sentencia, para los efectos legales pertinentes.

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: Deniéganse todas las súplicas de la demanda.

Segundo: Envíese copia auténtica de los documentos 87, 123 y 117 del expediente, a la Procuraduría General de la Nación, para los efectos legales pertinentes, lo mismo que copia de la presente sentencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Jorge Valencia Arango, (Presidente de Sección), **Jorge Dangond Flores, Eduardo Suescún Monroy, Carlos Betancur Jaramillo.**

Félix Arturo Mora Villate. Secretario.

Se deja constancia que la presente providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. PRUEBAS RENDIDAS EN EL PROCESO PENAL. VALOR LEGAL EN EL JUICIO CONTENCIOSO.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, D.E., mayo diecinueve de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Eduardo Suescún**

Actor: **Carlos Julio Guatavita y María Araminta García de Guatavita**

Referencia: Expediente No. 2.603

Los señores Carlos Julio Guatavita y María Araminta García de Guatavita en su nombre y en el de sus menores hijos presentaron demanda con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera. Declárase a la Nación Colombiana (Ministerio de la Defensa Nacional) responsable de la muerte del joven Carlos Jairo Guatavita García, hecho que tuvo lugar el día diecinueve (19) de julio de mil novecientos setenta y siete (1977), en la ciudad de Villavicencio, Departamento del Meta, a raíz de los disparos que le hizo, por la espalda, un miembro de la Policía Militar de nombre Luis Casas Castro o Luis Alberto Casas Castro.

"Segunda. Como consecuencia de la anterior declaración, la Nación Colombiana (Ministerio de la Defensa Nacional) está obligada a pagar a María Araminta García de Guatavita y Carlos Julio Guatavita, padres del occiso, y a sus hermanos: Ana Lucía, Miguel Antonio, Doris Yolanda, Héctor Gustavo, Gloria Inés, Sandra Patricia y Miriam Adriana Guatavita García, el valor ó monto de los perjuicios de todo orden: Morales y Materiales, que se les ocasionó con la muerte de Carlos Jairo Guatavita García.

"Tercera. Ordénase la actualización del valor o monto económico de los perjuicios ocasionados a los demandantes, en armonía con la depreciación monetaria nacional y hasta la fecha del posible cumplimiento del fallo que condene a la Nación (Ministerio de la Defensa Nacional) al pago de los mismos, y efectúense, además, los incrementos y reajustes en los ingresos monetarios del difunto, en forma anual.

"Cuarta. Respecto de los llamados Perjuicios Materiales (daño emergente y lucro cesante), distínguense dos (2) distintos períodos: a) El de la indemnización debida y b) el de la indemnización futura.

"Quinta. Los perjuicios morales subjetivos se pagarán a los padres y hermanos del difunto, ya mencionados atrás, con el valor o monto económico que para la fecha del posible cumplimiento del fallo condenatorio, tengan un mil gramos (1.000 grs.) de oro, de acuerdo con el valor de compra del mismo metal por parte del Banco de la República, y subsidiariamente, con el valor que para aquella fecha representen Dos Mil Pesos ($2.000.oo) M/C. de la época de estudio y puesta en vigencia del artículo 95 del Código Penal: 1934-1937.

"Sexta. Se pagarán los gastos del proceso a los demandantes.

"Séptima. Se pagarán los intereses corrientes de las sumas totales que resulten a cargo de la Nación (Ministerio de la Defensa Nacional), desde cuando el fallo deba cumplirse y hasta cuando efectivamente se cumpla.

"Octava. La Nación dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 121 y 122 del C.C.A." (fl. 13-13v).

Como hechos de la demanda afirmaron:

"1o. El día diecinueve (19) de julio de mil novecientos setenta y siete (1977), en la ciudad de Villavicencio, Departamento del Meta, en el curso del desarrollo de un Campeonato Infantil de Basquet Ball, se realizaban algunos partidos de ese deporte, en horas de la noche, en el Coliseo.

"2o. Carlos Jairo Guatavita García, quien además de ser profesor era deportista, no pudo conseguir boletas o pases para presenciar uno de los partidos que estaban en desarrollo, pero como era conocido y amigo de los organizadores del evento, y, además, tenía que ver con la niñez en materia de enseñanza, se acercó a la puerta de entrada al espectáculo, con el propósito de conseguir un contacto con los organizadores que se encontraban dentro del local en donde se desarrollaban los partidos, para que le permitieran el ingreso deseado por él. Uno de los miembros de la Policía Militar que en esa noche (19 de julio/77), prestaban allí servicio, no tomó a bien que Carlos Jairo y otros profesores tan jóvenes como él, se agolparan en las proximidades de la entrada del local, y los reconvino, no con buenas maneras precisamente, sino en la forma burda y tosca que los policías y militares suelen hacerlo comúnmente, para que se retiraran del lugar. El finado y los otros aspirantes a ver el espectáculo, no tomaron a bien la forma utilizada por el uniformado y no le obedecieron con la prontitud que éste deseaba en cuanto al retiro del lugar, sino que trataron de explicarle lo que deseaban y aspiraban a obtener, o sea el ingreso a los partidos, con la orden de quienes estaban dentro del local llevando la dirección de tales partidos. Esta circunstancia, lógica, normal, no le gustó al Policía Militar, quien sintiéndose desautorizado la emprendió físicamente contra los jóvenes. Estos, al observar tal conducta, peligrosa para su salud e integridad, corrieron desde ese lugar, y a través del parque de los estudiantes, a buscar protección. El Policía Militar, viendo que ya no los tenía a su alcance para golpearlos, comenzó a disparar haciendo impacto en el cuerpo de Carlos Jairo, y por la espalda, en varias oportunidades, con su arma de dotación oficial, hiriéndole de suma gravedad. Levantado del sitio en que cayó, y llevado a la clínica Meta, de Villavicencio, falleció en ella más o menos a las 11.10 de la noche del 19 de julio de 1977. Las heridas le fueron ocasionadas más o menos a las 8 y media de la noche.

"3o. En la fecha de su trágica y absurda muerte, Carlos Jairo apenas rebasaba los 21 años de edad, es decir que tenía toda la vida por delante y estaba comenzando su vida productiva tanto en el campo laboral como en el económico. Vale decir, ya ganaba dinero para su sostenimiento personal y el de los suyos: Padres y hermanos, pero con el correr de los tiempos hubiera desarrollado una labor más productiva y fructífera, que ser maestro de escuela primaria, segunda categoría en el escalafón, en la escuela "Caños Negros", Municipio de Villavicencio, Departamento del Meta, en donde obtenía mensualmente un sueldo promedio, con primas de alimentación y prima de Navidad, de Tres Mil Seiscientos Cuarenta y Tres pesos con 50/100 M/C. ($3.643.50).

"4o. La muerte de Carlos Jairo ocasionó tanto a sus padres como a sus hermanos, un profundo dolor moral y congoja impredecible, por el amor que mutuamente se profesaban.

"5o. Antes de los disparos mortales, hechos por el Policía Militar, Carlos Jairo gozaba de salud completa, por eso estaba interesado en presenciar los

eventos deportivos atrás expresados, y por eso pudo correr a través del parque de los estudiantes, para ponerse a salvo del ataque torpe e insólito del Policía, sin lograrlo.

"6o. La muerte de Carlos Jairo, como es obvio, ocasionó a sus parientes perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante), grandes y ciertos, y perjuicios morales subjetivos indudables.

"7o. El sostenimiento del hogar, en cuanto realmente le alcanzaba con el bajo sueldo que obtenía en su trabajo de educador (maestro de la escuela primaria de "Caños Negros", Municipio de Villavicencio), corría a cuenta del fallecido, por cuanto sus hermanos son todos menores de edad, su padre es inválido, y consecuentemente, no apto para el trabajo y su madre, por fuerza de los hechos, se dedica al cuidado del padre inválido y de sus hijos menores. Y tiene que hacer ella esta labor personalmente, porque no puede darse el lujo de pagar servicio o empleada que los cuida. En consecuencia de lo anterior, Carlos Jairo, responsable como era, —de otro modo no hubiese tenido el cargo oficial de educador—, nunca tomaba para sus propios gastos un cincuenta por ciento (50%) de su ingreso económico de cada mes, sino, a lo sumo, un veinticinco por ciento (25%), como ha sido la jurisprudencia tradicional y muy acertada del Honorable Consejo de Estado, Sección Tercera. El setenta y cinco por ciento de sus dichos ingresos (75%), lo destinaba a sus padres y hermanos menores: al sostenimiento forzoso de ellos.

"8o. El Policía Militar que le dio muerte a Carlos Julio, mediante la utilización irresponsable de su arma de fuego de dotación oficial, el día y hora de los hechos, estaba de servicio". (Fls. 13v-15v).

Fundamentos de derecho:

Como fundamentos jurídicos la demanda invocó los Arts. 16, 20 y 51 de la Constitución; el Estatuto Orgánico de la Policía Nacional y el Régimen Disciplinario de la misma Institución.

Concepto Fiscal:

La señora Fiscal Segunda del Consejo de Estado planteó la solución absolutoria por cuanto las pruebas, consistentes en diversas declaraciones rendidas en el proceso penal, no fueron ratificadas en este juicio de modo que alcanzaran aquí valor legal.

Se considera:

Llegado el expediente para fallo el señor Consejero Sustanciador presentó ponencia absolutoria, con base en planteamientos similares a los del Ministerio Público. La Sala, sin embargo, no adoptó la ponencia. Producido el cambio de ponente se ordenó, en auto para mejor proveer, llamar a declarar a varios testigos, quienes, según copias de fls. 76 y siguientes del cuaderno dos, ya lo habían hecho en el proceso penal.

Así se recibieron las siguientes declaraciones de:

a) Eliberth Obando Henao:

"Estábamos prestando servicio en el Coliseo Cubierto "Los Conquistadores", donde se llevaba a cabo un partido de Basket Ball, y un señor como

estudiante quiso escalar un muro como para mirar el partido y parecen que fueron ordenados que se bajaran porque él tenía otro amigo, y se escondieron detrás de un bus, y entonces nos encontramos con el Dragoneante Artunduaga y nos comentó que había unos tipos que querían sabotear al P.M. Polanía, en todo caso se formó la patrulla y nos fuimos a ver qué pasaba con los tipos, ellos salieron en huída como para el lado de la vía central que va para La Esperanza y allí cerca al Coliseo se encuentra un parque y el Dragoneante Casas hizo unos disparos y los tipos se atemorizaron más y uno de ellos se perdió y cuando el otro iba corriendo por el parquecito como rumbo a un barrio que después supe se llamaba el Barcenal o el Barzal, mi Dragoneante le hizo un tiro y se lo pegó por la espalda y el señor se devolvió y nos dijo "me mataron", cayó ahí mismo, se recogió en un carro y luego murió". (fl. 88).

b) Luis Eduardo Tafur Suárez:

"Yo me desempeñaba como Sargento del Ejército, perteneciente a la compañía de Policía Militar. Yo estaba supervigilando los puestos de servicio de Policía Militar en los alrededores del Coliseo; a eso de las veintidós horas aproximadamente, cuando sucedió este hecho: el dragoneante Luis Alberto Casas se encontraba prestando servicio en la puerta principal del Coliseo; este servicio se prestaba por motivo de unos eventos deportivos infantiles y escolares. En determinado momento se acercó al soldado Casas, que se encontraba prestando servicio, un individuo, acompañado de otro y le lanzó un puntapié al soldado o sea al dragoneante; este mismo individuo en el momento en que le lanzó el puntapié salió corriendo hacia o en dirección al parque de los Estudiantes, viendo esto el soldado que se escapaban el soldado salió detrás de ellos acompañado por otro policía Militar, este Dragoneante hizo varios disparos, un disparo de esos hizo impacto con el individuo que iba corriendo el cual quedó herido y ellos mismos, los militares lo llevaron a la Clínica". (fl. 90).

Y con estas dos declaraciones de personas que estuvieron en el desarrollo de los hechos, se pone de presente que el 19 de julio de 1977, hacia las 10 de la noche, cuando se cumplía un evento en el coliseo Los Conquistadores de Villavicencio, se presentó un incidente entre la patrulla militar que prestaba servicio de vigilancia en la puerta principal y dos ciudadanos jóvenes que trataban de escalar un muro para ver el partido. Estos al ser rechazados por los soldados, le dieron un puntapié a un agente y salieron corriendo.

La patrulla emprendió entonces la captura de los evasores por las calles adyacentes y el dragoneante Casas hizo unos disparos. Como los evasores continuaron corriendo, el dragoneante disparó de nuevo e hizo blanco en la espalda de uno de ellos, que cayó mortalmente herido.

La víctima resultó ser Carlos Jairo Guatavita García (acta del levantamiento del cadáver, fl. 78 c. 2). Falleció el mismo 19 de julio de 1977 en la Clínica del Meta, como aparece en el registro notarial de defunción (fl. 6); por "herida con arma de fuego, con orificio de entrada en hemitorex posterior izquierdo, región escapular, sin tatuaje y con orificio de salida en región anterior del cuello". (Necropsia, fl. 79, c. 2).

La justicia penal militar adelantó la investigación y llamó a juicio al dragoneante del ejército Luis Alberto Casas por homicidio culposo en la persona de Carlos Jairo Guatavita. El primer veredicto absolutorio, fue decla-

rado contraevidente. Un segundo veredicto en igual sentido, hubo de ser acogido. (Fls. 76-118, c.2).

La falla del servicio se pone de presente en este caso por cuanto el agente de la policía militar implicado, si bien pudo dar voces de alto, para realizar la captura hizo uso irresponsable de su arma de dotación: disparó al cuerpo y dio muerte a un ciudadano quien, aunque desobedeció las órdenes de intimación de la autoridad, no ofrecía en ese momento peligrosidad ninguna, no había cometido infracción de trascendencia y podía ser capturado posteriormente, o en ese mismo momento, dado que trás de él iban tres agentes entrenados para esa clase de procedimientos. La actitud del militar que disparó resulta por eso contraria a los reglamentos del servicio, que regulan los procedimientos de captura dentro de normas de eficiacia y ponderación, conforme a la variedad de circunstancias que pueden presentarse, pero siempre con la garantía fundamental del respeto por la vida o integridad personal de los asociados.

Establecida la falla del servicio debe reconocerse la responsabilidad civil de la Nación.

En consecuencia se reconocerá indemnización a los padres de la víctima Carlos Guatavita y María Araminta García de Guatavita (fls. 5 y 2) y a sus hermanos Héctor Gustavo, nacido en 1965 (fl. 10); Gloria Inés, nacida en 1966 (fl. 12A) y Miriam Adriana, nacida en 1976 (fl. 11).

A los otros demandantes, los menores Ana Lucía, Miguel Antonio y Doris Yolanda Guatavita García no se les dará ningún reconocimiento por cuanto no acreditaron el parentesco con la víctima. Los registros notariales que presentó la parte actora se limitan a señalar la fecha de nacimiento, sin dar indicación alguna sobre su filiación. (Fls. 7, 8 y 9).

En cuanto a la menor Sandra, debe anotarse que su demanda fue rechazada desde un comienzo (fl. 17v.). La ulterior presentación de su registro de nacimiento sin ninguna petición para que se la considerara como parte (fl. 41 c. 2), carece de trascendencia procesal.

PERJUICIOS MATERIALES:

Está demostrado que Carlos Jairo Guatavita trabajó como maestro en el departamento del Meta del 24 de febrero de 1975 al 21 de octubre de 1976 y luego del 17 de mayo de 1977 al 19 de julio del mismo año, día en que murió (fl. 28, c. 2) y que en este último lapso tuvo una asignación salarial total de $3.594 (fl. 12).

No está demostrado, en cambio, que Carlos Jairo Guatavita hubiese prestado ayuda económica a sus padres y hermanos en forma sistemática. Los cinco testigos que vinieron al juicio a dar información al respecto no fueron lo suficientemente responsivos como para dar convicción plena sobre este punto. (Fls. 34-37), c. 2). Moreno dice que se encontró con Carlos Jairo en Bogotá en 1975 y que él le contó que estaba ayudando a sus padres y hermanos (fl. 37v); todos los testigos residen en Bogotá y declaran sobre hechos que debieron ocurrir en Villavicencio, ciudad donde vivía la familia de la víctima; todos hablan de que el padre de Carlos Jairo sufría una enfermedad y que por eso él no podía trabajar, pero ninguno dice cuál era la enfermedad.

Por todo lo anterior, el simple hecho de que los declarantes coinciden en afirmar que la víctima ayudaba al sostenimiento de su familia, sin dar elementos serios que ofrezcan verdadera credibilidad a sus declaraciones, hace que la Sala no dé por demostrado este hecho, máxime cuando durante la última etapa de su vida la víctima tuvo un largo receso de nueve meses y sólo en sus últimos meses de existencia volvió a recibir salario. (Fl. 28, c. 2).

En consecuencia no se hará ningún reconocimiento por perjuicios materiales.

PERJUICIOS MORALES:

Por este concepto y conforme reiterada jurisprudencia de la Sección se ordenarán las siguientes indemnizaciones:

a) A cada uno de los padres de la víctima, el equivalente en pesos a mil gramos de oro;

b) A cada uno de los hermanos Héctor Gustavo y Gloria Inés Guatavita García, mayores de diez años cuando ocurrió el infortunio, el equivalente en pesos a trescientos gramos de oro;

c) A la otra hermana, de un año de edad para esa época, el equivalente en pesos a doscientos gramos de oro.

Todos esos valores se liquidarán conforme certificado del Banco de la República sobre el precio de compra del oro a la fecha de esta sentencia.

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:

1. Declárase la responsabilidad civil de la Nación en los hechos que ocasionaron la muerte del señor Carlos Jairo Guatavita García.

2. Condénase a la Nación-Ministerio de Defensa a pagar por concepto de perjuicios morales las siguientes cantidades: 1) A cada uno de los señores Carlos Julio Guatavita y María Araminta García de Guatavita el equivalente en pesos a mil gramos de oro; 2) A cada uno de los menores Héctor Gustavo Guatavita García y Gloria Inés Guatavita García el equivalente en pesos a trescientos gramos de oro; 3) A la menor Miriam Adriana Guatavita García el equivalente en pesos a doscientos gramos de oro.

Todos estos valores se liquidarán conforme certificado del Banco de la República sobre el precio de compra del oro en la fecha de esta sentencia, certificado que se adjuntará a la respectiva cuenta de cobro.

Esta cuenta será pagadera a la ejecutoria de esta providencia, en los términos de los artículos 121 y 122 del C.C.A. Pasados treinta días de formulada la cuenta, se causarán intereses moratorios del 24% anual.

3. Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

Notifíquese, comuníquese, cópiese.

Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Dangond Flores, Salvó voto; **Eduardo Suescún Monroy, Carlos Gustavo Arrieta,** Conjuez.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. PRUEBAS TRASLADADAS. Exigencias procesales para dar valor a dichas pruebas. Art. 185 C.P.C.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.

SALVAMENTO DE VOTO DE JORGE DANGOND FLORES

Actor: **María Araminta García de Guatavita y otro.**

Referencia: Expediente 2.603

En el proyecto que presenté a la consideración de la Sala y que no fue acogido la decisión adversa a las pretensiones de la demanda se motivó así:

1. Los hechos constitutivos de la falla administrativa, supuesta en la demanda, no se comprobaron plenamente en este juicio, como era indispensable para obtener un pronunciamiento favorable a las peticiones de la parte actora y por eso se comparten las apreciaciones del ministerio público.

Es jurídicamente imposible, en efecto, dar valor probatorio a diligencias practicadas en el proceso penal y traídas a este expediente sin cumplir las exigencias procesales necesarias para ser apreciadas. Así lo ha expresado esta Corporación al resolver situaciones semejantes:

Ha sido unánime la doctrina y la jurisprudencia extranjera y nacional sobre la eficacia de las pruebas practicadas en un proceso y llevadas a otro en la oportunidad legal sin más exigencias, pero siempre que en ambos se trate de hechos controvertidos por las mismas partes. De manera que si por medio de testimonios, confesión, dictamen pericial u otro medio probatorio se ha demostrado en un proceso penal, por ejemplo, la existencia de determinados hechos y ellos vuelven a ser discutidos por las mismas partes en otro juicio sobre responsabilidad civil, no hay duda de que pueden ser aducidos y apreciados en su valor los resultados precedentes, sin necesidad de repetir las respectivas diligencias judiciales. Pero si al primer proceso no concurrió una persona natural o jurídica y ella aparece como demandada en el segundo, las pruebas trasladadas a éste deben ser ratificadas para que adquieran pleno valor. Así lo dispone el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil al expresar que las pruebas practicadas válidamente en un proceso pueden trasladarse a otro en copia auténtica y se deben apreciar sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se

aduce o con audiencia de ella y, en concordancia, el artículo 229 del mismo estatuto procesal dice: "Para que puedan apreciarse en un proceso declaraciones de testigos rendidas fuera de él sin audiencia de la contraparte, es necesaria su ratificación, para la cual se repetirá el interrogatorio, en la forma establecida para la recepción de testimonios en el mismo proceso".

"Lo escrito por el jurista italiano Francisco Ricci en 1891 se puede repetir ahora, como se ha hecho en anteriores oportunidades al resolver casos similares:

"Lo que da valor a las pruebas practicadas en juicio es que lo hayan sido con la intervención de las partes y previa la observancia de las formalidades establecidas por la ley a modo de garantías de la verdad y de la justicia. Ahora ¿bien: ¿por qué ha de limitarse este valor tan solo al juicio en el cual la prueba hubiere practicado? Se comprende que si sobre el mismo hecho, cuya existencia está demostrada en juicio por una prueba practicada en el mismo, se vuelve a debatir entre otras personas, ésta no puede tener el valor como *res inter alios*, siendo por tanto necesario que se proceda en el nuevo juicio, si por acaso se reprodujese en él la misma prueba, a practicarla con intervención de los interesados. Pero cuando las partes, entre las cuales se vuelve a debatir el hecho, son las mismas, no se comprende por qué razón aquello que respecto de ellas constituye verdad en un juicio, no se ha de considerar como verdad también en el otro. Los resultados de las pruebas no tienen carácter de verdaderos porque se hayan practicado en tal juicio y no en otro, sino en virtud del debate y oposición de las partes y de la observancia de las formalidades establecidas por la ley para practicarlas. Ahora bien: dado que los resultados de la prueba que se invoca en otro juicio entre las mismas partes contendientes, han sido obtenidos observando al practicarlas las formalidades legales, es evidente que debe aprovecharse en el juicio aludido la verdad que tales resultados arrojen". (Tratado de las Pruebas, Madrid. Tomo I, págs. 52-53).

"Y también es pertinente trascribir lo que, de acuerdo con esa exposición doctrinaria, expresó esta Sala en sentencia de 15 de febrero de 1969:

"Es equivocado pensar que por el hecho de que en desempeño de la función penal que asiste al Estado los competentes órganos o funcionarios de éste hayan determinado en un caso dado el delito y el delincuente, la infracción y el infractor, las partes y las resultas de ese proceso sean identificables a las partes y a las resueltas del proceso judicial administrativo. Esa identificación es imposible no sólo porque en el procedimiento penal no es propiamente la administración activa la que concurre, ni la concurrencia es como parte en una controversia, y sí en ejercicio del *jus imperil* encaminado a sancionar, sino también porque los objetivos de aquella actividad punitiva son completamente distintos al restablecimiento del equilibrio patrimonial roto por la desigualdad ante las cargas públicas, que es el objeto de la acción indemnizatoria. Por otra parte, para la contradicción de la prueba es indispensable saber el fin a que se destina, o sea que esté claramente definida la pretensión procesal. El demandado debe saber "lo que se demanda", como lo exige el ordinal 2o. del artículo 84 de nuestro Código Contencioso Administrativo para utilizar los medios de defensa adecuados y poder dirigir su conducta ante los elementos de prueba que presente el actor. Pero en el proceso penal no hay, no puede haber ninguna pretensión contra las personas de derecho público.

"Copias como las que se han mencionado (sentencias de primera y segunda instancia dictadas en juicio penal sólo dan cuenta de la existencia de esos fallos, pero como el presente proceso se ha adelantado contra la persona pública

llamada Nación, que al primero no asistió ni como demandante ni demandada, no puede decirse que se trata de una prueba producida en un juicio ventilado entre las mismas partes, y por lo mismo no se puede dar por probado el hecho originario de responsabilidad estatal, con las características y las consecuencias indispensables para que pudiere proferirse un fallo acorde con las peticiones formuladas en la demanda". (Anales, Tomo LXXVI, Nos. 421 y 422, 1969, págs. 248 y 249).

"2. A este proceso se allegaron las copias de las providencias dictadas en el proceso penal que se adelantó respecto de los hechos ocurridos en Villavicencio el 19 de julio de 1977, pero no se cumplieron las exigencias procesales para dar valor a las pruebas sobre las circunstancias en que perdió la vida el señor Carlos Jairo Guatavita García y demostrar con ellas la falla del servicio".

Considero que frente a esa situación totalmente negativa por el aspecto probatorio no era procedente el auto para mejor proveer autorizado por el artículo 91 del Código Contencioso Administrativo "con el fin de aclarar puntos dudosos u oscuros de la contienda" y de ninguna manera para suplir la falta de actividad de la parte a quien corresponde la carga de la prueba.

Jorge Dangond Flores

Bogotá, mayo 25 de 1983

CAPITULO II

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

NULIDAD DE LO ACTUADO. CARENCIA DE JURISDICCION. Por carencia de jurisdicción. Diferencia entre carencia de jurisdicción e incompetencia de jurisdicción.

ARBITROS Y ARBITRAMENTO. Conformación. Cláusula compromisoria. No puede decidirse en el arbitramento lo relacionado con la cláusula de caducidad.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, D.E., marzo diez de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Carlos Betancur Jaramillo**

Actor: **Eléctricas de Medellín Ltda.**

Referencia: Expediente No. 3.397 Ordinario apelación

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de julio 8 de 1981, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

Mediante ese proveído el a-quo declaró el incumplimiento del contrato No. 150 de 1979 celebrado entre Electrificadora de Bolívar S.A. y Eléctricas Medellín y condenó a aquélla a pagarle a ésta la suma de $1.513.558.oo a título de indemnización de perjuicios.

En la controversia se tuvieron en cuenta los siguientes hechos:

a) Que entre la Electrificadora de Bolívar y Eléctricas Medellín se celebró mediante licitación, el contrato No. 150 de 21 de diciembre de 1979 para el transporte, instalación, obras civiles, pruebas y entregas en la operación comercial de los circuitos aéreos a 66 KV requeridos dentro del plan de desarrollo del sistema de subtransmisión. Al contrato en cuestión se anexaron las especificaciones de la licitación No. 019-79.

b) Que se convino como valor del mismo la suma de $11.839.270 y que el valor final resultaría de multiplicar las cantidades de obra ejecutada y recibida a satisfacción por los precios unitarios estipulados en el formulario de precios de oferta del contratista.

c) Que en la cláusula 5a. se convino la forma de pago, contra presentación de facturas.

d) Que en la cláusula 7a. se indican claramente los plazos para la entrega de las obras; el término de ejecución empezó a partir de la de perfeccionamiento del contrato e inicialmente vencía el 28 de junio de 1980.

e) Que el contratista prestó en su debida oportunidad las garantías con sujeción a la Resolución No. 181 de 1957 de la Contraloría General de la República.

f) Que Eléctricas Medellín inició la ejecución de las obras y cumplió normalmente mientras Electribol cumplió lo de su cargo, pero cuando ésta incumplió se produjeron atrasos que llevaron a la prórroga del contrato, el que debía culminar el 26 de junio de 1980, hasta el 31 de agosto siguiente y que como es obvio produjo un sobrecosto para la demandante, no imputable a la misma.

g) Que Eléctricas elaboró un estudio sobre los perjuicios sufridos en cuantía de $2.334.623.oo.

h) Que a su turno Electribol estimó como el valor de esos sobrecostos la suma de $1.613.058.oo.

f) Que Eléctricas, para evitar una controversia prolongada, reduce sus pretensiones a esta última cifra.

El a-quo para sustentar la sentencia condenatoria, arguyó:

"A folio 2 y siguientes del expediente aparece el contrato No. 150 de 1979 celebrado entre William Murra Sabán en su calidad de Gerente de la Electrificadora de Bolívar S.A. y Mario Restrepo Arango y William Vélez Sierra como representantes legales de las firmas Eléctricas de Medellín Ltda. previa adjudicación de la licitación que hizo la primera de las empresas a la segunda de las mencionadas, como consta en el documento que obra a folio 1o.

"Obran en el expediente (folios 12 a 43) comunicaciones dirigidas por Eléctrica de Medellín a la Electrificadora de Bolívar en los cuales consta que el término convenido para la ejecución de las obras especificadas en el Contra-

to 150-79, sufrió modificación por hechos no imputables a Eléctricas de Medellín, admitido esto por la Electrificadora de Bolívar en comunicaciones que sostuvo con la anterior empresa (folios 29 a 31).

"La Electrificadora de Bolívar S.A. a ruego de Eléctricas de Medellín estudió la situación planteada con relación a los sobrecostos y los estimó en la suma de un millón quinientos trece mil quinientos cincuenta pesos ($1.513.550.oo), por las prórrogas que tuvo el Contrato No. 150 de 1979 (folios 29 a 31).

"A pesar de que Eléctricas de Medellín considera que los sobrecostos por incumplimiento de los términos para la ejecución de las obras ascienden a la suma de dos millones trescientos treinta y cuatro mil seiscientos veintitrés pesos ($2.334.623.oo), con el ánimo de evitar una controversia más prolongada, se limita en sus pretensiones a la suma en que Electribol ha estimado esos mayores costos.

"Probado como se encuentra el hecho de que la empresa demandada incurrió en una omisión de la cual se desprendieron perjuicios para la empresa contratante, omisión consistente en la no realización de trabajos y el no suministro de elementos, imprescindibles para la terminación de las obras dentro del término estipulado en el contrato, perjuicios además reconocidos por la empresa contratante, hay que concluir que se violaron realmente las normas citadas en el libelo de la demanda, y por lo tanto se condenará a la empresa contratante, Electrificadora de Bolívar S.A. al pago de los perjuicios reclamados".

Ya en esta segunda instancia, la señora fiscal colaboradora, en su vista de septiembre de 1982 que obra a folios 117 y siguientes estima que el proceso está viciado de nulidad por incompetencia de jurisdicción ya que el asunto debió ser resuelto por la justicia arbitral. Pero sostiene, además, la mencionada funcionaria que la actora incurrió en seria equivocación al pretender una indemnización de carácter extracontractual, cuando la controversia es de índole contractual, lo que configura una falta de demanda en forma. Agrega finalmente que aún en la hipótesis de que pudiera resolverse el fondo del asunto, ya no existiría el conflicto ante la aceptación que la demandante hizo de la liquidación del valor de los sobrecostos hecha por Electribol.

Para la Sala asiste, en parte, la razón al ministerio público, ya que se configura en el presente proceso la causal de carencia de jurisdicción, no la mal denominada incompetencia de jurisdicción.

Según se desprende la cláusula vigésima quinta del contrato 150 la controversia aquí planteada debió dirimirse por un tribunal de arbitramento. El tenor literal de la aludida cláusula no deja lugar a dudas:

Arbitramento a) "Toda disputa que surja en cuanto a las obligaciones de cualquiera de los contratantes adquiridas en virtud del presente contrato a la interpretación de cualquiera de sus disposiciones, si no se dirime mediante acuerdo mutuo, será remitida al gerente de Electribol, quien comunicará al contratista, la decisión de Electrobol, al respecto y entonces y a opción de cualquiera de las partes y mediante aviso escrito a la otra parte, será dirimida mediante arbitramento. El arbitramento se hará en derecho y se llevará a cabo

de acuerdo con la ley colombiana. El arbitramento tendrá lugar en Cartagena, Colombia.

b) La disputa será presentada a los arbitros en la forma que ellos consideren procedente, y las decisiones de la mayoría de los arbitros, dadas por escrito, serán definitivas y concluyentes y valederas para las partes, y la sentencia que contengan tales decisiones servirá ante cualquier corte de cualquier país.

c) Cada una de las partes pagará sus propios gastos relacionados con el arbitramento, pero la compensación y los gastos de los arbitros se sufragarán en la forma señalada en el fallo arbitral.

d) La obra que pueda ser objeto del arbitramento será continuada diligentemente durante el arbitramento, salvo imposibilidad establecida de mutuo acuerdo.

Vista la cláusula que se deja transcrita, cabe concluir que en el presente litigio se configura la causal de nulidad de carencia de jurisdicción. Esta causal no sólo está contemplada como motivo de nulidad en el Art. 113, ordinal 1o. del C.C.A. (de antitécnica formulación como incompetencia de jurisdicción), sino en el numeral 1) del artículo 152 del C. de P.C.

Como es sabido la justicia arbitral constituye un equivalente jurisdiccional por etero-composición, ya que en ella se conforma el litigio por medios distintos a los seguidos en el proceso judicial y con la intervención de particulares investidos de poder para la solución del conflicto concreto de que se trate.

Esta justicia arbitral está autorizada en la ley y cuando debe operar, la propia, bien sea ordinaria o especial, cede su lugar.

En el caso subjudice su operancia es clara, máxime cuando no invade la órbita de caducidad del contrato, aspecto este último que no puede someterse a este régimen de excepción.

En este orden de ideas, y dada la vigencia de la cláusula vigésima quinta, deberá declararse la nulidad de todo lo actuado desde el auto admisorio de la demanda. La decisión tendrá que hacerse de plano, ya que el motivo no es saneable, además, tampoco podrá enviarse al juez competente porque esto solo es posible cuando se declara la incompetencia pero no la carencia de jurisdicción.

Finalmente y como acotación marginal la Sala observa que dentro del litigio se observa un principio de acuerdo entre las partes. Principio que podría aprovecharse para evitar así el proceso arbitral, el que demoraría aún más la definición de esta controversia y recargaría sus costos. Se hace esta reflexión porque la cláusula transcrita atrás (la vigésima quinta) permite la definición por mutuo acuerdo de las partes contratantes, el que podría concretarse en una transacción.

Por lo expuesto al 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:

Declárase la nulidad de todo lo actuado en el presente proceso por carencia de jurisdicción.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 10 de marzo de 1983.

Jorge Valencia Arango, Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Dangond Flores, Eduardo Suescún Monroy.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CADUCIDAD. Repugna a la lógica y al derecho el que ella se pretenda utilizar cuando ya el contrato ha terminado, por vencimiento del plazo o por terminación de la obra o por cualquier otra causa legal o convencional. INHABILIDAD PARA CONTRATAR como consecuencia inmediata de la ejecutoriedad de la resolución declaratoria de caducidad. PERJUICIOS CAUSADOS AL CONTRATISTA. Art. 197, Decreto 150 de 1976. Aplicación.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, D.E., abril veintiocho de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Jorge Valencia Arango**

Actor: **Confecciones Rahidud**

Referencia: Expediente No. 3143

El ciudadano Rafael Antonio Hidalgo Dueñas, mayor y vecino de Bogotá, en su carácter de propietario de la "Fábrica de confecciones Rahidud", por medio de apoderado en ejercicio de la acción del artículo 67 del C.C.A., formuló las siguientes pretensiones:

"Primera. Que es nula la Resolución No. 5886 de 21 de julio de 1980, mediante la cual el señor Ministro de Salud dispuso: declarar la caducidad administrativa del contrato celebrado entre el Ministerio de Salud y Rafael Antonio Hidalgo Dueñas como propietario de la fábrica "Confecciones Rahidud", de fecha 26 de febrero de 1980, hacer exigible la cláusula penal pecuniaria por $27.646.92 y la póliza de cumplimiento No. 84922 prorrogada por la No. 52734 con vigencia hasta el 23 de julio de 1980; comunicar la caducidad y la exigibilidad a la compañía de seguros, y declarar la inhabilidad del contratista hasta por cinco años, al igual que la Resolución 8866 de 26 de septiembre del

mismo año proferida igualmente por el Ministerio de Salud, mediante la cual se confirmó en todas sus partes la resolución primeramente citada.

"Segunda. Que como consecuencia de la nulidad que se declare, el H. Consejo de Estado disponga que mi poderdante tiene derecho a que el Ministerio le indemnice todos los perjuicios que le ha ocasionado con el incumplimiento de las obligaciones contraídas según contrato de 28 de febrero de 1980, indemnización que debe comprender: el valor de los sesenta y tres (63) vestidos que fueron entregados antes de la declaratoria de caducidad, o sea la suma de $276.469.20; los intereses comerciales de esta cantidad y el valor de los perjuicios morales según tasación que pericialmente se haga en el proceso y, que, igualmente tiene derecho a que se le levanten las sanciones impuestas en los artículos 1o. a 4o. de la Resolución No. 5986 de 21 de julio de 1980;

"Tercera. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia que aquí se profiera, dentro del término consagrado en el artículo 121 del C.C.A., contado a partir de su ejecutoria". (Fl. 7).

LA DEMANDA EXPONE LOS SIGUIENTES HECHOS:

"1. Por comunicación de 9 de enero de 1980 firmada por el jefe de Unidad de Suministros, asistencia administrativa del Ministerio de Salud, se informó a "Representaciones médicas y confecciones Rahidud" que a partir del 7 enero de ese año quedaba abierta por segunda vez la licitación No. SM-18-79, para la adquisición de 63 vestidos de paño de dos piezas para hombre;

2. Con la anterior comunicación se remitió el pliego de condiciones generales y particulares para la licitación y en dicho pliego se consignó: Especificaciones técnicas: paño Indulana. Saco: dos bolsillos laterales en forma de cartera, 1 bolsillo de pecho, 2 botones, forro satinado. Pantalón: pretina en banroll, cremallera de cobre, bolsillos comunes. Color: surtidos".

"3. Antes de que se venciera el término señalado para el cierre de la licitación SM-18-79, o sea el 15 de enero de 1980, Confecciones Rahihud presentó al Ministerio de Salud, División de Asistencia Administrativa, Unidad de Suministros, la cotización No. 0015 que contenía la oferta de venta de los 63 vestidos en las condiciones exigidas, a razón de $4.388.40 cada uno para un total de $276.469.20;

"4. El Ministerio de Salud el 5 de febrero de 1980 profirió la Resolución No. 0524 y en ella adjudicó a "Confecciones Rahidud" el ítem No. 1 correspondiente a la licitación privada No. SM-18-79 por un valor de $276.469.20 e informó tal hecho al adjudicatario con Oficio No. 4841 de 13 de febrero del mismo año suscrito por el jefe de la Unidad de Suministros;

"APARTE B. EL CONTRATO

"1. El 21 de febrero de 1980 con Oficio No. 06503 o 06603, el jefe de la Unidad de Suministros del Ministerio de Salud, envió a Confecciones Rahidud en original y cuatro copias, el contrato sobre la licitación privada No. MS-18-79 y le solicitó a mi poderdante el pronto diligenciamiento del mismo y el envío de los siguientes documentos: garantía de cumplimiento del contrato; recibo

de pago de la publicación en el Diario Oficial; paz y salvos sobre impuesto de renta y complementarios; el pago de impuesto de timbre;

"2. El propietario de 'Confecciones Rahidud' procedió a firmar el contrato y lo devolvió al Ministerio de Salud junto con los documentos que le habían sido exigidos, el 3 de marzo de 1980.

"3. Según el documento que recoge la negociación celebrada entre el Ministerio de Salud y Rafael Antonio Hidalgo Dueñas como propietario de Rahidud, el contratista se comprometió a cumplir las siguientes prestaciones: suministrar al Ministerio de Salud dentro de quince días calendario contados a partir del perfeccionamiento del contrato y del recibo de las correspondientes órdenes de compra, sesenta y tres vestidos para hombre en colores surtidos, confeccionados en paño Indulana, compuestos de dos piezas con las siguientes especificaciones: saco con dos bolsillos laterales en forma de cartera, un bolsillo de pecho, dos botones y con forro satinado; el pantalón, con pretina de banroll, cremallera de cobre y bolsillos comunes. La entrega de estos vestidos debía cumplirse en el almacén del Ministerio de Salud ubicado en la calle 16 No. 7-39, sótano, en presencia de dos funcionarios del ramo de servicios generales (cláusulas primera, quinta, séptima).

"4. En el parágrafo de la cláusula quinta del contrato de fecha 26 de febrero de 1980 se previó la prórroga de los plazos contractuales, de común acuerdo.

"5. Según la cláusula décima primera del contrato, el Ministerio podía 'imponer multas sucesivas de doscientos setenta y seis pesos con cuarenta y siete centavos ($276.47) equivalente al uno por mil (1/1000) del valor del contrato por cada día de mora en la entrega del total de los elementos del presente contrato durante los primeros treinta días, pasados los cuales el Ministerio podrá declarar la caducidad administrativa'.

"6. En la cláusula novena se pactó la caducidad administrativa del contrato mediante resolución motivada por las causas previstas en el artículo 49 del Decreto 0150 de 1976 y en especial por mora superior a los treinta días en la entrega de los vestidos.

"6. El contrato suscrito entre el Ministerio de Salud y Rafael Hidalgo como propietario de Confecciones Rahihud se perfeccionó el 5 de marzo de 1980 fecha en la que el jefe de la Unidad de Suministros le envió al contratista el Oficio No. 00210 diciéndole que habían sido aprobadas las fianzas para garantizar el cumplimiento del contrato.

"APARTE C. EJECUCION DEL CONTRATO

"De esta etapa me permito resaltar los siguientes tópicos:

"1. Perfeccionado el contrato, fue llamado al Ministerio el propietario de Confecciones Rahihud para exigirle que suministrara los vestidos en paño azul no obstante que en el contrato se había estipulado que fueran en colores variados y Rafael Hidalgo dio la orden al departamento de confección para que se elaboraran en este color.

"2. Dos días después uno de los funcionarios de la División Administrativa lo llamó y le dijo que los vestidos debían venderse en paño gris, pero mi poderdante lamentablemente omitió darle estas instrucciones al jefe de producción de Confecciones Rahihud, razón por la cual se confeccionaron todos en color azul. Al darse cuenta mi mandante de esta omisión, envió al jefe de la Unidad de Suministros la comunicación de 25 de abril de 1980, pidiéndole que le recibieran los vestidos confeccionados en paño azul y explicó lo ocurrido;

"3. En respuesta, recibió la comunicación No. 15379 de 2 de mayo de 1980 en que se le decía que consultada la Oficina de Interventoría ésta no había aceptado los vestidos en color azul y que por lo tanto debía entregarlos en paño gris tal como se había acordado;

"4. Ante esta circunstancia mi poderdante se vio precisado a enviar al señor jefe de la Unidad de Suministros del Ministerio de Salud la nota de fecha 9 de mayo que contenía una petición de prórroga para la entrega de los vestidos de 25 días hábiles contados a partir del 9 de mayo de 1980;

"5. El 21 de mayo de 1980 con Oficio No. 17731 firmado por el jefe de la Unidad de Suministros del Ministerio de Salud, se le manifestó a poderdante que se aceptaba la prórroga de 25 días hábiles, pero que debía ampliar las pólizas de cumplimiento.

"6. En vista de este requerimiento mi poderdante procedió a modificar la póliza e hizo llegar al Ministerio del certificado No. 52734 de Seguros Colombia en que tal modificación constaba;

"7. El 24 de mayo de 1980 con comprobante No. 129 la fábrica de Confecciones Rahidud a quien represento, remitió al Ministerio de Salud, División Administrativa, los sesenta y tres vestidos confeccionados en paño Indulana, color gris, cuya compra le había sido adjudicada mediante licitación privada MS-18-79 y formalizada en contrato de 28 de febrero de 1980. Estos vestidos fueron entregados en el almacén del Ministerio de Salud de la calle 16 No. 7-39 de esta ciudad y en su recibo intervinieron el almacenista, el jefe de la División Administrativa, el viceministro y un funcionario de la auditoría, según se desprende del comprobante de remisión No. 129, arriba mencionado;

"8. A más del comprobante de remisión, el mismo 24 de mayo de 1980 se le firmó a la fábrica vendedora, la factura No. 0026 por los señores jefe del almacén central, jefe de la División de Asistencia Administrativa y el revisor de documentos de la Contraloría General ante el Ministerio.

"9. El 2 de junio de 1980 el ordenador administrativo del Ministerio de Salud con Orden No. 33 impartió instrucciones al almacenista-sección papelería para que diera 'de alta sus cuentas por orden de compra local' en el grupo 2-20 los sesenta y tres vestidos entregados por Confecciones Rahidud con factura No. 0028 de 24 de mayo 1980. Esta orden de alta registra las firmas del ordenador administrativo, jefe de la División de Asistencia Administrativa, jefe de la Unidad de Suministros, almacenista general y revisor de documentos de la auditoría.

"10. Un día después o sea el 3 de junio con orden No. 514 el almacén del Ministerio entró al jefe de la Sección de Transportes y dio de baja los 63

vestidos por 'dotación de elementos', según consta en la orden ya referida refrendada con las firmas del ordenador administrador, jefe de División de Asistencia Administratriva y almacenista general del Ministerio de Salud; y

"11. La fábrica de confecciones Rahidud como se deduce de los hechos anteriores, ejecutó satisfactoriamente y en el lugar y tiempo debidos la prestación a su cargo, porque entregó al Ministerio de Salud los 63 vestidos que se comprometió a venderle 13 días antes del vencimiento de la prórroga de 25 días hábiles que se le había concedido con oficio No. 1773 de 1980.

"APARTE D. LAS RESOLUCIONES QUE IMPUGNO

"1. El primer acto administrativo proferido o sea la Resolución No. 5986 de 21 de julio de 1980 proferida por el señor Ministro de Salud, en los seis primeros considerandos hace un recuento de los antecedentes del contrato de 28 de febrero de 1980, celebrado entre ese Ministerio y Confecciones Rahidud; en el séptimo, acepta que el contratista solicitó prórroga para la empresa de los vestidos pero niega que se le haya concedido; en el 8o. afirma que Confecciones Rahidud subcontraró no obstante estarle prohibido por la cláusula décima segunda del contrato; en el considerando 9o. manifiesta que según informe del 7 de julio de 1980 el jefe de la División Administrativa, los vestidos no tenían la calidad ofrecida y que el paño no era Indulana; en el 10o. manifiesta que la fábrica Confecciones Rahidud sólo tiene capacidad para producir blusas; y, finalmente en el considerando 11 se dice que el Ministerio debe declarar caducado el contrato por incumplimiento del contratista de acuerdo al artículo 49 del Decreto 0150 de 1976 y de la cláusula 9 del contrato, es decir, por mora superior a treinta días.

"2. Como consecuencia de este razonamiento que se aparta de la realidad, se declaró la caducidad del contrato, se dijo que era exigible la cláusula penal de $27.646.92; se ordenó comunicar a la compañía de seguros para que pagara el valor asegurado y se declaró la inhabilidad del contratista para contratar con la administración pública durante 5 años.

"3. Esta resolución se le notificó personalmente a Rafael Antonio Hidalgo Dueñas y dentro del término de 10 días se recurrió de ella en reposición. En mi escrito sustentatorio hice énfasis al señor Ministro de Salud en el hecho de que al proferir el acto administrativo recurrido, se había incurrido en falsa motivación, en flagrante violación de normas legales y contractuales y en la improcedencia de la caducidad cuando el contrato ya ha terminado". (Fls. 7 a 9).

Como disposiciones violadas cita el demandante los artículos 30 de la Constitución Política, 1602, 1625 y 1626 del C.C., 49 del Decreto 150 de 1976 y 1o. y 931 del C. de Co.

El proceso ha recibido el trámite previsto por la ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado por lo que se procede a dictar sentencia.

I. EL CONCEPTO FISCAL

La doctora Edné Cohen Daza, Fiscal 2o. de la Corporación, expone en su concepto de fondo:

"La primera petición del actor es la declaratoria por parte de esta Corporación de la nulidad de los actos por medio de los cuales el Ministerio de Salud declaró la caducidad del contrato celebrado por el señor Rafael Hidalgo Dueñas en su condición de propietario de la fábrica de confecciones Rahidud, para la confección de 63 vestidos de paño y posteriormente resolvió el recurso de resposición interpuesto contra el citado acto, por cuanto se considera que la declaratoria de caducidad fue extemporánea por cuanto ya se habían ejecutado las obligaciones surgidas del contrato y por lo tanto éste estaba vencido.

"Teniendo en cuenta el materil probatorio que obra en el expediente, vemos en primer lugar que el contrato celebrado entre el Ministerio de Salud y el señor Rafael Hidalgo en su cláusula quinta, plazo de entrega, establece que el contratista 'se obliga a entregar la totalidad de los elementos objeto del presente contrato dentro de un plazo de quince días calendario contados a partir de la fecha de perfeccionamiento del presente contrato, y del recibo de las órdenes de compra. Las entregas se harán en presencia de dos funcionarios en el ramo de servicios generales del Ministerio de Salud', además el mismo demandante afirma que la fecha de celebración de dicho contrato fue el día 28 de febrero de 1980 y que su perfeccionamiento se realizó el día 5 de marzo del mismo año, fecha en la cual el jefe de la Unidad de Suministros del Ministerio de Salud le envió el Oficio 08210 manifestándole la aprobación de las garantías. De acuerdo con lo anterior el contrato vencía el día 21 de marzo del mismo año por expiración del plazo pactado, y por lo tanto la solicitud de prórroga presentada a la entidad demandada por el contratista el día 9 de mayo de 1980 ya era extemporánea puesto que ha debido solicitarse con anterioridad al vencimiento del contrato (fl. 16, c. 2).

"De acuerdo con el planteamiento anterior la declaración de caducidad por parte del Ministro de Salud el día 21 de julio de 1980 (fl. 3, c. 1) fue también extemporánea y en reiterada jurisprudencia esta Corporación ha afirmado que la caducidad no puede decretarse cuando el contrato ya ha terminado por vencimiento del plazo pactado o por el cumplimiento del objeto del mismo. Por esta razón la Resolución No. 5986 de julio 21/80 deberá ser anulada.

"El actor solicita que se ordene el levantamiento de las sanciones impuestas en los artículos 1o. a 4o. de la Resolución No. 5986 de julio 21/80. Para considerar esta petición debemos tener presente en primer lugar la cláusula novena del contrato impugnado y posteriormente el artículo 1o. y 2o. de la resolución acusada.

"Cláusula 9o. Caducidad. El Ministerio podrá declarar la caducidad administrativa del presente contrato, mediante resolución motivada por ocurrencia de cualquiera de las causales establecidas en el artículo 49 del Decreto 150 de 1976 y en especial por mora del contratista, superior a treinta días, en la entrega de los elementos objeto del contrato, una vez en firme la resolución el Ministerio hará efectiva la cláusula penal pecuniaria, las garantías pactadas en el literal a) de la cláusula octava del presente contrato y efectuará la liquidación del mismo".

"Como se puede observar, en el contrato se ligó la exigencia de la cláusula penal y de las garantías pactadas en la cláusula octava, literal a) a la declaratoria de caducidad, por lo tanto tal como lo establece la cláusula novena del

citado contrato solo en firme la resolución que la declara podrán hacerse efectivas las sanciones mencionadas.

Ahora bien, en los artículos 1o. y 2o. de la resolución impugnada se establece lo siguiente:

"Artículo 1o. Declarar la caducidad del contrato celebrado entre el señor Ministro de Salud en nombre de la Nación y el señor Rafael Antonio Hidalgo Dueñas, en representación de la fábrica de confecciones Rahidud, con fecha 28 de febrero de 1980".

"Artículo 2o. De acuerdo con el artículo 1o. se hacen exigibles:

"La cláusula penal pucuniaria por un valor de $27.646.92 m/cte., y la póliza de cumplimiento No. B4922 vigente hasta el 23 de julio de 1980".

"Vemos que el artículo 2o. de la Resolución 5985 al expresar que de 'acuerdo con el artículo 1o.' o sea con el que declara la caducidad, se hacen exigibles las sanciones estableció un nexo. Así pues al decretar nula la resolución de caducidad por extemporánea, necesariamente desaparecen también las sanciones contempladas en el Art. 2o. cuales son la cláusula penal pecuniaria y la garantía de cumplimiento por depender su exigibilidad de la declaración de caducidad.

"Teniendo en cuenta lo pactado en el contrato debe entenderse que se estableció una dependencia entre la declaratoria de caducidad y la exigibilidad de la garantía de la cláusula penal, el anterior procedimiento, no permite separar lo uno de lo otro. Sabido es, que la cláusula penal puede hacerse efectiva ya como efecto de la declaratoria de caducidad del contrato, o por incumplimiento del contratista, según lo establece el artículo 61 del Decreto 150/76, pero la forma en que se redactó la cláusula contractual antes transcrita y el contenido mismo de la resolución acusada, nos indica que en el presente caso las sanciones tienen su origen exclusivamente en la declaratoria de caducidad".

"Respecto a la petición de indemnización de perjuicios causados al demandante, se tiene lo siguiente:

"Del estudio de las pruebas allegadas al proceso, se pudo establecer que sí hubo incumplimiento por parte del contratista el cual no hizo la entrega de los vestidos en la fecha estipulada, siendo además, extemporánea la prórroga solicitada y más aún tal como consta en las declaraciones que obran a folios 62 y 63 del cuaderno No. 2 que el incumplimiento no sólo fue en cuanto al plazo de la entrega de los vestidos objeto del contrato sino también en cuanto a tallas, colores y forma de efectuar la entrega, violándose así lo pactado en las cláusulas 1a. y 5a. del contrato en cuestión, estableciendo esta última en su parte pertinente que: '...las entregas se harán en presencia de dos funcionarios en el ramo de servicios generales del Ministerio de Salud', requisito que no fue cumplido por el contratista, razón ésta por la cual se considera improcedente el reconocimiento de ninguna indemnización para el contratista pero sí procede la orden de liquidación del contrato por parte de la entidad contratante, por ser éste el procedimiento legalmente establecido a la terminación de todo contrato".

"Por las anteriores consideraciones esta agencia del ministerio público solicita a la Honorable Sala, declarar la nulidad de la Resolución No. 5986 de julio 21 de 1980 proferida por el Ministro de Salud y como consecuencia se levanten las sanciones en ella contenidas y ordenar a la entidad contratante proceder a la liquidación del contrato celebrado entr el Ministerio de Salud y Confecciones Rahidud, y denegar las demás peticiones". (Fls. 32 a 36).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La Sala comparte y prohíja las consideraciones hechas por su colaboradora fiscal por encontrarlas ceñidas a la realidad probatoria y a las normas reguladoras de la controversia.

2. Reiteradamente ha dicho esta Sala que la cláusula de caducidad no es más que la facultad exorbitante de la administración para dar por terminado, unilateralmente, un contrato administrativo, por lo que, repugna a la lógica y al derecho el que ella se pretenda utilizar cuando ya el contrato ha terminado, por vencimiento del plazo o por terminación de la obra o por cualquier otra causa legal o convencional.

3. Terminado el contrato, por causa legal o convencional, fenece la competencia de la administración para declarar la caducidad y si la declara, el respectivo acto administrativo resulta nulo, por ilegal y ese es el caso concreto *sub-judice*, pues el contrato venció, según el plazo pactado, el 21 de marzo de 1980 y la declaración de caducidad tuvo ocurrencia el 21 de julio de 1980.

4. La cláusula de caducidad (9a. del contrato) se pactó en forma en que resulta nula por imposibilidad física pues, mientras el plazo contractual era de quince días, la caducidad no podía declararse sino por incumplimiento mayor de treinta días, lo que, necesariamente haría imposible el uso de la cláusula, pues cuando tal mora ocurriera el contrato ya había terminado por vencimiento del plazo pactado.

5. El uso de la cláusula penal se subordinó, inconsultamente, a la ejecutoriedad de la declaración de caducidad y, por ende, al caerse la resolución de caducidad deviene, igualmente, ilegal, la efectividad de la cláusula penal.

6. La inhabilidad para contratar con entidades públicas, por el término de cinco años, que el artículo 4o. de la resolución impugnada dispuso contra el contratista, es consecuencia de la declaratoria de caducidad, por lo que, declarada nula la causa, desaparece su efecto.

A propósito, tal inhabilidad está ciertamente consagrada tanto en el Decreto 150 de 1976 como en el Decreto 222 de 1983 como consecuencia inmediata de la ejecutoriedad de la resolución declaratoria de la caducidad, sin consideración al ejercicio de las acciones contencioso-administrativas que el interesado pueda hacer valer, por lo que, por lo menos en principio, al ser declarada jurisdiccionalmente la nulidad de la declaratoria de caducidad deberá condenarse a la administración al pago de los perjuicios demandados y comprobados por la aplicación de tal inhabilidad.

Lo anterior demuestra el tino y la prudencia que debe usar la administración al aplicar tan severa y anticipada sanción.

7. En el presente proceso no se probaron los perjuicios demandados, ni los presuntamente derivados de la inhabilidad, pues no se acreditó rechazo en nuevas licitaciones o contrataciones, ni los del presunto incumplimiento por parte de la administración.

Por el contrario, está acreditado en el expediente el incumplimiento por parte del contratista demandante, tanto en el plazo pues vencido el contrato el 21 de marzo de 1980, pide prórroga el 9 de mayo siguiente cuando ello ya no es posible ante la expiración del contrato, como en la calidad de los vestidos y el color de los mismos. Todo ello indica que no puede prosperar la pretensión indemnizatoria de perjuicios.

8. Por primera vez se da aplicación, en este proceso, al artículo 197 del Decreto 150 de 1976, con el llamamiento del entonces Ministro de Salud, Dr. Alfonso Jaramillo Salazar, como presunto responsable del incumplimiento contractual.

9. Demostrado el incumplimiento del demandante e imponiéndose la absolución por perjuicios, ella abarca al señor exministro citado.

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

FALLA:

Primero. Declárase la nulidad de las Resoluciones Nos. 5986 de 21 de julio de 1980 y 8866 de 26 de septiembre del mismo año, por las cuales el Ministerio de Salud Pública decretó la caducidad administrativa del contrato celebrado el 28 de febrero de 1980 con Rafael Antonio Hidalgo Dueñas, hizo efectiva la cláusula penal e impuso la sanción de inhabilidad al contratista, la primera y la segunda, por la cual se decidió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto.

Segundo. Deniéganse las restantes pretensiones del libelo inicial del litigio.

Tercero. Absuélvase de toda responsabilidad, por razón de la celebración del contrato de que se ha hecho mérito y de su ejecución, al señor doctor Alfonso Jaramillo Salazar quien para le época de los hechos desempeñaba el cargo de Ministro de Salud Pública.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Jorge Valencia Arango, Presidente de Sección; **Jorge Dangond Flores, Eduardo Suescún Monroy, Carlos Betancur Jaramillo.**

Félix Arturo Mora Villate, Secretario

Se deja constancia que la presente providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

Título V

Contratos Administrativos
Licitación

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. ADJUDICACION. El acto que adjudica una licitación no tiene agotamiento de la vía gubernativa. DEMANDA. ADJUDICACION. Los licitantes vencidos están legitimados para demandar el acto de adjudicación, si estiman que éste lesionó sus derechos. ILEGALIDAD DEL ACTO DE ADJUDICACION. Demostrada su ilegalidad, se declara su nulidad pero el restablecimiento del derecho no podrá, en principio, traducirse en la obligación para la Administración de contratar con él. PROCESO DE ADJUDICACION. Requisitos. La decisión sobre adjudicación de un contrato administrativo no es discrecional. PRECIO. El precio de una propuesta debe mirarse más en relación con el pliego de condiciones elaborado por la Administración que con el presentado en las distintas propuestas.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, D.E., veinte de junio de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Carlos Betancur Jaramillo**

Actor: **Narqui Limitada**

Referencia: Expediente No. 3.355 Ordinario Apelación

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, el municipio de Cali y por la firma Pinsky Asociados Ltda. contra la sentencia de 12 de mayo de 1981 dictada por el Tribunal Administrativo del Valle.

Mediante ese proveído, el a-quo declaró nula la Resolución No. 059 de marzo 30 de 1979 expedida por la Junta de Valorización Municipal de Cali "por la cual se adjudicó la licitación pública No. DT-0179 Avenida Pasoancho" a Ricardo García López, el sector I y los sectores II y III a Ezequiel Pinsky Asociados y como consecuencia de esa nulidad y a título de restablecimiento del derecho, condenó en abstracto al municipio de Cali a pagar a la firma Narqui Ltda. "el valor de los gastos que comprobare le fueron causados por razón de la expedición de la Resolución No. 059 (...), gastos que serán liquidados sobre las bases dadas en la parte motiva de esta sentencia.

En proveído de aclaración de junio 25 de ese mismo año, el ordinal 2o. de la sentencia quedó así:

"2o. Como restablecimiento del derecho, se condene en abstracto al Municipio de Cali, a pagar a favor de Eduardo Agudelo Mejía (C.C. No. 4.603.662 expedida en Popayán), Néstor A. Jaramillo Duque (C.C. No. 2.437.986 expedida en Cali), y Lázaro Naranjo Vallejo (C.C. No. 2.998.861 expedida en Bogotá), éste en representación de Narqui Limitada", Sociedad de responsabilidad Limitada, domiciliada en Cali, constituida por escritura pública No. 5.353, de

septiembre 5 de 1972, otorgada en la Notaría Segunda de Cali, el valor de los gastos que comprobara le fueron causados por razón de la expedición de la Resolución No. 059 de marzo 30 de 1979, de la Junta de Valorización del Municipio de Cali "por la cual se adjudica la Licitación Pública No. DT-01-79 "Avenida Pasoancho", gastos que serán liquidados sobre las bases dadas en la parte motiva de esta sentencia".

"De conformidad con lo dispuesto por el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, la parte actora podrá hacer valer sus derechos a través del procedimiento allí previsto".

Los hechos de la demanda pueden sintetizarse de la siguiente manera:

"Alega la demandante que, abierta la licitación pública No. DT-01-79 por el municipio de Cali —Junta de Valorización el 23 de enero de 1979, en cuyo pliego de condiciones se dispuso el derecho de la Administración de fraccionar los tres sectores de la obra y el puente, adjudicando máximo a tres proponentes el sector I más los puentes, el sector II y el sector III, con esa determinación, quedó perfectamente establecido que todos los proponentes debían considerar y valorar esta posibilidad de fraccionamiento; que la firma Ezequiel Pinski & Asociados Ltda. condicionó su propuesta en el sentido de que si se le adjudicaba únicamente el sector III no lo aceptaría; que luego de abiertos los pliegos y conocida la propuesta de Pinsky, varios de los licitantes se dirigieron a la Junta de Valorización para manifestar que en su opinión, la nota aclaratoria de Pinski constituia una modificación del pliego de condiciones que habiendo comenzado el estudio comparativo de las varias propuestas, a los licitantes se les dio opción para proponer alternativas en números de dos: I, puentes con cimentación en muros, y II, puentes con cimentación de pilotes; que la Junta de Valorización resolvió el 30 de marzo de 1979 adjudicar la licitación citada, Avenida Pasoancho, precisamente a dos firmas cuyas propuestas no se ajustaban al pliego de condiciones: Ricardo García López, el sector I y los puentes; y Ezequiel Pinski, los sectores II y III; que Narqui Ltda. pidió reposición de tal adjudicación, en memorial que la Junta de Valorización no acogió.

"Bajo el acápite de 'normas violadas y concepto de la violación' en la demanda se sostiene que en el proceso de estudio de las propuestas, las Divisiones Técnica, Jurídica y Financiera conceptuaron que la propuesta de García López no calificaba, por falta de experiencia, por lo cual el proponente ofreció los servicios complementarios de otra firma; y agrega que la propuesta de Pinski debió ser rechazada porque alteraba las condiciones básicas del pliego".

Durante el trámite de esta segunda instancia presentaron alegaciones las partes y el Ministerio Público. El municipio de Cali insistió en la denegación de las súplicas por cuanto los licitantes vencedores ganaron en franca lid y porque ese acto de adjudicación no lesionó a nadie ni se probaron los perjuicios; la actora, por su lado, insiste en la revocación parcial para que se condene no sólo el pago de los gastos sino de los perjuicios.

El Ministerio Público en su vista de octubre 29 del año pasado (a folios 252 y siguientes) sostuvo que debía confirmarse la sentencia en cuanto a su ordinal 1o. (la nulidad de la Resolución 059) y revocarse en su ordinal 2o., para denegar la condena hecha en abstracto al Municipio de Cali.

La Sala comparte parcialmente el concepto de la fiscalía. Así, prohíja los siguientes apartes de su argumentación:

"La parte actora funda la legalidad en que se incurrió al expedir la Resolución No. 59 de marzo 30 de 1979 cuya nulidad se pide, en el hecho de que la Junta de Valorización Municipal de Cali no tuvo en cuenta al realizar el acto de la adjudicación de la licitación DT-01-79, las normas legales que rigen en materia de licitación tales como los artículos 22 del Decreto 150 de 1976 en concordancia con el artículo 66 del Código Fiscal del Municipio de Cali, artículo 69 del mismo estatuto en concordancia con el Art. 25 del Decreto 150 de 1976.

"En efecto al estuciar el material probatorio allegado al proceso, podemos concluir que sí resulta irregular el acto expedido por la Junta de Valorización Municipal de Cali, en cuanto adjudicó la licitación mencionada a dos firmas cuyas propuestas en una u otra forma violaban los marcos legales sobre licitaciones.

"*Primero.* Ricardo García López: Vemos que al fl. 24 del cuaderno de pruebas aportadas por Valorización municipal de Cali, cuya parte pertinente transcribimos, dice: "Las Empresas podrán *licitar individualmente o asociadas en consorcios*" (se subraya), también entre los requisitos exigidos por valorización en el pliego de licitación estaba a folio 10 del mismo cuaderno: Acreditar como mínimo, la construcción de: 1o. 30.000 m^2 de pavimento. 2o. Un (1) puente de 20.00 m de luz libre o superior, y/o 3.000 m^3 de concreto reforzado o pretensado.

"Analizando los documentos aportados por la firma proponente Ricardo García López, se establece que no poseía la experiencia mínima requerida y que trató de suplirla con la asesoría o colaboración de la firma Estructuras Pretensados con una experiencia en ese campo (fls. 3 y 4 C. 3, pruebas parte impugnadora) pero no se presentó a licitar previa constitución de un consorcio con la citada empresa, sino que lo hace refiriéndose a ella en calidad de subcontratista, situación ésta que no estaba autorizada o prevista en el pliego de condiciones (fl. 24) en donde como anteriormente se expresó solo se autorizaba la presentación a licitar individualmente o en consorcio y además es bien claro que la experiencia que se exigía por Valorización municipal a las firmas proponentes debía ser acreditada por trabajos realizados por tales *empresas* directamente y no por labores realizadas por uno de los socios en su condición de empleado de una determinada firma y como persona natural. Tampoco era aceptable alegar la experiencia de un presunto subcontratista con el cual la firma licitante había acordado un compromiso de colaboración (fls. 169 y ss. Cuaderno de pruebas parte actora. Propuesta de Ricardo García López).

"Estimamos que esta condición es suficiente para afirmar que la propuesta de la empresa Ricardo García López era irregular por no ajustarse a lo estipulado en el pliego de condiciones y así fue considerada en el informe de la Oficina Técnica de Valorización Municipal de Cali (fls. 46, 47 Cuaderno No. 1).

"*Segundo.* Ezequiel Pinski & Asociados Ltda.: Efectivamente esta sociedad anexó una nota aclaratoria a su propuesta que obra a fl. 179 del cuaderno contentivo de los documentos presentados por dicha firma como proponentes en la licitación DT-01-79, manifestando la no aceptación de la adjudicación en

caso de adjudicársele únicamente el sector III, esto por cuanto la licitación comprendía tres sectores y la administración se había reservado el derecho de fraccionar la obra, Agenda No. 2, fol. 7 del cuaderno de pruebas aportadas por valorización.

"Consideramos que esta condición se opone al principio de igualdad de los proponentes que debe imperar en toda licitación (Art. 19 Decreto 150/76), pues sea que este condicionamiento fuera o no favorable a la firma Pinski, por el solo hecho de haberse expresado, colocaba a dicha firma en un plano diferente o desigual al de los demás proponentes, quienes como es de ley (Art. 25 Decreto 160/75) en sus propuestas se tenía que ajustar a lo establecido en el pliego de condiciones.

"En relación con la petición hecha por la parte actora en el sentido de que como restablecimiento del derecho se le adjudique a la firma Narqui Ltda. la licitación DT-01-79, compartimos lo resuelto por el Tribunal del Valle por cuanto como allí se afirma no son el Tribunal ni el Consejo competentes para ello, sino tal como lo establece el artículo 26 del Decreto 150 de 1976: "corresponde adjudicar el contrato al Ministro o Jefe del Departamento Administrativo, previo concepto de la Junta de Licitaciones o Adquisiciones del organismo". En el caso subjudice la adjudicación debe hacerla la Junta de Valorización Municipal de Cali".

De lo precedente se infiere que en cuanto a la nulidad de la Resolución 059 coincide el ministerio público con la decisión del Tribunal, el que estimó, con base en las pruebas, que la adjudicación no debió hacerse a Ricardo García López, por falta de experiencia y Pinski Asociados por haber condicionado su propuesta.

Más adelante se explicará el por qué la Sala no acoge en su integridad la vista fiscal ni la decisión del a-quo, en especial lo relacionado con la indemnización de perjuicios.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

a) El acto que adjudica una licitación no tiene agotamiento de la vía gubernativa. Esta afirmación tiene su apoyo en la doctrina y en la jurisprudencia, ya que la decisión, en sí, sólo se notifica al vencedor; a los vencidos se les comunica simplemente. Hoy el Decreto 222 no deja dudas a ese respecto (Art. 34 inciso 2o.). Además, la jurisprudencia del Consejo estima ese acto como bilateral y no sujeto a las reglas generales aplicables a los actos administrativos de carácter unilateral.

b) Los licitantes vencidos están legitimados para demandar el acto de adjudicación, si estiman que éste lesionó sus derechos. Esto no convierte esa acción en pública. Según la ley la acción de restablecimiento la tiene todo aquel que se crea lesionado en un derecho suyo creado por una norma civil o administrativa. Cosa diferente es que al final pueda demostrar o no la titularidad del derecho subjetivo que alega como conculcado.

c) Cuando un licitante vencido logra demostrar la ilegalidad del acto de adjudicación, se declara su nulidad pero el restablecimiento del derecho no podrá, en principio, traducirse en la obligación para la administración de

contratar con él. Ha dicho la jurisprudencia que no puede la jurisdicción de lo contencioso administrativo ordenar a los entes públicos la celebración de convenios que no han querido celebrar; fuera de que ello sería imposible la mayoría de las veces por el simple transcurso de tiempo entre la fecha de la adjudicación y la de la providencia anulatoria.

De donde debe concluirse que el actor en estos eventos sólo podrá aspirar a la indemnización de perjuicios y obtener la condena siempre y cuando logre demostrar dentro del juicio que esa propuesta era la más favorable para la administración.

Y así como el juez no puede obligar a la administración a que contrate con alguien, por la misma razón no podrá hacer él mismo la adjudicación.

d) Si bien es cierto los participantes en una licitación sólo tienen una expectativa, no un derecho adquirido de antemano a su adjudicación, no lo es menos que dentro de las reglas del juego ésta tendrá que hacerse, en forma razonada, al que haya presentado la propuesta más conveniente para los intereses generales de la administración.

De allí que cuando logre demostrar en juicio que esa selección se hizo irregularmente, el vencido titular de la más conveniente a juicio ya del juzgador, deberá ser indemnizado.

Es una sanción para el organismo adjudicante que tiene un fin moralizador y que busca que las adjudicaciones se hagan con toda seriedad e imparcialidad.

El proceso de la adjudicación es delicado de por sí. Por esa razón el organismo encargado de hacerla ordinariamente recibe la asesoría de un cuerpo o comité, el que hace una evaluación técnica preliminar.

El informe de ese comité o cuerpo técnico es de una importancia excepcional, pero no es obligatorio para el funcionario u organismo que adjudica, a menos que el ordenamiento así lo imponga.

Si fuera obligatorio, por principio, la adjudicación estaría a su cargo y sobraría la decisión final del órgano adjudicante.

Pero este organismo no puede separarse arbitraria o caprichosamente del concepto emitido por su cuerpo asesor. Tendrá que hacerlo en forma razonada, bien cuestionando los criterios técnicos expuestos o bien explicando por qué otros factores, los personales, por ejemplo, permiten arribar a una conclusión diferente.

La decisión sobre adjudicación de un contrato administrativo no es propiamente discrecional —como lo ha dicho en varias oportunidades esta misma Sala— sino reglada, vale decir, ajustada a una serie de factores tanto objetivos como personales o subjetivos que deben pesar razonablemente en toda selección y que tendrán que estar fundados en elementos de convicción que obren dentro del expediente.

Por eso mismo se ha dicho que juegan en toda selección, además de ciertos factores reales (los que ordinariamente califica previamente el comité asesor)

v. gr. la concordancia o en entre la propuesta y el pliego de condiciones en torno al precio y al plazo, otros no menos importantes que se relacionan con la persona del proponente; su experiencia profesional y su seriedad, sus antecedentes en la ejecución de contratos similares, su capacidad operativa, su buen nombre profesional y comercial, la idoneidad de sus colaboradores, socios o partícipes, el hecho de no haber sufrido sanciones anteriores como la de caducidad, etc.

Estos últimos factores, cuando no se detectan errores en el concepto del comité asesor, son los que permiten muchas veces que el órgano competente adjudique siguiendo un orden diferente al propuesto por aquél.

El estudio aunado de los distintos factores le permitirá al adjudicante emitir un juicio sobre "la propuesta más conveniente". Esta es una noción jurídica de las conocidas en la doctrina como vaga, ya que carece de definición legal, y que permite a la administración que la aplica su interpretación; interpretación que aunque deja entrever cierto grado de discrecionalidad en la valoración (de antemano y formalmente no se sabe cuál es la propuesta más conveniente) es reglada en el fondo porque tendrá que apoyarse en todos los factores o criterios señalados en el ordenamiento y no en los que quiera caprichosamente evaluar.

Aplicando estos principios al caso controvertido, resulta:

1. Al litigio fueron llamados los posibles afectados con la nulidad impetrada, o sea las personas favorecidas con la licitación, ya que con ellas se configuró un litis consorcio necesario. Así, se hicieron partes el municipio de Cali, el doctor Ricardo García López y Ezequiel Pinski Asociados Limitada.

2. La parte demandante, en su carácter de licitante vencida, tenía legitimación para el efecto. En acciones de restablecimiento ésta surge del tenor mismo del artículo 67 del C.C.A. que permite instaurar la de plena jurisdicción (las contractuales en sentido lato pertenecen a esa clase) a "la persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo".

3. La adjudicación se hizo irregularmente, tal como lo expuso la fiscalía y lo pudo constatar jurídica y probatoriamente la Sala.

4. Las irregularidades anotadas, igualmente analizadas ampliamente por el Tribunal, imponen el mantenimiento de la decisión anulatoria declarada por éste.

5. En cuanto a los perjuicios la decisión tomada por el a-quo no podrá mantenerse. Comparte sí la Sala la apreciación de éste cuando dispuso que pese a la nulidad no hacía la adjudicación a la firma demandante, por cuanto la jurisdicción no podría ordenar a los entes públicos la celebración de contratos con personas no seleccionadas por éstos, o, en otros términos, imponer en general obligaciones de hacer. Además, porque el hacerlo implicaría la intromisión de la jurisdicción en la actividad administrativa, ya que sería el ente municipal el único competente para seleccionar y adjudicar el contrato al licitante de la oferta más conveniente para los intereses del distrito.

Y no se comparte la decisión en cuanto a los perjuicios, porque la condena hecha por el a-quo no corresponde ni a lo pretendido ni a lo probado. Para el Tribunal estos perjuicios se concretan en "el velar de los gastos que comprobare le fueron causados por razón de la expedición de las resoluciones No. 59 de marzo 30 de 1979", o en otros términos, en los gastos que efectuó la firma Marqui para presentarse a la licitación y van hasta el momento en que ésta fue adjudicada".

Para la Sala estos gastos, en sí, no son perjuicio para nadie. Ellos se hacen para poder participar en la licitación y algunos se devuelven, incluso, a los proponentes no favorecidos, como sucede con el depósito a la garantía de seriedad de la oferta (artículo 29 del Decreto 150 de 1976).

En el caso subjudice, la demandante pretendió que como consecuencia de la nulidad del acto de adjudicación, el contrato le fuera adjudicado, o en subsidio, que se le reconocieran los daños y perjuicios causados con tal hecho.

Como la pretensión principal no es viable, por las razones expuestas atrás, entra la Sala a estudiar la subsidiaria.

El acto de adjudicación cuestionado sí le produjo perjuicios a la parte actora, ya que ésta demostró que su propuesta se ajustaba a los términos de la licitación como más conveniente y que las propuestas de los que resultaron favorecidos no eran atendibles.

Debe observarse que la Junta de Valorización de Cali acató parcialmente el informe rendido por el Jefe de la División de Valorización (a folios 42 y siguientes C.P.). Adjudicó la licitación a Pinski Asociados y Ricardo García López que ocuparon, en su orden, los puestos primero y cuarto, quedando por fuera la firma demandante, calificada como segunda e Inval que ocupó el tercero.

De este solo hecho no se infiere forzosamente que la adjudicación tenía que hacerse a estas dos firmas, dadas las irregularidades observadas frente a las favorecidas. Pero sí existen otros elementos de juicio que evidencian que la demandante era acreedora a la licitación, a menos a parte de ésta, dada la voluntad de fraccionamiento contemplada en los pliegos de condiciones.

La Junta de Valorización tuvo en cuenta, primordialmente para su adjudicación, el factor precio; extremo que para el caso no era definitivo, no sólo porque no se daba la igualdad de condiciones entre los distintos proponentes, sino porque las propuestas de Pinski y Ricardo García López estaban muy por debajo del estimativo oficial. A este respecto cabe recordar lo que ha venido sosteniendo esta misma Sala en torno al factor precio, el que no puede calificarse aisladamente por ser solo concurrente y porque "el precio de una propuesta debe mirarse más en relación con el pliego de condiciones elaborado por la administración que con el presentado en las distintas propuestas. Esto precisamente evita que las licitaciones presenten precios artificialmente bajos con la única finalidad de salir favorecidos. Es decir, con esto se evita una puja de precios bajos. Y es la administración la que da la pauta sobre este extremo. En el pliego ella hace el estimativo del valor de la obra y del tiempo de su ejecución. De allí que la propuesta que indique un valor muy por debajo del estimativo oficial, no siempre sea la más favorable y puede ser indicio de un futuro

incumplimiento o de serias dificultades en la ejecución" (Mario Bonilla Ulloa, proceso 2430, sentencia de agosto 19 de 1982).

La doctrina precedente tiene aplicación en el presente asunto. De las deliberaciones de la Junta de Valorización se desprende que el precio ofrecido por Pinski y Ricardo García jugó un papel importante en esa adjudicación, ya que era considerablemente bajo comparado con el estimativo oficial contenido en el pliego. Basta observar que mientras éste señalaba como valores $103.355.008 y $109.321.188 para las alternativas I y II, Ricardo García propuso $88.637.552 y $93.818.954 en su orden, y Pinski $86.664.506 y $96.777.316; lo que deja ver que la oferta calificada en primer lugar era inferior a la oficial en $30.219.700. y la de Pinski era menor en $30.244.70 (ver cuadro comparativo a folios 54 del C.P.), sumadas las diferencias de las alternativas I y II.

Si a lo anterior se suma el hecho de que el doctor García carecía de la experiencia exigida en los pliegos y que Pinski había condicionado su propuesta no cabe otra conclusión diferente a la de que el municipio se motivó fundamentalmente por los precios más bajos y dejó por fuera a la que globalmente hacía la mejor propuesta.

Y esta conclusión está respaldada por las pruebas que obran en el expediente, ya que Narqui, en oferta sin objeciones, poseía la experiencia requerida; en cuanto a balances sólo estaba dos puntos por debajo de Pinski; en maquinaria y equipo calificó en segundo lugar después de éste; en lo que toca con precios estuvo en tercer lugar, después de las dos favorecidas, pero fue su propuesta la que más se acercó al estimativo oficial como que sólo estuvo en la alternativa I en -0.11% por debajo y en -6% de la No. II. En cuanto a plazos la actora se ajustó a los pliegos y frente al anticipo esta firma ofreció recibir sólo el 10%, cuando las restantes pidieron el 20%.

No se observa dentro de las deliberaciones de la Junta que se hubiera hecho alguna objeción a la propuesta de Narqui, la que según el informe técnico calificó en segundo lugar a solo 4 puntos de Pinski (37 y 33 puntos, respectivamente).

Muestra todo lo anterior que la adjudicación de una parte de la propuesta oficial debió hacerse a la parte actora. Se habla en estos términos ya que la administración hizo uso del fraccionamiento indicado en los pliegos, evidenciando así su intención de no adjudicar el total a uno solo de los licitantes. El hecho de no haber obtenido la adjudicación a que tenía derecho le produjo un perjuicio evidente, estimable en lo que se había podido ganar de haber sido favorecida. El perjuicio se presume; en materia contractual éste surge por el solo hecho del incumplimiento. Recuérdese que el acto de adjudicación concreta el ajuste de las voluntades de las partes contratantes.

Para evitar cualquier equívoco debe aclararse que cuando en esta providencia se habla de Narqui debe entenderse el consorcio formado por esta Sociedad y los doctores Eduardo Agudelo Mejía y Néstor Alfonso Jaramillo Duque.

Para la Sala, aunque la existencia de los perjuicios está bien evidenciada, no sucede igual con su monto, los que tendrán que concretarse mediante el

incidente del artículo 308 del C. de P. C. Para el efecto deberán tenerse en cuenta estas circunstancias:

a) La obra que debió adjudicarse a la demandante le fue adjudicada a la firma Ezequiel Pinski, la que había sido calificada en primer lugar por el Comité.

b) Para la evaluación de los perjuicios deberán tenerse en cuenta los términos de la adjudicación que se le hizo a la antecitada firma (Art. 2o. de la Resolución impugnada) pero con referencia a los valores propuestos por la demandante para los sectores II y III según la alternativa I (pavimentación, alcantarillado, acueducto, infraestructura de energía y teléfonos y obras complementarias de la Avenida Pasoancho).

c) Deberá tenerse en cuenta además que la cuantición de los perjuicios buscará determinar lo que hubiera ganado la firma de haber ejecutado el contrato en la forma indicada, con sujeción al porcentaje señalado en la propuesta oficial para administración y utilidades, sin exceder lo pedido en la demanda.

d) En la liquidación de los perjuicios no se incluirán los morales porque éstos ni se presumen ni fueron acreditados.

e) En la determinación de esos perjuicios deberá tenerse en cuenta que la actora no ejecutó la obra.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia de 12 de mayo de 1981, dictada por el Tribunal Administrativo del Valle, en cuanto a sus ordinales primeros y tercero.

Modifícase su ordinal segundo, el cual quedará así:

Como restablecimiento del derecho, condénase en abstracto al Municipio de Cali a pagar al Consorcio Narqui Ltda., Eduardo Agudelo Mejía y Néstor A. Jaramillo Duque, los perjuicios causados con la no adjudicación de la licitación, los que serán liquidados mediante el incidente del artículo 308 del C. de P. C. siguiendo las pautas indicadas en la motivación.

Una vez efectuada la liquidación mediante auto ejecutoriado, la entidad demandada deberá pagar dentro de los términos de los artículos 121 y 122 del C.C.A. Pasada esta oportunidad, la cifra así determinada ganará intereses a la tasa del 24% anual.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 16.6.83.

Jorge Valencia Arango, Presidente de la Sala; **Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Dangond Flores, Eduardo Suescún Monroy.**

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

ELECTORALES. PRUEBAS. FIJACION EN LISTA.

Aunque el numeral 3o. del artículo 40 de la Ley 85 de 1981 dispone que en el auto admisorio de la demanda debe hacerse la prevención de que durante este término (el de la fijación en lista) no puede solicitarse pruebas; lo que podría dejar a quienes se hagan impugnadores de la acción sin la posibilidad de pedir la práctica de pruebas conducentes a demostrar los hechos en que apoyan su oposición, esta Sala Unitaria considera que la norma transcrita se opone con lo dispuesto en el artículo 41 de la misma Ley 85, que en su inciso 3o. expresa que "si no se pidió la apertura a pruebas, en su oportunidad o no se solicitó su práctica en el término de fijación en lista, se ordenarán inmediatamente los traslados previstos en este artículo (se subraya). Como esta norma por ser posterior prevalece sobre las del numeral 3o. del artículo 40, según preceptúa el ordinal 2o. artículo 5o. Ley 57 de 1887, se previene que durante el término de fijación en lista las partes pueden solicitar la práctica de pruebas.

LEY POSTERIOR. Prevalece sobre la anterior.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Bogotá, D.E., catorce de enero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Actor: **Georgina Ayala de Cabra**

Referencia: Expediente No. 991 Electoral

La demanda reúne todos los requisitos formales y demás presupuestos procesales exigidos por la ley para su admisibilidad.

POR CONSIGUIENTE SE RESUELVE:

a) Notifíquese a las partes por edicto que durará fijado 5 días en la Secretaría y al señor Agente del Ministerio Público.

b) Una vez cumplido el término de la notificación, fíjese en lista por el término de 5 días.

c) Aunque el numeral 3o. del artículo 40 de la Ley 85 de 1981 dispone que en el auto admisorio de la demanda debe hacerse la prevención de que durante este término (el de la fijación en lista) no pueden solicitarse pruebas, lo que podría dejar a quienes se hagan impugnadores de la acción sin la posibilidad de pedir la práctica de pruebas conducentes a demostrar los hechos en que apoyen su oposición, esta Sala Unitaria considera que la norma transcrita se opone con lo dispuesto en el artículo 41 de la misma Ley 85, que en su inciso 3o. expresa que "si no se pidió la apertura a pruebas en su oportunidad o no se solicitó su práctica en el *término de fijación en lista*, se ordenarán inmediata-

mente los traslados previstos en este artículo" (se subraya). Como esta norma por ser posterior prevalece sobre las del numeral 3o. del artículo 40, según preceptúa el ordinal 2o. artículo 5o. Ley 57 de 1887, se previene de que durante el término de fijación en lista las partes pueden solicitar la práctica de pruebas.

Notifíquese y cúmplase.

Jacobo Pérez Escobar.

Darío Quiñones Pinilla, Secretario.

VIA GUBERNATIVA. EN JUICIOS ELECTORALES. En estos juicios no se exige el agotamiento de la vía gubernativa. Debe aclararse sí que cuando se hace uso de los reclamos contemplados en el artículo 134 de la Ley 28 de 1979, deberá esperarse la decisión de éstos, porque de lo contrario, se presentaría una petición antes de tiempo. El acto sujeto a un reclamo aún no decidido, apenas está en vía de expedición.

PRINCIPIO DE LA CONGRUENCIA. Consiste en que la sentencia deberá estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda.

JURISDICCION ROGADA. Es la de lo Contencioso Administrativo.

REFORMATIO IN PEJUS. La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante.

ELECTORALES. ACTAS DE ESCRUTINIO. Firma de los cuatro ejemplares. El artículo 152 de la Ley 28 de 1979 erige en causal de nulidad lo siguiente: "...6o. Cuando los ejemplares de las actas de escrutinio de los jurados de votación estén formados por menos de tres de éstos". Da a entender la norma que la causal se configura no cuando alguno o algunos de los actos presente menos de 3 formas sino cuando todos tengan la misma informalidad. Carga de la prueba.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, D.E., dieciocho de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Carlos Betancur Jaramillo**

Actor: **Diógenes Armando Pino Avila**

Referencia: Expediente No. 982 Electoral

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte impugnadora contra la sentencia de 13 de octubre del año pasado, dictada por el Tribunal Administrativo del Cesar.

Mediante ese proveído se declaró la nulidad parcial del acto expedido por los delegados de la Corte Electoral para ese Departamento el día 23 de marzo de 1982, mediante el cual fueron electos diputados para la Asamblea del mismo, en relación con los doctores Pedro Raúl Martínez M., y José Tobías Fuentes G., como consecuencia, se ordenó la práctica de un nuevo escrutinio.

En demanda presentada el 15 de abril del año pasado, el actor fundamentó su pretensión en las irregularidades que se detallan en el hecho 4o. que a la letra dice:

"4o. En el acto de escrutinios departamentales y declaración de elección realizados por los señores Delegados de la Corte Electoral para el Departamento del Cesar a la lista encabezada por Pedro Martínez Neira le reconocen 3.099 votos contra 3.083 de la encabezada por Diógenes Pino Avila, todo debido a las siguientes irregularidades:

"a) En los escrutinios municipales de Agustín Codazzi se computaron los votos de la mesa No. 8 del corregimiento de Casacará, donde los jurados de votación no firmaron ninguno de los cuatro (4) ejemplares del acta respectiva. En esta mesa se computaron quince (15) votos a favor de la lista de Pedro Martínez Neira como Candidato Diputado.

"b) En el Municipio de El Copey la lista de Candidatos para Diputados de Pedro Martínez Neira solo obtuvo dos (2) votos y los delegados de la Corte Electoral le computaron veinte (20), o sea diez y ocho (18) votos más de los reales.

"c) La lista de candidatos a Diputados encabezada por Diógenes Pino Avila en el Municipio de Aguachica obtuvo ciento noventa y dos (192) votos y en el escrutinio municpal le computaron uno (1) menos.

"d) En el Municipio de Chimichagua a la lista de candidatos para Diputados encabezada por Diógenes Pino Avila le correspondieron ocho (8) votos, pero en los escrutinios municipales le computaron un (1) voto menos.

"e) En el Municipio de El Paso la lista de candidatos a Diputados encabezada por Pedro Martínez Neira obtuvo diecinueve (19) votos y en los escrutinios municipales cometieron error aritmético al contabilizarle veinte (20) votos, o sea uno (1) más.

"5o. Para obtener el resultado definitivo de la votación obtenida por Pedro Martínez Neira como cabeza de lista de candidatos a Diputados, es necesario restarle quince (15) votos que no pueden ser computados en el Municipio de Codazzi; dieciocho (18) votos que no los obtuvo en el Municipio de El Copey, y un (1) voto menos en el Municipio de El Paso. Hechos estos descuentos, esa lista queda únicamente con 3.065 votos. La lista que encabeza Diógenes Pino Avila para la misma Corporación queda con 3.085 votos al sumársele un (1) voto en el Municipio de Aguachica y otro (1) en el Municipio de Chimichagua".

El Tribunal en la sentencia materia de apelación y como apoyo a su decisión expuso:

"En efecto, las actas levantadas por los jurados de votación en las mesas que a continuación se indican adolecen de vicios que aparejan la nulidad de los

votos allí consignados, por mandato expreso del numeral 3o. del artículo 172 de la Ley 28 de 1979.

"CABECERA DE VALLEDUPAR:

"En la mesa número 24 aparece con dos firmas de los jurados de votación y 10 votos a favor de Martínez Neira; la mesa número 50 con una sola firma y 14 votos a favor de Martínez Neira; la mesa número 60 registra dos firmas y 10 votos a favor de Martínez Neira; la número 68 con dos firmas y 7 votos a favor de Martínez Neira; la mesa número 78 aparece con dos firmas y un (1) voto a favor de Martínez Neira; la mesa número 158 aparece sin firmas y con 4 votos a favor de Martínez Neira y la mesa número 160 aparece sin firmas y con dos (2) votos a favor de Martínez Neira. En total son 48 votos nulos en la lista de Martínez Neira en la cabecera de Valledupar.

"En el Corregimiento de Chemesquemena perteneciente al Municipio de Valledupar, la única mesa de votación registró dos (2) votos a favor de Pedro Martínez Neira pero el acta levantada por los jurados de votación solamente aparece suscrita por dos de ellos, razón por la cual son nulos dichos votos.

"En el Corregimiento de Los Venados, Municipio de Valledupar, el acta levantada por los jurados de la mesa de votación fue suscrita por dos de ellas y allí se registraron dos (2) votos a favor de Martínez Neira, los cuales también serán anulados.

"En la cabecera del Municipio de Agustín Codazzi, la mesa número 20 registra doce (12) votos a favor de Martínez Neira y el acta levantada aparece sin firmas de los jurados, razón por la cual serán anulados dichos votos.

"En el Corregimiento de Casacará, Municipio de Agustín Codazzi, la mesa número 6 registra 19 votos a favor de Martínez Neira y el acta figura con dos firmas de los jurados, por lo cual serán anulados esos votos.

"En Bosconia en las mesas números 9 y 19 aparecen las actas respectivas con dos firmas de los jurados y en cada una de ellas un voto a favor de Martínez Neira, los cuales serán anulados.

"En la cabecera del Municpio de El Copey, la mesa número 15 registra un voto a favor de Martínez Neira y el acta levantada por los jurados aparece con una firma, razón por la cual serán anulados.

"A Diógenes Armando Pino Avila le serán anulados 1 voto en la mesa número 8 de La Gloria, por cuanto aparece el acta suscrita por un jurado y en el Corregimiento de Palestina, Municipio de Pailitas, le serán anulados 11 votos registrados en la mesa número 3 por cuanto aparecen solamente dos firmas.

"En las condiciones anotadas, a los 3.040 votos que aparecen a favor de la lista encabezada por Pedro Raúl Martínez Neira deben restárseles los 86 votos nulos, con lo cual se obtienen dos mil novecientos cincuenta y cuatro (2.954) votos válidos a favor de dicha lista y en cuanto a la lista encabezada por Diógenes Pino Avila le aparecen 3.076 votos menos 12 votos nulos, le resultan tres mil sesenta y cuatro (3.064) votos válidos".

No satisfecho con lo resuelto, la parte impugnadora interpuso el recurso de apelación. Ya en esta instancia el señor apoderado del Dr. Pedro Raúl Martínez M., impugnó el fallo recurrido con apoyo en los argumentos que se sintetizan a continuación:

a) Que el proceso electoral, como los demás que se siguen ante la jurisdicción administrativa, es rogado, no oficioso. El juez sólo puede estudiar los cargos formulados en el libelo. Y en el caso concreto hizo el Tribunal caso omiso de los allí expuestos.

b) Que la ley electoral contempla tarifa probatoria para los efectos de demostrar ciertas irregularidades. Así, para comprobar que las actas no fueron suscritas por la mayoría de los miembros de la Corporación hay que acompañar los 4 ejemplares de las actas de los jurados (Art. 172 ley 28 de 1979).

c) Que para la corrección de errores aritméticos es preciso tener a mano todos los elementos utilizados en los escrutinios y no solamente algunos.

d) Que el Tribunal incurrió en extra y ultra petita y durante la primera instancia no se acreditaron las irregularidades alegadas.

Por su lado, el señor fiscal en su vista de diciembre 16 del año pasado consideró que el fallo debía revocarse, para en su lugar denegar las súplicas de la demanda. Para el efecto estimó:

1. Que la sentencia de primer grado no estudió los cargos de la demanda sino que se apoyó en irregularidades no alegadas; pero que como el demandante no apeló el punto no puede estudiarse por esta Corporación.

2. Que si no se acepta esa opinión, el cargo tampoco podría prosperar porque el acta que obra a folios 267 y siguientes posee el número de firmas exigido por la ley (Art. 172, nl. 3 de la Ley 28 de 1979).

3. Que los cargos por error aritmético tampoco son viables porque para su estudio se requería la confrontación entre el acta de escrutinio departamental con las de los escrutinios municipales y éstas no obran dentro del proceso.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Tal como lo acepta el Tribunal en la demanda no se configura una acumulación indebida de pretensiones. Basta leer la parte petitoria para concluir que ésta encaja en lo que ortodoxamente se exige en los procesos electorales. La acción la puede instaurar cualquier persona, incluyendo aquí a la que eventualmente pueda resultar favorecida. También asiste la razón al a-quo cuando afirma que en estos casos no se exige el agotamiento de la vía gubernativa. Debe aclararse sí que cuando se hace uso de los reclamos contemplados en el artículo 134 de la Ley 28 de 1979, deberá esperarse la decisión de éstos, porque de lo contrario, se presentaría una petición antes de tiempo. El acto sujeto a un reclamo aún no decidido apenas está en vía de expedición.

No comparte la Sala lo expuesto por el Tribunal como razón para la no procedencia del agotamiento gubernativo. No, ese agotamiento no se da porque no lo exige la ley como presupuesto de la acción electoral, pero no porque el acto de elección no sea administrativo. Lo es incuestionablemente.

La Sala tampoco comparte el estudio de fondo hecho por el Tribunal. Se olvidó éste que el proceso contencioso administrativo es rogado y que en él también rige el principio de la congruencia, según el cual la sentencia deberá estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda. Principio que encuentra su lógica en la exigencia hecha por el código administrativo en su artículo 84 en el sentido de que en toda demanda deberán señalarse las normas violadas y explicarse el concepto de la infracción; normas y concepto que, en principio, condicionan y delimitan los poderes del juez al momento de fallar.

Aparece tan protuberante este error que basta confrontar el hecho 4o. del libelo transcrito atrás (irregularidades cometidas por los delegados de la Corte Electoral) con la motivación del Tribunal, igualmente transcrita en la parte introductoria de este proveído. Esta oficiosidad indebida impide así que la Sala haga su revisión.

Pero no quiere decir lo anterior que no pueda considerarse la demanda en la forma como fue propuesta, porque su apreciación no encuentra obstáculo alguno. El principio de la reformatio in pejus no se viola, ya que la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y ese disfavor que fue total será la medida de la competencia del superior. Debe aclararse que el demandante no apeló y su silencio no puede ser dentro del proceso patente de inmutabilidad, así haya obtenido éxito en la primera instancia.

En este orden de ideas se estudian los cargos de la demanda.

Primer cargo: Que en el corregimiento de Casacará (Agustín Codazzi) los escrutadores municipales computaron 15 votos depositados por la lista del Dr. Pedro Martínez Neira, a pesar de que los jurados no firmaron ninguno de los 4 ejemplares de la lista respectiva.

La causal así presentada tiene su respaldo en el ordinal 6o. del artículo 152 de la Ley 28 de 1979, que a la letra dice:

"6o. Cuando los 4 ejemplares de las actas de escrutinio de los jurados de votación estén firmadas por menos de tres de éstos".

Da a entender la norma que la causal se configura no cuando alguna o algunas de las actas presente menos de 3 firmas sino cuando todas tengan la misma informalidad. De allí que la carga de la prueba sea especialmente rigurosa a este respecto, ya que habrá que demostrar que esa falta de firmas se da en cada uno de los ejemplares que deben elaborar los jurados de votación y que tienen un destino específico, así: uno, para el arca triclave, otro para los delegados del registrador nacional, otro para el registrador del estado civil y el cuarto para el Tribunal Administrativo.

El proceso muestra que el acta de la mesa No. 8 que obra en copia expedida por la Registraduría Nacional, aparece con las firmas exigidas por la ley (ver copias a folios 267 y ss. del C. No. 2, 73 y ss. del C. No. 2). Esta prueba se practicó oportunamente a instancia de la demandante y de la impugnadora. Además, conque se hubiera demostrado que uno solo de los ejemplares estaba bien firmado, habría bastado para rechazar el cargo.

Segundo cargo: Que en el municipio de Copey la lista encabezada por Pedro Martínez N., sólo obtuvo dos votos y los delegados en su escrutinio le contabilizaron 20.

Este dato no aparece desvirtuado probatoriamente aunque el Tribunal haya llegado a la conclusión durante la inspección judicial de que sólo obtuvo 1 voto (ver acta a folios 311 y siguientes) porque esta última prueba se hizo únicamente sobre los ejemplares E-C-C- archivados en la delegación departamental de la Registraduría Nacional; no se observaron otros documentos electorales y ni siquiera se hizo la confrontación con los que reposaban en el mismo Tribunal, preferenciales en caso de discrepancia (Art. 203 de la Ley 28 de 1979). Este cotejo fue inclusive, pedido por la impugnadora.

Tercer cargo: Que la lista encabezada por Diógenes Pino Avila obtuvo 192 votos en Aguachica y sólo se computaron 191.

El acta de escrutinio a folios 4 del C. No. 1 efectivamente muestra este último dato, el que no coincide, sin explicación alguna, con el extraído por el Tribunal durante la inspección judicial de 192 votos (a fol. 326).

Se rechaza el cargo por razones similarea al anterior.

Cuarto cargo: Que en el municipio de Chimichagua obtuvo Diógenes Pino A. 8 votos y le fueron computados 7.

Se observa efectivamente esa discrepancia pero la prueba carece del valor demostrativo, anotado para los 2 cargos anteriores.

Quinto carto: Que el Dr. Pedro Martínez N. obtuvo en El Paso 19 votos y le fueron computados 20.

La prueba de inspección, aunque incompleta, muestra que el mencionado profesional solo obtuvo 18; y el acta de escrutinio contabiliza 20. Tampoco está respaldada probatoriamente esta diferencia y tendrá que rechazarse el cargo con la misma razón de los tres precedentes.

Todo lo anterior deja ver que la parte actora no cumplió la carga probatoria que le correspondía. En tal sentido, la decisión tendrá que ser adversa.

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

FALLA:

1. Revócase la sentencia de 13 de octubre de 1982 dictada por Tribunal Administrativo del Cesar.

2. En su lugar, deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese y notifíquese.

Ésta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 17.2.83.

Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Dangond Flores, Eduardo Suescún Monroy, Jorge Valencia Arango.

Darío Quiñones Pinilla, Secretario.

DEMANDA ELECTORAL. PRETENSIONES PRINCIPALES Y SUBSIDIARIAS. Las pretensiones principales fueron propuestas con "causa petendi" eventual y futura, lo que es ostensiblemente inadmisible conforme a elementales principios de derecho procesal.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, D.E., tres de marzo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Jorge Valencia Arango**

Actor: **Gregorio Becerra Becerra**

Referencia: Expediente No. 869 Electoral

El ciudadano Gregorio Becerra Becerra, mayor y vecino de Bogotá, en ejercicio de la acción pública electoral, solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"Primero. Que se declare que el ciudadano Juan B. Pérez Rubiano no reúne las condiciones o requisitos que "además" exige el artículo 94 de la Constitución Nacional para poder ser elegido Senador de la República pero ni siquiera reúne una sola de tales condiciones.

"Segundo. Que se declare que el ciudadano Juan B. Pérez Rubiano era inelegible o no podía ser elegido Senador de la República por hallarse dentro de la hipótesis prevista por el segundo inciso del artículo 108 de la Constitución Nacional, toda vez que había ejercido los cargos de Miembro de la Junta Directiva de la Electrificadora de Boyacá S.A., y del Instituto de Desarrollo de Boyacá "IDEBOY".

"Tercero. Que, como consecuencia de las dos anteriores declaraciones o de una cualquiera de ellas, se decrete la nulidad del acto mediante el cual la Comisión Escrutadora Departamental de Boyacá integrada por los Delegados de la Corte Electoral declaró electo Senador suplente por la Circunscripción Electoral de Boyacá y Casanare para el período constitucional de 1982 a 1986 al ciudadano Juan B. Pérez Rubiano en las elecciones realizadas el 14 de marzo de 1982.

"Que igualmente se decrete la cancelación de la credencial que le fue expedida al citado ciudadano y se comunique la decisión al Senado de la República, al Ministerio de Gobierno, a la Corte Electoral y a las demás autoridades que se juzgue pertinente.

"Cuarto. Que al tenor de lo prescrito por el artículo 37 de la Ley 85 de 1981 se le imponga al ciudadano Juan B. Pérez Rubiano la pena de interdicción para el ejercicio de cualquier cargo público por el término de cuatro años contados a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia.

"Que igualmente se le imponga al ciudadano Juan B. Pérez Rubiano la pena de no poder ser elegido para la Corporación pública de elección popular alguna hasta el vencimiento del próximo cuatrenio electoral de 1986 a 1990" (Fls. 18 y 19).

COMO HECHOS EXPUSO EL LIBELO:

"1. El ciudadano Juan B. Párez Rubiano aun cuando ostenta la calidad de abogado y de economista no tiene ninguna de las dos calidades como lo demuestra con los certificados expedidos por el Ministerio de Justicia y por el Consejo Nacional Profesional de Economía.

"2. El ciudadano Juan B. Pérez Rubiano no ha desempeñado ninguno de los cargos que habilitan para ser elegido Senador de la República y que enumera el artículo 94 de la Constitución Nacional, ni mucho menos ha podido ejercer los cargos allí previstos o alguno de ellos para los cuales requiere título universitario que no tiene.

"3. El ciudadano Juan B. Pérez Rubiano ejerció los cargos de Miembro de las Juntas Directivas o Administradoras de la Empresa Estatal "Electrificadora de Boyacá S.A.", y del establecimiento público descentralizado del orden departamental denominado Instituto de Desarrollo de Boyacá —IDEBOY— durante el semestre inmediatamente anterior al 14 de marzo de 1982.

"4. Juan B. Pérez Rubiano se inscribió como candidato al Senado de la República por la circunscripción electoral de Boyacá y Casanare para el período constitucional 1982 a 1986, como primer suplente de la lista que encabeza Humbero Avila Mora.

"Esta inscripción fue demandada con fundamento en el artículo 36 de la Ley 85 de 1981, pero el Tribunal Contencioso Administrativo de Tunja negó la aplicación de la norma mediante la excepción de inconstitucionalidad que consagra el artículo 215 de la Carta Fundamental, y no obstante tratarse de una providencia mediante la cual aplica la excepción de inconstitucionalidad el Tribunal sistemáticamente ha negado todos los recursos interpuestos para ante el Consejo de Estado.

"5. La lista encabezada por Humberto Avila Mora con la suplencia de Juan B. Pérez Rubiano para el Senado de la República obtuvo el número de votos necesario en las elecciones del 14 de marzo de 1982 y por tal motivo los dos fueron declarados electos según acto de la comisión escrutadora integrada por los Delegados de la Corte Electoral fechado el 22 de marzo de 1982, cuya copia acompaño.

"6. Aunque no es necesario para tomar las decisiones impetradas, por considerarlo imprescindible éticamente, me permito denunciar el hecho aberrante de que el Gerente de la Electrificadora de Boyacá S.A. le entregó a Juan B. Pérez Rubiano el cronograma de la iniciación de las obras y Trabajos de

electrificación en el departamento y éste utilizó ese privilegio y el de su condición de Miembro de la Junta Directiva para presentarse en los lugares en donde iban a adelantarse programas de electrificación a ofrecer las obras a nombre personal y no pocas veces mediante la amenaza de que si no votaban por las listas de él no habría obras, incluso se cortaría el servicio donde ya se estaba prestando.

"Este hecho habrá de ser investigado por la Procuraduría y el resultado de la investigación será comunicada al Consejo de Estado como lo he pedido, para demostrar cómo lo que la Constitución y la ley presumen al crear las incompatibilidades y consagrar las causas de inelegibilidad tiene plena justificación toda vez que el ejercicio de aquellos cargos determina a la postre la coacción sobre los electores.

"Sería, por lo tanto el caso, de que en evento como el presente se anulara la totalidad de la lista y no simplemente el renglón del inelegible, porque de la inmoral actuación de uno se benefician todos los de la lista y quedan protegidos por la impunidad.

"7. Juan B. Pérez Rubiano ha ostentado el título de abogado y el de economista y no tiene ninguno de los dos, como lo demuestra con las certificaciones adjuntas, por lo tanto, ha incurrido en el delito que consagra el artículo 227 del C. Penal" (fls. 19 a 21).

Como normas violadas citó los artículos 94 y 108 de la Constitución Política.

En la mitad del escrito demandatorio, expresó:

"Petición especial.

"Si con la investigación que habrá de adelantar la Procuraduría se estableciere el aprovechamiento ilícito del favor popular en pro de la lista encabezada por el Senador de la República Humberto Avila Mora en razón de actos imputables a su suplente, Juan B. Pérez Rubiano, solicitó:

"Que se decrete también la nulidad del acto mediante el cual la Comisión Escrutadora Departamental de Boyacá integrada por los delegados de la Corte Electoral declaró electo Senador principal por la Circunscripción Electoral de Boyacá y Casanare para el período constitucional de 1982 a 1986 al ciudadano Humberto Avila Mora en las elecciones realizadas el 14 de marzo de 1982, y suplente Juan B. Pérez Rubiano.

"Que se declare igualmente que no son escrutables ni computables los votos emitidos por ninguno de los candidatos que integran la lista encabezada para Senado de la República por Humberto Avila Mora, y,

"Que proceda el Honorable Consejo de Estado a realizar el escrutinio de los votos emitidos para Senado de la República el 14 de marzo de 1982 en la circunscripción electoral de Boyacá y Casanare y haga la declaratoria de elección que corresponda según la totalidad de votos válidos y escrutables emitidos por las restantes listas inscritas.

"En el evento de estas peticiones especiales se expedirán las credenciales a que hubiere lugar y se librarán las comunicaciones pertinentes" (f. 22).

Y al final del libelo petitorio, dijo el demandante:

"Aclaración necesaria.

"Para obviar cualquier equívoco en torno a los dos géneros de peticiones contenidas bajo el epígrafe "peticiones" y "petición especial" ruego al honorable Consejo de Estado interpretar como peticiones principales las colocadas bajo el epígrafe "petición especial" y como subsidiarias las colocadas bajo el epígrafe "peticiones" (fl. 26).

El proceso ha recibido el trámite previsto por la ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia:

I. EL CONCEPTO FISCAL

La Fiscalía 6a., de la Corporación expone en su concepto de fondo:

"Comprobado como está dentro del expediente que el ciudadano Juan Pérez Rubiano, fue elegido Senador Suplente por la circunscripción electoral de Boyacá y Casanare para el período de 1982 a 1986, la Fiscalía procede a hacer las siguientes consideracines:

"Petición principal:

"Con relación a esta petición llamada también por el actor petición especial, advierte la Fiscalía que el actor no citó las disposiciones que según su estimación fueron transgredidas, ni tampoco el concepto de la violación. Simplemente enunció su súplica y señaló los argumentos de hecho, pero no hizo alusión alguna a las razones de derecho dejando incompletos los elementos de la pretensión.

"Podría pensarse que la petición especial o principal se encuentra basada también en las disposiciones que fueron citadas como fundamentos de derecho de las peticiones subsidiarias, pero de la cuidadosa lectura de esta parte de la demanda puede concluirse que la causa petendi "el aprovechamiento ilícito del favor popular en pro de la lista" no tiene relación con el artículo 94 de la C.N., diferente a la que pudiera presentarse si tal comportamiento hubiera dado lugar a condena por sentencia judicial, hecho al cual el actor en ningún momento ha hecho referencia, y tampoco le encontramos relación con el artículo 108 de la Carta.

"Este efecto de la demanda impide al Consejo en mi sentir pronunciarse sobre el fondo de este punto de la litis dada la naturaleza rogada del sistema contencioso, según la cual los actos acusados no pueden ser anulados por conceptos diferentes a los invocados por el propio demandante. La no invocación de la norma violada hace imposible la verificación que la jurisdicción debe hacer entre los hechos y el derecho y le impide declarar contrariedad o violación legal alguna. Considera la Fiscalía que se impone por tanto una sentencia parcialmente inhibitoria.

"PETICIONES SUBSIDIARIAS:

"Dos son los fundamentos de las peticiones subsidiarias: la ausencia de condiciones del ciudadano Juan Pérez Rubiano, para ser elegido Senador y el

estar incurso en inhabilidad constitucional por haber sido miembro de las Juntas Directivas o Administradoras de la Empresa Estatal "Electrificadora de Boyacá S.A.", y el establecimiento público descentralizado del orden departamental denominado "Instituto de Desarrollo de Boyacá" Ideboy, durante el semestre inmediatamente anterior al 14 de marzo de 1982.

"Ausencia de condiciones:

Dispone el Art. 98 de la C.N.:

"Para ser elegido Senador se requiere ser Colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de treinta años de edad en la fecha de la elección y, además haber desempeñado algunos de los cargos de presidente de la República, designado, miembro del Congreso, Ministro de Despacho, jefe de departamento administrativo, jefe de misión diplomática, gobernador de departamento, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de Tribunal Superior o Contencioso Administrativo, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República, profesor universitario por cinco años a lo menos, o haber ejercido por tiempo no menor de cinco años una profesión con título universitario.

"Ningún ciudadano que haya sido condenado por sentencia judicial o pena de presidio puede ser elegido Senador. Se exceptúan de esta prohibición los condenados por delitos políticos.

"Se entiende que el desempeño de alguno de los determinados cargos, el profesorado y el ejercicio profesional no son condiciones acumulativas, o sea que basta que se acredite una de ellas para que el candidato sea elegible. Veamos si en el caso del ciudadano Juan Pérez Rubiano, se puede predicar la ausencia de alguna de las exigencias de la norma constitucional citada.

"La nacionalidad colombiana, la ciudadanía en ejercicio y edad no han sido puestas en duda por el actor, pues en su libelo se refiere a las condiciones que "además" exige el artículo 94 de la C.N., indicando con ello que la ausencia de requisitos hace relación a los señalados como adicionales en esta norma; sin embargo, bien puede anotarse que sobre estas exigencias hace especial mención Juan Pérez Rubiano dentro de la diligencia de interrogatorio de parte, en la cual se identificó con la cédula de ciudadanía No. 17070891 de Bogotá.

"Aparece comprobado que la Pontificia Universidad Javeriana otorgó al elegido Juan Pérez Rubiano el título de doctor en Ciencias Económicas y le entregó el respectivo diploma que fue registrado como era de rigor en el Ministerio de Educación (fls. 42, 113 y 119 cuaderno de pruebas y 79 y 88 cuaderno principal) con lo cual se acredita en forma plena que el doctor Pérez Rubiano posee título universitario.

"También aparece acreditado que el mismo ha ejercido por término no menor de cinco años después de la obtención del título, la profesión de economista, en forma subsidiaria, en los cargos de Subgerente Comercial de la Empresa Colombiana de Minas por el tiempo comprendido entre el 16 de mayo de 1972 y 24 de junio de 1973 (fl. 7 cuaderno de pruebas) y de Jefe de la División de Comercio Exterior del Ministerio de Desarrollo Económico del 27 de febre-

ro de 1969 al 2 de septiembre de 1970 (fls. 11 a 16 cuaderno de pruebas) (no tenemos en cuenta los empleos de Gerente General de la Empresa Colombiana de Minas, y Gerente del Instituto de Desarrollo de Boyacá IDEBOY porque estimamos que éstos son eminentemente administrativos de dirección) y en forma independiente, según testimonios de Jorge Armando Cabrera Castro (fl. 132 cuaderno principal) quienes afirman de Juan Pérez Rubiano: "a partir de terminar su carrera colaboró conmigo en las asesorías anteriormente mencionadas y estoy absolutamente seguro que desde esa fecha está vinculado a la actividad de asesorías económicas y financieras" y "desde el año de 1966 ha ejercido con su grado de economista dicha profesión en la ciudad de Bogotá, en la ciudad de Tunja y en diferentes ciudades del país".

"A folio 8 del cuaderno de pruebas encontramos certificación de la Secretaría General del Consejo Nacional Profesional de Economía que textualmente dice: "El no estar inscrito en el Consejo Nacional de Profesional de Economía indica que se está ejerciendo ilegalmente la profesión, mas no equivale a no tener grado". La misma secretaría hace constar a fl. 12 del cuaderno principal que "el señor Juan Perez Rubiano identificado con la c.c. No. 17.070.891 de Bogotá no se encuentra inscrito ante el Consejo Nacional Profesional de Economía, por lo tanto no posee tarjeta profesional de Economista".

"La Fiscalía no ha tenido en cuenta para la formación de su concepto estas aseveraciones porque considera que exigir como condición de ilegibilidad la inscripción en el Consejo Nacional Profesional de Economía sería incluir dentro de la norma constitucional un elemento nuevo, no previsto por el constituyente y, además, que sería aventurado calificar la actividad profesional de que dan fe las pruebas relacionadas, como ejercicio ilegal de la profesión, sin tener los elementos de juicios necesarios para analizar las funciones y demás actuaciones desempeñadas a la luz de lo dispuesto por el artículo 8o. de la Ley 41 de 1969 que define qué se entiende por ejercicio ilegal de la profesión de economista.

"Con los elementos probatorios que hemos relacionado, opina la Fiscalía que se ha establecido plenamente que la persona cuya elección se impugna al momento de someter su nombre a la elección popular reunía los requisitos exigidos por el canon constitucional, motivo por el cual no prospera el primer cargo del actor.

INHABILIDAD CONSTITUCIONAL

"La segunda razón de hecho aducida por el accionante es la inelegibilidad del candidato por razón de la inhabilidad instituida en el segundo inciso del artículo 108 de la Constitución Nacional. El inciso invocado prescribe:

"Tampoco podrán ser elegidos miembros del congreso o diputados, los gobernadores, los alcaldes de capitales de departamento o de ciudades con más de trescientos mil habitantes, los contraloress departamentales y los secretarios de gobernación, sino un año después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones; ni tampoco cualquier otro funcionario que seis meses antes de la elección haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar en la circunscripción electoral respectiva.

"El cargo concreto se traduce en la violación del aparte final del segundo inciso o sea "ni tampoco cualquier otro funcionario que seis meses antes de la elección haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar, en la circunscripción electoral respectiva".

"En los autos encontramos documentos que comprueban que el doctor Juan B. Pérez Rubiano en el semestre anterior a la fecha de la elección (14 de marzo de 1982) fue miembro suplente de la Junta Directiva de la Electrificadora de Boyacá S.A., sociedad anónima clasificada legalmente como entidad descentralizada indirecta del orden nacional y sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado y que actuó en el mismo lapso en su calidad de tal (fls. 14 y 15 cuaderno principal y 3 y 4 del cuaderno de pruebas).

"Igualmente que en el mismo período desempeñó el cargo de miembro principal de la Junta Directiva del Instituto de Desarrollo de Boyacá, establecimiento público del orden departamental (fl. 16 cuaderno principal, fls. 23 y 66 cuaderno de pruebas).

"Debemos concluir entonces que efectivamente el doctor Juan B. Pérez Rubiano dentro del semestre anterior a su elección ejerció las funciones correspondientes a su condición de miembro de Juntas Directivas de entidades públicas descentralizadas. Cabe ahora preguntar si estos hechos probados se adecúan a la situación de inhabilidad mencionada en la norma constitucional cuya violación se invoca.

"Para ello es pertinente mencionar que la Sala Plena del Consejo de Estado y recientemente las secciones Cuarta y Segunda, se han pronunciado sobre el particular, en el sentido de que la frase "cualquier otro funcionario" contenida en la norma debe entenderse referida a empleados públicos que hayan ejercido jurisdicción, como los jueces, o autoridad civil como los empleados que no representan la voluntad del Estado, o autoridad política como aquellos empleados estatales que si lo representan y expresan su voluntad (Sentencia Sala Plena septiembre 17 de 1974; procesos electorales acumulados 895, 897 y 899 Sección Cuarta; sentencia 3 de diciembre de 1982. Sección Segunda).

"Bástenos citar uno solo de los apartes de la sentencia del 3 de diciembre de 1982, Consejero Ponente Dr. Joaquín Vanín Tello, que concretamente y después de une xtenso estudio se refiere al desempeño de funciones de miembros de Juntas Directivas:

"¿Desempeñan los miembros de las Juntas Directivas de los establecimientos públicos un empleo público? ¿son funcionarios o empleados públicos? negativamente responden los artículos 3o. parágrafo 2o. del Decreto 2400 de 1968 y 18 del Decreto 3130 del mismo año, el primero de los cuales establece que los miembros de las Juntas Directivas de los establecimientos públicos, entre otros "no tienen por ese solo hecho el carácter de funcionarios públicos". La segunda disposición, o sea el artículo 18 del Decreto 3130 de 1968, dispone:

"Los miembros de las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de

empleados públicos. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes de la materia y por las normas del respectivo organismo.

"No existe contradicción alguna entre las proposiciones afirmativa y negativa de la norma, es decir, entre la que afirma que los miembros de las Juntas Directivas ejercen funciones públicas y la que les niega el carácter de empleados o funcionarios públicos. Lo cierto es, como ya se vio, que se pueden ejercer funciones públicas sin tener la calidad de empleado o funcionario público y ejemplos al respecto trae el artículo 2o. del Decreto 2400 de 1968, con las modificaciones introducidas por el artículo 1o. del Decreto 3074 del mismo año, cuando se refiere a los peritos y jurados de conciencia o de votación".

"Nada tiene que agregar la Fiscalía a los importantes argumentos de las providencias citadas para concluir, plenamente de acuerdo con ellos, que no habiendo tenido el Dr. Juan B. Pérez Rubiano el carácter de funcionario público, el ejercicio de los funciones propias de miembro de las directivas de la electrificadora de Boyacá y el Instituto de Desarrollo de Boyacá en el semestre anterior a su elección y dentro de la respectiva circunscripción electoral, no le inhabilitaron para ser elegido Senador. Las funciones públicas inherentes a la condición de miembros de Juntas Directivas de las entidades públicas fueron ejercidas como particular, no en calidad de "funcionario" como lo establece la norma y por esta razón no es viable hacer extensiva en su caso la causal de inhabilidad invocada.

"Solicitud Fiscal.

"Por los argumentos puntualizados, el Ministerio Público solicita comedidamente a los señores Consejeros se inhiban de pronunciarse sobre la pretensión principal de la demanda y denieguen las súplicas presentadas como subsidiarias" (fls. 178 a 189).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Consejero que inicialmente conoció del presente negocio (antes de la acumulación a otros similares que terminaron por desistimiento), dictó el 22 de abril de 1982, auto inadmisorio, con las siguientes consideraciones:

Se observa que la aclaración convierte en principales las peticiones antes formuladas como especiales en forma hipotética, pendientes de un hecho, que según se afirma, "habrá de ser investigado por la Procuraduría", y al resultado de tal investigación futura, lo que implica falta de técnica en la postulación e impide la aceptación del libelo por este aspecto. Y como por el defecto anotado, las otras peticiones subsidiarias no pueden considerarse principales y es improcedente fraccionar la demanda, se impone su rechazo total (fls. 30 y 31).

La Sala de decisión, por mayoría revocó el anterior auto al decidir el recurso ordinario de súplica, con las siguientes razones:

"Vista la demanda tal como fue presentada no se encuentra ciertamente la falta de técnica que le anota el auto suplicado. La aclaración que en ella hace el actor indica con toda claridad que la petición final, anotada como "especial", tiene el carácter de principal y así lo entendió incluso el auto suplicado. Para

ésta la falta de técnica radica en que, esa petición principal (que comprende la nulidad de las credenciales del Senador principal y del suplente) está planteada "en forma hipotética", en cuanto depende de un hecho "que habrá de ser investigado por la Procuraduría".

"Si bien la introducción del capítulo de la petición principal sugiere que la prosperidad de ella depende que se pruebe el hecho que le sirve de fundamento, esto no quiere decir de ninguna manera que la petición misma haya sido formulada de manera hipotética. La pretensión principal de la nulidad de las dos credenciales aparece planteada en forma clara, concreta, inequívoca, sin condición alguna y por eso en la sentencia habrá de estudiarse necesaria y prioritariamente.

"La agregación hecha por el actor según la cual, si los hechos se prueban a través de la investigación de la Procuraduría prosperará la pretensión, en nada altera el sentido ni la eficacia procesal de la demanda: ella no constituye un hecho, ni una pretensión, ni un cargo, ni una verdadera condición. Es cuando más una alegación o consideración innecesaria e inocua, en cuanto se limita a anotar algo de Perogrullo: que la pretensión prosperará si el hecho se prueba. En consecuencia mal se puede dar trascendencia alguna, ni menos sostener qué pretensión está formulada hipotéticamente, cuando la prosperidad de todo petitum depende siempre con la referida agregación o sin ella de que se prueben los hechos en que se basa.

"Huelga anotar que el hecho a que se refiere la demanda es pasado (la utilización indebida de las obras de electrificación oficial para adelantar la campaña senatorial, hecho 6o. de la demanda) y que solo su prueba, es la que, según la misma demanda, está diferida al futuro, lo cual ocurre normalmente en todas las demandas.

"No puede por consiguiente por esa agregación inocua e innecesaria de que se ha hecho mérito, inadmitirse la demanda. Sería un regorismo excesivo y sin justificación procesal, menos tratándose de una acción popular, en cuyo estudio está interesada la sociedad en general, por referirse al funcionamiento mismo de las instituciones republicanas. En consecuencia habrá de revocarse el auto suplicado y ordenarse la tramitación del juicio propuesto.

"En cuanto al desistimiento que formula el actor a fl. 38, no es procedente por la misma consideración de que se trata de la acción popular o electoral (auto 18 de septiembre/74 Sala Plena. Exp. 144; auto 16 de marzo/82 Sala Plena Exp. 698). "El desistimiento es un auto de renuncia del proceso y se puede hacer libremente cuando están de por medio solo intereses particulares del renunciante y siempre que tenga capacidad para hacerlo. No así cuando al juicio se hallan atados valores más altos como son el imperio de la ley, la pureza del sufragio como fuente del régimen representativo democrático y otros que persigue el proceso electoral y que exige imperiosamente una decisión jurisdiccional. Si el demandante tiene libertad para establecer la acción no puede abandonarla voluntariamente, porque estaría enajenando derechos que no le pertenecen" (auto del Consejo de Estado de 19 de agosto de 1970)" (fls. 46 a 48).

Un nuevo estudio lleva a la Sala a la conclusión de que hay ineptitud sustantiva de la demanda que le impide entrar al fondo, por las siguientes razones:

Se acumulan varias pretensiones en forma subsidiaria, en dos grupos: unas principales, las llamadas en el escrito de demanda "petición especial" y que realmente son varias acumuladas en forma sucesiva y otras, las inicialmente propuestas como "principales", varias acumuladas sucesivamente y que devienen en "subsidiarias".

Pero las principales fueron propuestas con "causa petendi" eventual y futura, pues están subordinadas a que se demuestre en *"la investigación que habrá de adelantar la Procuraduría..."*, determinados hechos, lo que es ostensiblemente inadmisible conforme a elementales principios de derecho procesal.

1. Las pretensiones deben ser afirmativas, actuales, enfáticas, peticiones precisas, concretas y claras que el accionante formula al juez, jamás pendientes de hechos o factores históricos o de hechos futuros (inciertos).

2. La "causa petendi" tiene que consistir en hechos sucedidos al momento de formular la demanda, pues precisamente su existencia y su correspondencia con la hipótesis abstracta de la norma sustantiva, legitiman la formulación de la pretensión.

3. Lo contrario lleva a que al momento de decidir —es el caso de autos— la causa para pedir que sirve de fundamento a la principal no haya sucedido, por lo que faltando la condición de la que pendía dejar de existir la pretensión así formulada y, obvio, sin peticiones principales no es posible hablar de subsidiarias, ya que la existencia de estas últimas no es posible sino a condición de que existan las principales.

Lo brevemente expuesto indica que hay ineptitud sustantiva de la demanda;

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

RESUELVE:

Inhibirse para entrar en el fondo de la controversia por ineptitud sustantiva de la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese y cúmplase.

Jorge Valencia Arango, Presidente de Sección; **Jorge Dangond Flores, Eduardo Suescún Monroy, Carlos Betancur Jaramillo.**

Darío Quiñones Pinilla. Secretario General.

Se deja constancia que la presente providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

DEMANDA. AUTO ADMISORIO. RECURSO DE REPOSICION. Procedencia. El auto admisorio de la demanda es un auto de sustanciación y por lo cual sólo admite recurso de reposición. Excepción (Anales del Consejo de Estado. Nos. 423-424. Tomo LXXVII. Pág. 399).

RECURSO DE SUPLICA ORDINARIO. Admiten el recurso de súplica ordinario los autos susceptibles del de apelación (C.P.C. Art. 363).

RECURSO DE APELACION. Son apelables los autos interlocutorios taxativamente señalados, entre los cuales está el que rechace la demanda, no así el que la admita (C.P.C. artículo 351).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Bogotá, D.E., cuatro de marzo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Gustavo Humberto Rodríguez**

Actor: **Jaime Angulo Bossa**

Referencia: Expediente No. 981 Recurso de súplica

Mediante auto del dos de febrero pasado, el conducto del proceso de la referencia admitió la demanda, pero solo en cuanto en ejercicio de la acción pública electoral, pretende que se declare la nulidad de los actos de nombramiento de Intendentes y Comisario contenido en el Decreto 2968 de 14 de octubre de 1982 y del Jefe del Departamento administrativo Nacional de Estadística DANE, contenido en el Decreto 3026 del 19 de octubre de 1982.

Contra tal providencia, el señor Fiscal Cuarto de esta Corporación interpuso el recurso de súplica para ante los demás integrantes de la Sección Cuarta, para que se ordene la devolución de la demanda al interesado para que la corrija, pues tiene los defectos de contener una indebida acumulación de pretensiones, y la de no individualizar los actos acusados cuya nulidad se ha pedido.

A su turno el actor manifestó su conformidad con la providencia suplicada, y anotó que en su demanda se interpuso como subsidiaria la acción electoral —que es acogida en el auto—, y que antes de ser admitida fueron individualizados los actos administrativos demandados. Por tales razones, y porque estima que el auto admisorio no es susceptible de súplica por cuanto solo son suplicables los autos materia de apelación, y éste no admite ese recurso, el interpuesto debe recharzarse.

SE CONSIDERA:

Para resolver es preciso examinar si es procedente el recurso interpuesto. Al efecto se tiene que admiten el recurso de súplica ordinaria los autos susceptibles del de apelación (C. de P. C., Art. 363); y son apelables los autos interlocutorios taxativamente señalados, entre los cuales está el que rechace la deman-

da, no así el que la admita (C. de P. C., Art. 351). Y en el evento de que se trata, el auto es admisorio.

La jurisprudencia ha dicho que el auto admisorio de demanda es un auto de sustanciación, por lo cual solo admitía el recurso de reposición; pero que tal doctrina ha sido revaluada en el sentido de que si el auto admisorio de la demanda contiene alguna decisión sobre su registro o el monto y clase de la caución que para efectos exige la ley, o sobre secuestros y embargos preventivos, o sobre la representación del demandante o del demandado, o el reconocimiento de apoderados, su carácter de interlocutorio resulta claro (Anales del Consejo de Estado, números 423-424, T. LXXVII, pág. 399).

En el caso en estudio, el auto suplicado se limita a admitir la demanda. Debe concluirse, entonces, que es de sustanciación, y que por tanto no es susceptible del recurso de súplica.

En consecuencia, se resuelve; no es procedente el recurso de súplica interpuesto. Devuélvase el expediente al Consejero conductor del proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Gustavo Humberto Rodríguez, Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn.

Darío Quiñones Pinilla, Secretario General.

ELECTORALES. JUBILADOS. Prohibición de reintegrarse al servicio oficial; tal prohibición solo rige para su ingreso a cargos públicos de la rama ejecutiva nacional, no para cargos departamentales o municipales.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, D.E., veinticuatro de marzo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Jorge Valencia Arango**

Actor: **José Jesús Laverde Ospina**

Referencia: Expediente No. 959

El ciudadano José Jesús Laverde Ospina, en ejercicio de la acción pública, demandó la nulidad del nombramiento del Dr. Hernán Palacio Jaramillo como Gobernador del Departamento del Quindío, según Decreto 2410 de agosto 16 de 1982, artículo 1o., emanado del Gobierno Nacional.

COMO HECHOS, EXPONE EL LIBELO

"Primero. El señor doctor Hernán Palacio Jaramillo, fue designado nuevo Gobernador del Departamento del Quindío, con fecha 16 de agosto de 1982, de conformidad con el Decreto 2410 del Gobierno Nacional.

"Segundo. El señor doctor Hernán Palacio Jaramillo, al ser designado nuevo Gobernador del Departamento, estaba desempeñando el cargo de Presidente del Comité de Cafeteros del Quindío, de donde se retiró con una licencia para entrar a desempeñar el cargo de mandatario seccional.

"Tercero. De conformidad con certificación expedida por la Seccional de los Seguros Sociales, el señor doctor Hernán Palacio Jaramillo, está actualmente gozando de pensión de jubilación, derecho laboral que le fue otorgado por medio de la Resolución No. 054 del primero de febrero de mil novecientos ochenta y dos, con efectos fiscales con retroactividad al 15 de octubre de 1981.

"Está demostrado, que el nuevo Gobernador del Quindío, doctor Hernán Palacio Jaramillo, viene gozando de una pensión de jubilación pagada con dineros del tesoro público, lo cual encuadra dentro de las inhabilidades para desempeñar el cargo de Gobernador del Departamento" (fls. 19 y 20).

Sobre normas violadas y concepto de la violación, dice el escrito de demanda:

"NORMAS VIOLADAS:

"El Decreto Nacional No. 2410 del día 16 de agosto de 1982, en su artículo 1o. viola los Decretos Nacionales con fuerza de Ley Nros. 2400 de 1968 en su artículo 29, subrogado por el Decreto Nacional 3074 de 1968, el Decreto Nacional Nro. (Ley) 1042 de 1978, en su artículo 32, el artículo 64 de la Constitución Nacional, artículo 27 del Código Civil, artículo 78 del Decreto Nacional 1848 de 1969.

"CONCEPTO DE LA VIOLACION:

"El Decreto Nacional 1848 de 1969, preceptúa: "Art. 76. Prohibición al jubilado de reintegrarse al servicio oficial. Regla general y excepciones. La persona retirada con derecho a pensión de jubilación, no podrá reintegrarse al servicio oficial, en entidades de derecho público, establecimientos públicos, empresas oficiales y sociedades de economía mixta, conforme a la prohibición establecida en el artículo 29 del Decreto-ley 2400 de 1968, subrogado por el Decreto 3074 del mismo año citado.

"El Decreto Nacional Nro. 2410 del día 16 de agosto de 1962 en su artículo 1o. en lo que respecta con la designación de Gobernador del Quindío, está violando en forma ostensible el Decreto-ley 2400 de 1968 en su artículo 29, subrogado por el Decreto Nacional 3074 de 1968, el Decreto-ley 1042 de 1978, en su artículo 32. El artículo 64 de la Constitución Nacional, artículo 27 del Código Civil, artículo 78 del Decreto-ley 1845 de 1969 y el artículo 121 del Decreto-ley 1950 de 1973.

"Está pues demostrado, que el señor doctor Hernán Palacio Jaramillo, está inhabilitado para desempeñar el cargo de Gobernador del Departamento en razón de venir recibiendo una pensión de jubilación por parte del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, Seccional Quindío, jubilación que le fue concedida por haber prestado sus servicios como médico pediatra en la citada Institución del Estado, según la Resolución No. 054 del primero de febrero de

1982, emanada de la Gerencia Seccional de Armenia Quindío, con retroactividad al día 15 de octubre de 1981.

"Tenemos que en un acto completamente violatorio de normas positivas de derecho y a la vez de mayor jerarquía como son los Decretos-ley, que prohíben que los jubilados por el Tesoro Nacional sean incorporados nuevamente al servicio del Estado con excepciones taxativas, tomó posesión de su cargo el señor doctor Hernán Palacio Jaramillo como nuevo Gobernador del Quindío de conformidad con el acta de posesión cuya copia fue expedida por el Honorable Tribunal Superior del Quindío y numerada bajo el 0140 del día 27 de agosto de 1982.

"En el concepto de la violación, deseo hacer claridad que los decretos leyes que he citado como violados, tienen mayor jerarquía que el artículo 1o. del Decreto del Gobierno Nacional No. 2410 del día 16 de agosto de 1982, en lo que se relaciona con la designación de gobernador para el Departamento del Quindío.

"Tenemos que de conformidad con las normas de derecho positivo que he citado y demostrado que se encuentran violadas en forma ostensible, el nombramiento recaído en el jubilado por el Instituto de los Seguros Sociales, señor doctor Hernán Palacio Jaramillo, el cual lo inhabilita para desempeñar sin violación ostensible de la ley, el cargo de Gobernador del Departamento del Quindío, ya que su designación es completamente nula de toda nulidad, así lo preceptúan las disposiciones que se encuentran violadas..." (fls. 20 y 21).

Se constituyó en parte coadyuvante el ciudadano Aldamar Taberes Herrera y como impugnador el ciudadano Oscar Jiménez Leal.

El proceso ha recibido el trámite previsto por la ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado por lo que se procede a dictar sentencia.

I. EL CONCEPTO FISCAL

El Dr. Carlos Octavio Rodríguez, Fiscal 3o. de la Corporación, expone en su concepto de fondo:

"El aspecto probatorio.

Está demostrado que el doctor Hernán Palacio Jaramillo en su calidad de médico pediatra es un pensionado del orden nacional, del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, Seccional del Quindío, según Resolución No. 054 de 1o. de febrero de 1982 (ver folios 8, 16, 17 y 18).

"Teniendo en cuenta que el doctor Hernán Palacio Jaramillo es un pensionado del orden nacional, puesto que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales es un establecimiento público de ese orden, era inhábil legalmente para ser nombrado Gobernador del Quindío. Esta inhabilidad o incompatibilidad la tenía el Gobernador designado teniendo en cuenta el texto del artículo 78 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969 que prescribe:

"Artículo 78. Prohibición al jubilado de reintegrarse al servicio oficial. Regla general y excepciones. La persona retirada con derecho y en goce de pensión de jubilación, no podrá reintegrarse al servicio oficial, en entidades de

derecho público, establecimientos públicos, empresas oficiales y sociedades de economía mixta conforme a la prohibición establecida en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, subrogado por el Decreto 3074 del mismo año citado".

"El ámbito de validez jurídica del artículo 78, in examine:

"La tesis de que los Decretos 2400, 3074 de 1968 y 1848 de 1969, son válidos exclusivamente para el servicio civil de la Nación no puede admitirse con el dogmatismo y universalidad que plantea el impugnador de la demanda. Si bien es cierto que el H. Consejo de Estado así lo ha admitido para los efectos del régimen disciplinario, salarial y prestacional de los funcionarios y empleados de la rama ejecutiva del sector central, esta misma entidad ha distinguido en la misma jurisprudencia traída a colocación (sic) por el impugnante al afirmar: que los decretos de la llamada reforma administrativa de 1968 en lo que se refiere a la estructura de la Administración Pública y en especial de los Establecimientos Públicos, Empresas Comerciales e Industriales del Estado y Sociedades de Economía Mixta, se aplican en el orden Departamental y Municipal, no solo en cuanto dichos Decretos no se limitan exclusivamente al orden nacional, sino *porque, de no aplicarse a tales órdenes, se produciría en ellos un vacío legislativo que sería preciso llenar con las disposiciones de tales Decretos.* El Legislador extraordinario legisló con profundidad y diversidad de materias, como la inhabilidad de los pensionados y sus excepciones y hasta llegó a no distinguir, y por tanto el intérprete no lo puede hacer, en la siguiente norma:

"Artículo 1o. Decreto 2400 de 1968:

"El presente decreto regula la Administración de personal civil que presta sus servicios en los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público", sin haber agregado la expresión "del orden nacional", porque evidentemente rama ejecutiva del poder público abarca la rama ejecutiva de los órdenes nacional, departamental, distrital y municipal".

"Formalmente el Decreto 1846 excluye de su aplicación solamente al personal de las Fuerzas Armadas de policía resguardos oficiales (ver artículo 106 Decreto 1848 de 1968).

"La descentralización territorial y la materia legislativa de la inhabilidad pensional para reintegrarse al servicio público.

"Es cierto que la materia sub-judice está lindando con el aspecto de la descentralización territorial puesto que el Gobernador, aunque designado por el Presidente de la República, en el orden administrativo, es una autoridad departamental, pero también es cierto que, como Agente del Presidente tiene origen su nombramiento en un Decreto Nacional cuya legalidad corresponde a la competencia nacional que tiene el Consejo de Estado para juzgar los actos administrativos proferidos por el Presidente de la República.

"¿Podría, entonces, por esta dicotomía, afirmarse con certeza, que los gobernadores pueden ser nombrados por el Presidente de la República sin tener en cuenta la inhabilidad existente en la primera parte del artículo 78 del Decreto 1848 de 1969 para los pensionados extendiéndoles por analogía, la excepción insita en el parágrafo del artículo 78 del Decreto 1848 de 1969?

"Parágrafo. Lo dispuesto en los artículos anteriores no comprende a las personas que vayan a ocupar cualquiera de los siguientes empleos: presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente, Director de establecimientos públicos, o de empresas industriales y comerciales del Estado, miembro de misión diplomática no comprendido en la respectiva carrera y secretario privado de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo y los demás empleos que el gobierno nacional señale, conforme a la facultad que al efecto le confiere el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 citado antes".

"No lo cree así el Ministerio Público por cuanto las excepciones son de carácter restrictivo, máxime tratándose de inhabilidades que protegen el orden público y la prestación racional del servicio público y porque el impugnante tampoco demostró que esta excepción hubiese sido ampliada a los Gobernadores, por razón de servicio público, como se faculta en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968.

"Si el Presidente de la República no puede reintegrar al servicio pensionados de los órdenes territoriales seccionales, menos podía designar como gobernador a un pensionado por la Nación (Instituto de Seguros Sociales).

"LA DIVERSIDAD DE MATERIAS DE LA REFORMA DE 1968

"Las inhabilidades y el régimen de pensiones. El artículo 78, en examen, hace parte de aquellas materias específicas que solo al legislador compete regular. —Las inhabilidades, por hacer parte de una de las libertades públicas—, el acceso al servicio público, constituyen siempre materias restrictivas que solo compete regularlas el legislador y no podrían ser materia de regulación por parte de las asambleas departamentales o concejos distritales o municipales. El reintegro de pensionados al servicio oficial, facultad que limita las expectativas de ingreso al servicio de gentes no pensionadas, solo puede ser regulada y exceptuada por el legislador y ninguna Asamblea ni Concejo perteneciente al régimen departamental o Municipal podría regular éste reingreso, limitando la excepción, ampliándola o permitiendo el reingreso al servicio de pensionados. El principio de favorabilidad de prestaciones laborales disímiles que existe en nuestro país no modifica el sistema jerárquicamente superior, único y absoluto de inhabilidades ciudadanas que no puede regular sino el legislador y que no puede admitir discriminaciones ni distinciones entre pensionados inhábiles para su reingreso al servicio por provenir su pensión de alguno de los órdenes en que se divide la jerarquía territorial. A términos del artículo 76 del Decreto 1848 de 1969 y de los cánones que regulan toda la estructura orgánica de la reforma de 1968, el Presidente de la República no puede designar pensionados para desempeñar el cargo de Gobernadores cuando éstos se hayan pensionado por los Departamentos, Distritos o Municipios porque el artículo 78, que regula una inhabilidad —la de reingreso al servicio público de pensionados— constituye una materia especial, limitante a los derechos y libertades de los ciudadanos que solo al legislador compete regular; tampoco pueden hacerse estas designaciones porque la excepción a la regla general (parágrafo del artículo 78) debe interpretarse con carácter restrictivo. Si para un pensionado con ese carácter existen estas limitantes, a

fortiori, con la calidad de pensionado nacional que tenía el Gobernador del Quindío, no podía ser designado por la Presidencia de la República en el cargo que le fuera discernido por el decreto cuya nulidad se impetra. Era el mismo pensionado quien, conociendo su calidad de inhábil para desempeñar ese cargo, por encontrarse en goce de pensión nacional, ha debido hacer la manifestación de su inhabilidad y declinar el nombramiento correspondiente así a la confianza y especial deferencia del señor Presidente de la República. Como así no se hizo por el pensionado, designado Gobernador del Quindío, se sigue que el decreto acusado debe ser declarado nulo por la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Siguiendo el principio romano de la "Dura lex. sed lex ésta es la opinión del Ministerio Público" (fls. 60 a 65).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

a) Dispuso la Ley 65 de 1967, (diciembre 28) conceder facultades extraordinarias al Presidente de la República, en los términos del artículo 76, ordinal 12, de la Constitución Política, para:

"...

"g) Modificar las normas que regulan la clasificación de los empleos, las condiciones que deben llenarse para poder ejercerlos, los recursos de adiestramiento y el régimen de nombramiento y ascensos dentro de las diferentes categorías, series y clases de empleos.

"h) Fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos nacionales, así como el régimen de prestaciones sociales.

"i) Suprimir, fusionar y crear dependencias y empleos en la Rama Ejecutiva del Poder Público, y en los institutos y empresas oficiales y acordar autonomía o descentralizar el funcionamiento de oficinas de la Administración que así lo requieran para el mejor cumplimiento de sus fines;

"j) Establecer las reglas generales a las cuales deben someterse los institutos y empresas oficiales en la creación de empleos y en el señalamiento de las asignaciones y prestaciones sociales de su personal y el régimen del servicio.

En desarrollo de las aludidas facultades el Gobierno Nacional, dictó, entre otros los siguientes decretos leyes:

1. Decreto-ley 1050 de 1968 (julio 5) "Por el cual se dictan normas generales para la reorganización *y el funcionamiento de la Administración Nacional.*

2. Decreto-ley 3130 de 1968 (diciembre 26), "Por el cual se dicta el estatuto orgánico *de las entidades descentralizadas del orden nacional.*

3. Decreto-ley 2814 de 1968 (noviembre 15) "Por el cual se reorganiza la Secretaría de Organización e *Inspección de la Administración Pública".*

4. Decreto-ley 2400 de 1968 (septiembre 19) "Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones" y en su articulado expresamente dice regular la administración de personal civil de "la Rama Ejecutiva del Poder Público".

El anterior decreto, se refiere, en toda su extensión, a los empleados de la Rama Ejecutiva Nacional, con las únicas excepciones siguientes:

a) El segundo inciso del artículo 10, que dice:

"Queda prohibido a los pagadores y habilitados de todas las dependencias administrativas nacionales, departamentales y municipales, y de los Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado, hacer descuentos o retenciones de sueldo o salarios con destino a los fondos de los partidos políticos o para cualquier finalidad de carácter partidario, aun cuando medie autorización escrita de los empleados. Queda igualmente prohibido hacer tales retenciones y descuentos con destino a homenajes u obsequios a los superiores".

b) Y el parágrafo 1o. del artículo 25, por disposición del parágrafo 2o. del mismo artículo, los cuales dicen:

"Parágrafo 1o. Al producirse el retiro de un empleado, copia autenticada de la hoja de vida deberá ser pasada por la correspondiente autoridad al Departamento Administrativo del Servicio Civil, organismo que mantendrá un registro de las personas que hayan prestado servicios a la Administración Pública. Cuando se fuere a nombrar a cualquier persona, la entidad nominadora inquirirá con dicho departamento si ha pertenecido a la Administración y los antecedentes que registre.

"Parágrafo 2o. Lo dispuesto en el parágrafo anterior se aplica a quienes presten sus servicios en la Administración Departamental y Municipal".

Dentro del comentado estatuto se encuentra el artículo 29, que dice:

"Artículo 29. El empleado que reúna las condiciones para tener derecho a disfrutar de una pensión de jubilación, cesará definitivamente en sus funciones y será retirado del servicio".

"La persona retirada con derecho a pensión de jubilación, no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar posiciones de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrtivo, 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 comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados de los Despachos de los funcionarios de que trata este artículo".

Ya se ha visto que el Decreto 2400, desarrollo de la Ley 65 de 1967, no se refirió ni podía referirse a los empleados y funcionarios distintos a los de la Rama Ejecutiva Nacional y ello se refuerza, aún más, analizando los términos del artículo transcrito.

En efecto. No se concibe que si se refiriera a funcionarios y empleados de las entidades públicas territoriales, no incluyera en las excepciones al Gobernador de Departamento, agente del Presidente de la República, cuando si ha excluido a funcionarios de segunda o tercera categoría como son los secretarios privados de cualquiera de los funcionarios excluidos.

Y a la misma conclusión hay que llegar, suponiendo que subsistiera alguna duda, con el examen del artículo 2o. del Decreto, al disponer sobre empleos de libre nombramiento y de carrera. Para los primeros, adopta el sistema de la enumeración y los que enumera son todos de la Rama Ejecutiva Nacional, entre los cuales no están, obviamente, los Gobernadores y para los segundos, por exclusión los determina así: "son de carrera los demás empleos de la Rama Ejecutiva", por lo que si se aceptara que abarca a toda la Rama Ejecutiva, nacional, departamental y municipal, resultarían ser funcionarios de carrera los Gobernadores y los Alcaldes.

Lo anterior impone la conclusión de que la prohibición para los jubilados de reintegrarse al servicio oficial se refiere exclusivamente a la Rama Ejecutiva Nacional, no a la Departamental o Municipal.

5. El Decreto-ley 3074 de 1968 (diciembre 17), "Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 2400 de 1968".

"El artículo 29 del Decreto-ley 2400, quedó así:

"El empleado que reúna las condiciones para tener derecho a disfrutar de una pensión de jubilación, cesará definitivamente en sus funciones y será retirado del servicio, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que reúna tales condiciones. No obstante, el gobierno podrá establecer excepciones para el retiro cuando las necesidades del servicio lo exijan.

"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".

6. El Decreto-ley 2285 de 1968 (septiembre 2) "Por el cual se fija el régimen de clasificación y remuneración de los empleos de los Ministerios, Departamento Administrativo y Superintendencia" y como su enunciado lo dice, solo a funcionarios y empleados nacionales se refiere.

7. El Decreto-ley 3135 de 1968 (diciembre 26), sobre seguridad social de los empleados públicos y trabajadores oficiales, reglamentado por el Decreto 1846 de 1969, en cuyo artículo 78, se dice:

"Artículo 78. Prohibición al jubilado de reintegrarse al servicio oficial. Regla general y excepciones. La persona retirada con derecho y en goce de pensiones de jubilación, no podrá reintegrarse al servicio oficial, en entidades de derecho público, establecimientos públicos, empresas oficiales y sociedades de economía mixta, conforme a la prohibición establecida en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, subrogado por el Decreto 3074 del mismo año citado.

"Parágrafo. Lo dispuesto en los artículos anteriores no comprende a las personas que vayan a ocupar cualquiera de los siguientes empleos: presidente de la república, ministro de despacho, jefe de departamento administrativo, superintendente, viceministro, secretario general de ministerio o departamento administrativo, presidente, gerente, director de establecimientos públicos o de empresas industriales y comerciales del Estado, miembro de misión diplomática no comprendido en la respectiva carrera y secretario privado de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo y los demás empleos que el gobierno nacional señale, conforme a la facultad que al efecto le confiere el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, citado antes".

Y conviene observar que, según el artículo 7o. de dicho Decreto Reglamentario, tanto sus normas como las del Decreto 3135 de 1968 —y agrega la Sala y las de todos los Decretos dictados en virtud de las facultades concedidas al Gobierno por la Ley 65 de 1967— *"se aplicarán a los empleados públicos nacionales de la rama administrativa del poder público, mientras la ley no disponga otra cosa"*.

d) En los mismos términos, sobre extensión de su aplicación, se pronunció el Decreto 1950 de 1973, reglamentario de los Decretos-leyes 2400 y 3074 de 1968, al estatuir que regula la administración del personal civil *"de la Rama Ejecutiva del Poder Público en lo nacional..."*.

Y con igual criterio, su artículo 121 reproduce lo previsto por el Artículo 29 del Decreto-ley 2400 de 1968, con la modificación introducida por el Decreto-ley 3074 del mismo año.

c) Del somero análisis hecho de la Ley 65 de 1967, y de los decretos leyes dictados en su desarrollo, surge con meridiana claridad la conclusión de que las normas contenidas en ellas, con las varias excepciones anotadas, se aplican, exclusivamente, *a los empleados y funcionarios públicos de la Rama Ejecutiva Nacional* y, por lo mismo, la prohibición para los jubilados de reintegrarse al servicio oficial, solo rige para su ingreso a cargos públicos de la rama ejecutiva nacional, no para cargos departamentales o municipales.

d) La regla general de la capacidad "para elegir y ser elegido" y "para desempeñar empleos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción" (Artículo 15 Constitución Nacional) es la simple calidad de ciudadano colombiano, por lo que constituyen *"excepción"* las leyes que restringen el acceso al servicio público mediante institución de "inhabilidades", "incapacidades", "incompatibilidades" y "causales de inelegibilidad".

Así, el artículo 29 del Decreto-ley 2400 de 1968, subrogado por el Decreto-ley 3074 de 1968, crea una excepción al prohibir el acceso o reingreso al servicio público de los jubilados del sector oficial y, por lo mismo, es de estrictísima y restringidísima interpretación, no solo por ser excepción, sino por ser odiosa, punitiva y, por tanto, no es posible, aplicar tal prohibición, por extensión o por analogía, a empleados distintos a los en tales decretos contemplados, como sería, en este caso, su aplicación extensiva a los funcionarios públicos de los Departamentos o Municipios.

e) Lo anterior exonera a la Sala de hacer el estudio sobre la naturaleza jurídica de las pensiones de jubilación acordadas por el Instituto de Seguros

Sociales que, aunque últimamente configurado por establecimiento público, paga las jubilaciones con recursos de origen privado, como son las cuotas obrero-patronales, pues su financiación tripartita desapareció ante la peregrina tesis de que la mora en el pago extingue la obligación legal. Y no solo los fondos son de derecho privado sino que los beneficiarios, por lo menos en principio, son trabajadores particulares.

f) Los otros cargos contra la legalidad del decreto de nombramiento del Gobernador del Departamento del Quindío, resultan jurídicamente irrelevantes o inocuos:

1. Si existe la prohibición dentro de la Federación Nacional de Cafeteros para que sus Directivos desempeñen cargos públicos, lo que, por lo demás resulta muy loable, crearía vacante su transgresión en el servicio de la Federación pero no en el servicio público.

2. La violación de la prohibición del artículo 64 de la Constitución Política (Decreto-ley 1042 de 1968, entre otros) de no recibir más de una remuneración o emolumento del Tesoro Público no es causal de nulidad del nombramiento o elección, pues su sanción legal es otra. Por lo demás, aquí se probó que el Gobernador del Quindío pidió y obtuvo, oportunamente, la suspensión del pago de su pensión de jubilación por parte del Instituto de Seguros Sociales, por lo que resulta redundante, como ya se dijo, el estudio de la naturaleza jurídica de tal pensión de jubilación para determinar si son fondos del Tesoro Público o no los que concurren a su pago.

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, en desacuerdo con su colaborador Fiscal,

FALLA:

Deniéganse todas las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Jorge Valencia Arango, Presidente de Sección; **Jorge Dangond Flores, Eduardo Suescún Monroy, Carlos Betancur Jaramillo.**

Darío Quiñones Pinilla, Secretario General.

Se deja constancia que la presente providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

ELECTORALES. SUFRAGIO

1. A la jurisdicción de lo contencioso administrativo el legislador le ha asignado la guarda de los principios constitucionales y legales sobre el sufragio.

ELECTORALES. PROCESO ELECCIONARIO.

2. Elementos que lo forman.

ELECTORALES. JURADOS DE VOTACION.

3. Funciones (artículo 104 de la Ley 28 de 1979. Procedimiento a seguir en el cómputo de votos.

a) ELECTORALES. REGISTROS. ANULACION. El numeral 3o. del artículo 196 de la Ley 167 de 1941 fue sustituido por el artículo 173 de la Ley 28 de 1979, que sanciona con la nulidad el cómputo de actas de escrutinio entregados a los concejeros municipales por fuera del término legal.

ELECTORALES. PLIEGOS ELECTORALES.

5. Entrega: a) En las cabeceras municipales (no hay claridad en la legislación).

b) Corregimientos, inspecciones de policía y sectores rurales (artículo 27 de la Ley 28 de 1979.

LEY. INTERPRETACION. DEROGACION. La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. (Artículo 71 C.C.).

6. ELECTORALES. PLIEGOS DE LAS CABECERAS MUNICIPALES. ENTREGA. Existiendo ciertamente un vacío en cuanto al término para la entrega de los documentos electorales correspondientes a las mesas de votación de cabeceras municipales, bien puede tomarse como término prudencial para ello el señalado en el artículo 26 del Decreto 3254 de 1963, que dentro de una labor de hermenéutica y normación reglamentaria y ante el vacío existente en la materia, se proyecta en el tiempo con la misma fuerza y alcance, que se le han atribuido, y colocado frente a las Leyes 28 de 1979 y 85 de 1981, despeja toda duda con relación con la operancia de estas en el tiempo.

7. ELECTORALES. ACTAS DE ESCRUTINIO. Las actas de escrutinio de toda corporación electoral serán nulas cuando se hayan computado actos de mesas de cabecera municipal recibidas después de las diez de la noche del día de elecciones, o actos introducidos después de los términos señalados por el señor Registrador Nacional del Estado Civil, cuando ellos provengan de corregimientos, inspecciones de policía o sectores rurales.

8. FUNCIONARIOS ELECTORALES. Siendo los funcionarios electorales de investidura transitoria o provisional, los documentos por ellos elaborados o en su poder, aunque correspondan a la verdad real, devienen apócrifos a partir del momento en que por mandato legal han cesado sus funciones. Sanciones por incumplimiento de funciones. (Artículo 42 de la Ley 89 de 1948).

9. ELECTORALES. RECUENTO DE VOTOS. Las comisiones escrutadoras verifican el recuento. La verificación del recuento es

obligatoria. La negativa a una solicitud de recuento de papeletas en parte alguna está erigida como causal de nulidad de los actos de escrutinio de una corporación electoral.

10. ELECTORALES. ACTAS DE ESCRUTINIO. EJEMPLARES. Firma de los cuatro ejemplares (artículo 112 de la Ley 28 de 1979).

11. CUOCIENTE ELECTORAL. Definición. Concepto. Representación proporcional.

12. PARTIDOS POLITICOS. Definición. Régimen político colombiano.

13. DEMOCRACIA. REPRESENTATIVA. Existencia. Doctrina extranjera. Influjo de los partidos.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Bogotá, D.E., veinte de abril de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Samuel Buitrago Hurtado**

Actores: **José Ignacio Vives Echeverría, Sabas Miguel Socarrás Zúñiga, Eduardo Llanes Silvera y Clemente Briñez Herrera**

Referencia: Expedientes electorales acumulados Nos. 933, 936, 937 y 938

Contra el Acuerdo No. 16 de fecha julio 9 de 1982, por medio del cual la Honorable Corte Electoral resolvió las apelaciones interpuestas durante el escrutinio de los votos para Senado, Cámara y Asamblea emitidos en las elecciones del 14 de marzo de 1982, en la circunscripción electoral del Magdalena, pero únicamente en cuanto mediante dicho acuerdo se declara la elección de senadores por la circunscripción dicha, se han presentado ante el Consejo de Estado cuatro demandas de nulidad, a saber:

Una propuesta por el doctor José Ignacio Vives Echeverría en su propio nombre, radicada bajo el número 933.

Otra formulada por el señor Sabas Miguel Antonio de los Milagros Socarrás, radicada bajo el número 936.

Otra presentada por el ciudadano Clemente Briñez Herrera, bajo el número de radicación 938.

Y una cuarta propuesta por el señor Eduardo Llanes Silvera, cuyo número de radicación es el 937.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 229 del Código Contencioso Administrativo, los cuatro juicios se reunieron para ser fallados en una sola sentencia, que la Sala procede a dictar con la ponencia del suscrito Consejero a quien designó la suerte para ello.

CAPITULO I

DEMANDA RADICADA BAJO EL No. 933

El doctor José Ignacio Vives Echeverría, actuando en su propio nombre, en demanda presentada el 22 de julio de 1982 formuló las siguientes peticiones:

"*Primera.* Que es nulo el Acuerdo No. 16 de 1982 (julio 9) expedido por la H. Corte Electoral "Por el cual se resuelven las apelaciones interpuestas durante el escrutinio de los votos para Senado, Cámara y Asamblea emitidos en las elecciones del 14 de marzo del presente año, en la circunscripción electoral del Magdalena", pero únicamente en cuanto mediante dicho acuerdo se declara la elección del senadores de la República por la circunscripción electoral del Magdalena, para el período constitucional de 1982-1986.

"*Segunda.* Que como consecuencia de la anterior declaración, se ordene practicar y se practique por el H. Consejo de Estado un nuevo escrutinio para senadores de la República por la circunscripción electoral del Magdalena, período constitucional 1982 a 1986, escrutinio que se practicará únicamente con base en los registros que no se declaren afectados de nulidad en virtud del presente juicio, correspondientes a las elecciones del pasado 14 de marzo de 1982 de la citada circunscripción electoral, y previa rectificación de los errores aritméticos que se demuestren judicialmente o exclusión de los registros que conforme a la ley no deban ser computados.

"*Tercera.* Que se expidan las respectivas credenciales a quienes resulten declarados electos en este nuevo escrutinio y que, para los efectos del artículo 240 del C.C.A., se dé aviso de sus resultados a los señores presidente de la Corte Electoral, Ministro de Gobierno, presidente del H. Senado de la República, gobernador del Magdalena, delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil en Santa Marta, y presidente del Tribunal Administrativo del Magdalena".

Como motivos para demandar la nulidad expone el actor en su libelo, en resumen, los siguientes:

1. El domingo 14 de marzo de 1982, se efectuaron en todo el territorio nacional las elecciones populares para las corporaciones públicas.

2. Los escrutinios departamentales correspondientes a senadores, representantes y diputados por la circunscripción electoral del Magdalena fueron practicados por la Honorable Corte Electoral mediante el acuerdo acusado, toda vez que los delegados de esta corporación se limitaron a hacer los recuentos y cómputos de los votos, en razón de que las apelaciones y reclamaciones formuladas ante ellos habían impedido hacer las declaratorias de elección o escrutinios propiamente dichos.

3. Los escrutinios adolecen de graves violaciones del sistema electoral vigente en cuanto hace a la aplicación de cuociente electoral, ya que fueron computados registros viciados de nulidad, pues se contabilizaron en toda la circunscripción electoral 183.708 votos y como corresponde elegir cuatro senadores, resulta que el cuociente es la cantidad de 45.927 votos que resulta de dividir por 4 el total de los votos. El sistema del cuociente electoral cuan-

do se vote por 2 ó más individuos en elección popular, tiene por objeto asegurar la representación proporcional de los partidos, como lo dice el artículo 172 de la Constitución Nacional, y no para asegurar la representación proporcional de las listas inscritas. Por ello en la elección de senadores del Magdalena el total de votos válidos por el partido liberal (131.808) habría que dividirlo por el cuociente, resultando así que el partido liberal elegiría 2 senadores por cuociente, quedándole un residuo de 39.954 votos válidos. Y el partido conservador con 51.670 votos elegiría un senador por cuociente y le quedaría un residuo de 5.743 votos válidos. Por consiguiente, la cuarta curul se le adjudicaría al partido liberal por tener un residuo superior al del partido conservador. Y en cuanto a las curules, ellas se adjudicarían en orden descendente de las votaciones que hubieren obtenido las listas de tales partidos y así, las tres casillas de senadores liberales se adjudicarían en su orden a Edgardo Plutarco Vives Campos (39.382 votos); a José Ignacio Díaz Granados Alzamora (34.443 votos), y a José Ignacio Vives Echeverría (22.992 votos), mientras que la curul conservadora correspondería a Hugo Escobar Sierra (28.582 votos).

4. El acuerdo acusado adolece de graves violaciones de la legislación electoral, ya que se computaron registros viciados de nulidad y se dejaron de excluir de los escrutinios, registros o pliegos llegados fuera del término legal. Al efecto enumera el actor las siguientes situaciones que en su sentir aparecen comprobadas:

I

ACTAS O PLIEGOS ELECTORALES LLEGADOS DESPUES DEL TERMINO LEGAL Y QUE POR TANTO NO DEBEN SER TENIDOS EN CUENTA EN LOS ESCRUTINIOS

a) Todas las mesas de votación que funcionaron en el corregimiento de "Guacamayal" perteneciente al municipio de Ciénaga.

b) Las mesas de votación números 276, 277, 278 y 279 de la cabecera municipal de Santa Marta, zona sur. En las actas de los jurados de votación de estas mesas además se comprobaron "graves irregularidades", apareciendo adulteradas y enmendadas, especialmente en la votación atribuida al candidato conservador Alfonso Campo Murcia, concretamente en los ejemplares destinados al Arca Triclave y a la Registraduría de la zona sur de Santa Marta.

c) La mesa de votación número 176 de la cabecera municipal de Santa Marta.

d) La mesa de votación número 1 del corregimiento de "La Tagua", perteneciente al municipio de Santa Marta.

e) Las siguientes mesas de votación de la cabecera municipal de Santa Marta: 1, 2, 3, 6, 8, 15, 17, 18, 19, 20, 23, 24, 25, 26, 27, 29, 30, 31, 34, 35, 36, 37, 38, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 58, 59, 62, 63, 64, 65, 66, 69, 70, 71, 73, 75, 76, 77, 79, 80, 82, 83, 87, 88, 89, 90, 92, 93, 95, 96, 97, 98, 100, 101, 102, 104, 105, 107, 108, 109, 110, 112, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 121, 122, 123, 124, 125, 127, 130, 131, 132, 135, 136, 137, 140, 141, 142, 144, 145,

147, 148, 149, 150, 152, 153, 154, 155, 156, 158, 160, 162, 173, 164, 165, 166, 169, 171, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 193, 194, 195, 197, 198, 199, 202, 203, 204, 205, 206, 208, 209, 210, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 225, 226, 227, 228, 230, 231, 232, 237, 239, 240, 242, 244, 248, 250, 253, 255 y 257.

f) Todas las mesas de votación (12), del corregimiento de "Río Frío", perteneciente al municipio de Ciénaga.

II

ACTAS DE ESCRUTINIO DE JURADOS DE VOTACION NINGUNO CUYOS CUATRO EJEMPLARES ESTA FIRMADO POR LO MENOS POR TRES DE ELLOS

a) Mesa número 25 de la cabecera municipal de Santa Marta. No existe el acta que debe enviarse al Tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena. El acta de la delegación tiene dos firmas. El acta de la Urna Triclave tiene dos y el acta de la Registraduría tiene dos firmas y además, en manuscrito en el tercer renglón el nombre "Margarita", sin apellidos ni cédula.

b) La mesa número 132 de la cabecera municipal de Santa Marta. Con excepción del acta de la delegación que sólo tiene una firma en la hoja número 12, las demás carecen de ella.

c) Mesa número 156 de la cabecera municipal de Santa Marta. Ninguna de las actas tiene firma.

d) Mesa número 162 de la cabecera municipal de Santa Marta. El acta del Tribunal no existe, como tampoco la de la delegación y las demás, solamente tienen dos firmas.

e) Mesa número 219 de la cabecera municipal de Santa Marta. El acta de la delegación y el acta de la Urna Triclave no tienen firmas; las demás, tienen solamente dos.

f) Mesa número 2 del corregimiento de "Santa Rosa", perteneciente al municipio de Santa Ana. Las actas solamente tienen una firma.

g) Mesa número 3 del corregimiento de "Santa Rosa", perteneciente al municipio al municipio de Santa Ana. Las actas apenas tienen dos firmas.

h) Mesa número 2 del corregimiento de "Piedras de Moler", perteneciente al municipio de Tenerife. Las actas carecen de firmas.

III

ACTAS DE MESAS DE VOTACION SOBRE LAS QUE SE SOLICITO RECUENTO DE PAPELETAS, HABIENDOSE DENEGADO LA PETICION

El actor, luego de explicar el fundamento jurídico y los casos en que los recuentos de papeletas son obligatorios, enuncia los siguientes:

a) Mesa número 272 de la cabecera municipal de Santa Marta, perteneciente a la zona sur de la ciudad, ubicada en el "Puesto de votación de Manzanares". No trajo actas de escrutinios de jurados de votación dentro del sobre de manila que viene en la Urna Triclave. Según las cifras contenidas en el formulario E-6-C para Senado y Cámara por los distintos grupos políticos, se presentaron entre las listas diferencias superiores al 10% que obligaban al recuento de papeletas. Se pidió el recuento para corregir errores aritméticos y se dispuso únicamente para Asamblea y Concejo.

b) Mesas números 7, 8, 9, 10, 14 y 16 del corregimiento de "Gaira", perteneciente a Santa Marta. En estas mesas se solicitó el recuento de papeletas únicamente para Senado con fundamento en que las listas de los grupos políticos discrepaban en votos en una diferencia superior al 10%. Tal pedimento fue denegado por la comisión escrutadora. Apelada la decisión, ni los delegados de la Corte, ni ésta, resolvieron la solicitud. Verificando las actas de los jurados de votación de las mesas referidas, se puede comprender el fundamento de la petición.

c) Mesas números 57, 90, 95, 137, 170, 177, 202, 225, 227, 230, 234, 236, 239, 241, 242, 244, 247, 249, 250, 252, 254, 267, 268, 270 y 7 de la cabecera municipal de Santa Marta.

d) Mesas de votación números 276, 277, 278, 279, 280, 282, 281 y 283 de la cabecera municipal de Santa Marta, zona sur. Se solicitó recuento por dos causales: 1. Por existir en las actas entre las listas para Senado y Cámara de los grupos políticos diferencia superior al 10%; y 2. Por tener algunas de tales actas enmendaduras o agregaciones como lo explica ampliamente mesa por mesa.

COMO SE FORMARON Y COMPITIERON LOS GRUPOS POLITICOS EN EL MAGDALENA PARA LAS DIVERSAS CORPORACIONES PUBLICAS

En esta parte del libelo el actor explica la forma como se presentaron los grupos o partidos políticos para el Senado y Cámara, con miras a identificarlos, para concluir indicando cuándo debe ser obligatorio un recuento de papeletas por tener entre sus listas una diferencia superior al 10%, conforme al artículo 14 de la Ley 85 de 1981, tomando en consideración las actas de inscripción de los candidatos, cómo se inscribieron, quiénes hicieron la inscripción, etc. Al efecto, identifica 7 grupos políticos con los nombres de las personas que hicieron la inscripción de las correspondientes listas de candidatos, agrupándolas en el orden cronológico de inscripción y haciendo las observaciones que en su concepto pueden resentir las bases de esas inscripciones.

IV

ERROR ARITMETICO QUE DEBE CORREGIRSE POR CUANTO LAS ACTAS DE LAS MESAS DE VOTACION NUMEROS 178 Y 182 DE LA CABECERA MUNICIPAL DE SANTA MARTA FUERON CONTABILIZADAS DOS VECES

Por Resolución No. 28 de marzo 25 de 1982, proferida por los delegados de la Honorable Corte Electoral durante los escrutinios generales del depar-

tamento del Magdalena, se confirmó "en todo lo demás" lo resuelto por la Resolución No. 18 de 1982 de los mismos delegados, por la cual se había decretado escrutar las mesas números 106, 178 y 182 de la cabecera municipal de Santa Marta. En la mesa número 178 para Senado, el candidato Alfonso Campo Murcia obtuvo 19 votos y el actor 16; y en la mesa número 182 el primero 19 votos y el segundo 13. Estas votaciones de acuerdo con lo ordenado por los delegados de la Corte en Santa Marta, se agregaron durante los escrutinios generales del departamento a los totales que tenían tales candidatos después de los escrutinios generales del municipio de Santa Marta, y por ello al terminar los departamentales se atribuyeron a tales candidatos las cifras de 5.170 para José Ignacio Vives Echeverría y 6.965 para Alfonso Campo Murcia para Senado, por Santa Marta. El actor afirma que con tal proceder se contabilizaron doblemente los votos de tales mesas, pues ellas estaban computadas en los escrutinios municipales de Santa Marta como lo analiza y explica en el libelo, fenómeno que igualmente se presentó con relación a la mesa No. 182 como también lo explica con toda amplitud.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Expresa la demanda que el Acuerdo No. 16 de julio 9 de 1982 de la Corte Electoral, de acuerdo con lo relatado en los hechos de la demanda, quebrantó las siguientes disposiciones constitucionales y legales, en los conceptos que la Sala sintetiza así:

a) *En cuanto a la aplicación del sistema del cuociente electoral:*

El artículo 172 de la Constitución, pues el denominado sistema de cuociente electoral que se debe aplicar cuando se vote por dos o más individuos en elecciones populares como fueron las del 14 de marzo de 1982, y que consiste en dividir el total de votos válidos por el de puestos por proveer, tiene como objetivo "Asegurar la representación proporcional de los partidos". En cambio la Corte Electoral en el acuerdo acusado tuvo como objetivo darle representación proporcional a las listas inscritas, así con su procedimiento resultara como en efecto resultó, otorgándole a los partidos desproporcionada representación en el Senado por el Magdalena. El artículo 172 no habla de listas sino de partidos y solamente el parágrafo transitorio del mismo que rigió durante el sistema del Frente Nacional, hablaba de listas de un mismo partido cuando consagró la aplicación del cuociente electoral únicamente para lo interno de los partidos, para repartir las curules paritarias de éstos entre sus listas y en proporción a ellas, a fin de que quedaran proporcionalmente representados dentro de la cuota paritaria adjudicada al partido al que pertenecían las diversas listas. Mientras existió el Frente Nacional con la paridad, anota, no hubo competencia entre los partidos; su representación no fue proporcional sino igualitaria y la competencia electoral quedó eliminada entre los partidos y se desplazó a una lucha interna de éstos. Paridad es concepción contraria a proporcionalidad y cuando rigió, de antemano se le adjudicó a cada uno de los dos partidos tradicionales de Colombia un cupo igualitario en los Cuerpos Colegiados. Empero, acabado el Frente Nacional y terminado el sistema de la paridad, los partidos volvieron a la representación proporcional, que es lo correspondiente en consideración a sus fuerzas o efectivos, para un partido.

De acuerdo con el análisis anterior, el actor estima que la representación proporcional en el Senado para el Partido Liberal por el Magdalena debe ser tres curules (dos por cuociente y una por residuo), mientras la representación proporcional del partido conservador debe ser de una sola curul.

Y como el artículo 173 de la Ley 28 de 1979 en su ordinal 6o. establece que las actas de escrutinio de toda corporación electoral serán anuladas cuando los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema electoral adoptada en la Constitución y leyes de la República, procede la nulidad del acuerdo impugnado.

b) *En cuanto escrutó registros o pliegos electorales que fueron entregados e introducidos al Arca Triclave extemporáneamente.*

Artículo 11 de la Ley 85 de 1981, ya que la mora en la entrega de documentos relacionados con una votación está erigida en delito, porque el artículo 181 de la Ley 28 de 1979 así lo consagra y lo sanciona con prisión de uno a cuatro años. Sobre el particular, el demandante anota que la legislación ha cambiado y que siempre se ha distinguido entre los pliegos electorales de la cabecera de un municipio y los pliegos electorales de los corregimientos, inspecciones de policía o zonas rurales. En cuanto a las cabeceras, la legislación ha sido mantenida en el sentido de establecer que terminado el escrutinio de la mesa, los documentos de todas las mesas de la cabecera deben ser llevados a la Registraduría para ser introducidas al Arca Triclave correspondiente, pues hay que presumir que las mesas que funcionaron en una cabecera municipal están más cercanas a la Registraduría Municipal donde reposa el Arca. En cambio las mesas de los corregimientos, inspecciones y zonas rurales están más distantes y requieren de un término más amplio por ser más distantes, y más elástico porque debe variar según la facilidad de las comunicaciones. Por ello, anota el actor, para la entrega e introducción de los pliegos de las mesas de una cabecera en donde no hay que evaluar distancias ni estados de vías de comunicación, la ley ha fijado un término determinado siempre, mientras que para establecer el término de entrega o introducción de los pliegos electorales de las mesas de los corregimientos, inspecciones o zonas rurales, también siempre se ha dado facultad al registrador nacional del Estado Civil para que considerando las distancias, el estado de las comunicaciones y la facilidad del transporte, señale para cada elección tales términos, que pueden variar de una elección a otra, porque en ese interregno puede haberse mejorado el transporte, las vías de comunicación, etc.

Y así, cita y comenta el artículo 130 de la Ley 85 de 1916 que determinó que antes de las 9 de la noche del mismo día de las elecciones deberían entregarse los pliegos; y en caso contrario, amplió hasta las 12 del día siguiente el plazo sin posibilidades de recibirlos pasada esa hora, salvo los pliegos que provengan de los corregimientos o de las veredas, los cuales se recibirán a partir de la hora indicada hasta completar el término de la distancia, a razón de dos horas por cada cinco kilómetros, sin computar las doce horas de la noche. El Decreto 3254 de 1963 que considera un estatuto permanente, reglamentario de la Ley 85 de 1916, cuyas normas estima intactas, vigentes por no haber sido derogadas expresamente, ni modificadas o subrogadas por leyes posteriores.

Dice asimismo, que ni la Ley 28 de 1979, ni la Ley 85 de 1981 que modificó aquélla, derogaron toda la legislación electoral anterior, sino únicamente en cuanto la vieja legislación no pueda conciliarse con las últimas disposiciones legales, lo que significa, que están vigentes la Ley 85 de 1916, el Decreto 3254 de 1963 y demás disposiciones anteriores, en cuanto no hayan resultado modificadas por el Código Electoral.

Entra luego el actor a hacer disquisiciones en torno a la derogatoria expresa o tácita de la ley, para concluir afirmando que en materia electoral la Ley 28 de 1979 derogó tácitamente la legislación anterior parcialmente, pues dejó vigentes las normas que pueden conciliarse con la nueva ley, sobre todo para llenar sus vacíos.

Lo cierto es, añade, que el Decreto 3254 de 1963, en su artículo 26 dispuso que las actas de escrutinio y demás elementos que sirvieron para la votación serán entregados por el presidente del jurado al registrador municipal o a sus delegados en la cabecera, en los corregimientos o en las inspecciones de policía, hasta las 10 de la noche del día de las elecciones; y que para aquéllas que se hubieren instalado con posterioridad a las 8 de la mañana, el término se ampliará proporcionalmente. Los pliegos de los corregimientos e inspecciones de policía serán entregados dentro del término de la distancia, fijando la Registraduría Nacional los términos de la distancia a cada lugar de acuerdo con los medios de transporte de la región. Consecuencialmente, comenta, todos los pliegos que no fueren introducidos dentro del término legal al Arca Triclave correspondiente, deben ser anulados al tenor del artículo 196, ordinal 3o. del C.C.A.

La Ley 28 de 1979, comenta el demandante, en su artículo 115 dispuso que las actas y documentos electorales de una mesa de votación de la cabecera debían ser entregados al registrador inmediatamente después de terminado el escrutinio de la mesa, todo con el propósito de que aún antes de las 10 de la noche si ya se había terminado el escrutinio, no quedaran tales documentos electorales en poder de los jurados que habían concluido su misión oficial transitoria, ya que la ley lo que persigue es impedir que se haga fraude, sin que pueda jamás entenderse esa disposición como que su intención fue extender el término citado hasta después de las 10 de la noche del día eleccionario, o que dejó sin término legal a jurados de votación para que permanecieran indefinidamente con tales documentos electorales. La Ley 28 de 1979 en su artículo 173 estableció como causal de nulidad, cuando se hayan computado actas de escrutinio que no fueron entregadas a los claveros municipales dentro del término señalado por la Registraduría Nacional del Estado Civil y se comprueben graves irregularidades que indiquen la adulteración de los auténticos resultados electorales.

El artículo 11 de la Ley 85 de 1981 modificó la Ley 28 de 1979 en el sentido de que la extemporaneidad no produce como antes nulidad, sino que genera ipso facto, la exclusión de los registros entregados extemporáneamente.

Y concluye el demandante este aspecto de su demanda aseverando que al proceder la corte electoral por medio del acto acusado a escrutar y computar actas o documentos electorales entregados después del correspondiente término, violó no solamente el artículo 11 de la Ley 85 de 1981, sino el artículo 26

del Decreto 3254 de 1963, dando lugar a que se solicite la nulidad de las siguientes actas o documentos, por las razones que se puntualizan en el libelo.

1. Todas las mesas de votación del corregimiento de "Guacamayal", municipio de Ciénaga.

2. Las mesas de votación números 276, 277, 278 y 279 de la cabecera municipal de Santa Marta, zona sur.

3. La mesa de votación No. 176 de la cabecera municipal de Santa Marta.

4. La mesa de votación No. 1 del corregimiento de la "Tagua", perteneciente al municipio de Santa Marta.

5. Las mesas de votación de la cabecera de Santa Marta, ya identificadas en la demanda.

6. Doce mesas de votación del corregimiento de "Río Frío", perteneciente al municipio de Ciénaga.

c) *En cuanto no anuló actas cuyos cuatro ejemplares no están firmados por lo menos por tres de sus jurados de votación.*

Sostiene la demanda que el acto acusado violó el ordinal 6o. del artículo 152 de la Ley 28 de 1979 que erige en causal de reclamación ante las comisiones escrutadoras y ante la misma corte electoral, cuando los cuatro ejemplares de las actas de escrutinio de los jurados de votación, estén firmados por menos de tres de éstos.

Explica el actor que de cada mesa de votación deben hacerse por los jurados de la mesa, cuatro ejemplares idénticos denominados E6-C, o sea actas de escrutinio de los jurados de votación, ejemplares que se destinan uno para el Arca Triclave, otro para los delegados del registrador nacional, otro para el registrador del Estado Civil y el cuarto para el Tribunal Administrativo. Si ninguno de los cuatro ejemplares dichos tiene por lo menos tres firmas de los jurados de votación, el acta o registro de la mesa debe ser anulado, no contabilizado en los escrutinios como lo ordena a las comisiones escrutadoras la norma en comento, y si así no proceden las comisiones o la corte electoral, entonces violan la ley y son nulos tales registros, porque: a) El ordinal 3o. del artículo 172 de la Ley 28 de 1979 dice que son nulas las actas de escrutinio de los jurados cuando los cuatro ejemplares de las actas están firmados por menos de tres de éstos; y b) Al proceder las comisiones escrutadoras o la corte electoral a violar la orden del ordinal 8o. del artículo 152 de la Ley 28 de 1979, procede pedir la nulidad de tales registros con base en el ordinal 6o. del artículo 173 de la Ley 28 de 1979. Por ello pide la nulidad de las siguientes mesas:

1. Mesas números 25, 132, 156, 172 y 219 de la cabecera municipal de Santa Marta.

2. Mesas 2 y 3 del corregimiento de "Santa Rosa", perteneciente al municipio de Santa Ana, y

3. Mesa de votación número 2 del corregimiento de "Piedras de Moler" perteneciente al municipio de Tenerife.

d) *En cuanto denegó peticiones de recuento de votos, siendo que por mandato de ley debía practicarlos obligadamente y no podía negarlos, incurriendo así en quebrantamiento de las normas legales pertinentes.*

Afirma el actor que el acuerdo impugnado violó los artículos 14 y 29 de la Ley 85 de 1981, que regulan los recuentos físicos de papeletas y determinan los casos en que éstos deben ser obligatorios, sin que puedan ser negados por las comisiones escrutadoras. Comenta al efecto el doctor Vives, que hay dos clases de recuentos físicos de papeletas en una mesa: a) El recuento opcional o discrecional de la comisión escrutadora (artículo 14, Ley 85 de 1981), y b) El recuento obligatorio al que pueden negarse las comisiones escrutadoras (artículo 14, Ley 85 de 1981) cuando en las actas de los jurados de votación aparezca una diferencia del 10% o más entre los votos por las listas de candidatos para las distintas corporaciones públicas que pertenezcan al mismo partido, agrupación o sector político, o cuando en las actas de los jurados aparezcan tachaduras o enmendaduras en los nombres de los candidatos o en los resultados de la votación, o haya duda sobre la exactitud de los cómputos hechos por los jurados de votación. Con fundamento en esta última clase de recuento el demandante pidió a la comisión escrutadora auxiliar para la zona tres sur de Santa Marta que se practicara el recuento de votos emitidos en las mesas números 272, 276, 277, 278, 279, 280, 282, 281 y 283, alegando que las actas de la Urna Triclave aparecían con tachaduras, enmendaduras, agregaciones o adulteraciones en cuanto a las cifras o votos atribuidos a los candidatos del Senado y demás corporaciones, y que, además, el número total de votos que aparecían para Senado en las actas de la Urna Triclave era superior al número de ciudadanos que habían sufragado en cada mesa. Tal petición fue negada a pesar de que se alegó igualmente que se habían presentado confusiones en los jurados, en cuanto a nombres y apellidos de candidatos al Senado como ocurre con el propio actor y el candidato Edgardo Vives Campos, y éste y el Senador Alfonso Campo Murcia, y también el actor e Ignacio Díaz Granados. Todas estas confusiones de nombres para los jurados, forzaba más el recuento solicitado, que no se concedió.

Dice que además, a partir de la mesa número 276 hasta la número 283, la comisión auxiliar dejó de practicar escrutinio, disponiendo que se practicaran totalizando los datos según las actas de la delegación departamental, desechando las actas de la Urna Triclave por las cuales debía practicar el escrutinio como lo dispone el artículo 13 de la Ley 85 de 1981. La comisión auxiliar escrutadora de la zona tres sur de Santa Marta resolvió las pretensiones del actor sobre recuento de papeletas en las mesas citadas, sin tener competencia para ello. Por ello arguye que la comisión auxiliar escrutadora de la zona tres sur de Santa Marta es distinta de las comisiones auxiliares a que se refieren los artículos 142 a 146 de la Ley 28 de 1979, pues mientras las primeras funcionan como auxiliares de las comisiones escrutadoras municipales y son designadas por los tribunales superiores, las segundas operan en los escrutinios generales que verifican los delegados de la corte electoral y son designadas por éstos. Por consiguiente, mal podría aceptarse el ejercicio de las atribuciones de los artículos 133 y 146 de la Ley 28 de 1979, invocados por la comisión auxiliar de la zona tres sur de Santa Marta, para fundamentar la resolución confirmada en forma absurda por los delegados de la corte electoral. Por ello el artículo 26 de la Ley 85 de 1981 que fue violado dice que, "Las reclamaciones que se propongan ante las comisiones auxiliares... serán resueltas

por las comisiones escrutadoras distritales o municipales". Por consiguiente, para que en los escrutinios generales, que son los departamentales, que practican los delegados de la Corte o la Corte misma cuando los revisa, pueda decretar un recuento de votos emitidos en una mesa, es indispensable que concurran los siguientes requisitos:

a) Que el recuento se haya solicitado durante los escrutinios distritales, zonales o municipales:

b) Que la comisión escrutadora respectiva hubiere negado el recuento pedido;

c) Que tal decisión hubiere sido apelada oportunamente; y

d) Que los delegados de la Corte, o la Corte misma, hallaren "fundada la apelación".

Fuera de lo anterior, destaca el demandante, que las papeletas son la fuente primaria del sufragio y apelar a ellas cuando las actas que demuestran cuántas son ellas y por quién o quiénes fueron depositadas, se encuentran adulteradas, es sin duda una apelación a encontrar en la fuente la verdad del sufragio, pues lo contrario es prohijar el fraude en actas. Comenta que es sabido que los escrutinios municipales se hacen totalizando resultados de actas de jurados de votación, y que bastaría con adulterar actas para desvirtuar la verdad del sufragio depositado en una urna y después introducido en sobre de manila al Arca Triclave para su custodia y seguridad.

e) *En cuanto a error aritmético que debe corregirse porque las mesas de votación números 178 y 182 de la cabecera municipal de Santa Marta fueron computados dos veces.*

Resulta inequívoco, dice el doctor Vives Echeverría, que las actas correspondientes a las mesas de votación número 178 y 182 de la cabecera municipal de Santa Marta, fueron computadas dos veces en los escrutinios generales, como atrás lo explicó, incurriéndose en error aritmético que debe corregirse con base en el ordinal 10 del artículo 173 de la Ley 28 de 1979, que subrogó al artículo 196 del C.C.A.

f) *En cuanto se omitió resolver apelaciones a las que estaba obligada la corte electoral o se omitió resolver sobre vacíos dejados por sus delegados.*

Sobre el particular el actor argumenta que el Acuerdo No. 16 de 1982 acusado, violó el artículo 30 de la Ley 85 de 1981 que subrogó el literal b) del artículo 147 de la Ley 28 de 1979, por cuanto la corte electoral omitió cumplir un acto propio de sus funciones como era entrar a resolver apelaciones interpuestas contra decisiones de sus delegados o llenar vacíos dejados por éstos ante peticiones formuladas legalmente y en tiempo; y observa, que con fecha 13 de julio de 1982 entregó un memorial constante de 8 folios a la corte electoral, el cual ésta respondió con Oficio 15.676 de 19 de julio del mismo año, firmado por el Dr. Eduardo Escallón, Secretario General de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

IMPUGNADORES

Se constituyeron como partes impugnadoras en este juicio el doctor Alfonso Humberto Campo Murcia por conducto de apoderado, el ciudadano Julio

Enrique Aldana y el doctor Efraín Valencia Castillo en su propio nombre, quien en el correspondiente escrito, controvierte los argumentos del actor afirmando que la fórmula empleada por el Dr. Vives para la aplicación del cuociente electoral carece de fundamento jurídico mientras que la empleada por la Honorable Corte Electoral, se ajusta a derecho toda vez que empleó la fórmula establecida en el artículo 172 de la Constitución Nacional. Glosa así mismo la opinión del actor en cuanto a la extemporaneidad de la introducción de las mesas del corregimiento de "Guacamayal", municipio de Ciénaga, pues desconoce el término establecido en el artículo 12 de la Ley 28 de 1979, que hace referencia a la entrega de los pliegos electorales de los corregimientos al Registrador del Estado Civil respectivo, y no a la introducción de los mismos en el Arca Triclave, pues son dos actos diferentes que no se pueden confundir.

CAPITULO II

DEMANDAS Nos. 936 - 937 y 938

En los párrafos anteriores quedaron consignados los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda radicada bajo el número 933. En las demandas restantes, esto es, en las radicadas bajo los números 936, 937 y 938, se formulan idénticas peticiones a las formuladas en la demanda radicada bajo el número 933. En la 938 además se pide que en la misma sentencia en que se declare la nulidad del acto acusado, previamente se decrete la nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación y de los registros que se computaron como válidos estando viciados, o se ordenen las rectificaciones o recuentos autorizados por la ley, todo en relación con las mesas de votación que allí se discriminan.

En las demandas radicadas bajo los números 936 y 938 al relatarse los motivos de las mismas, fuera de los expresados en el expediente 933, se dice que los documentos electorales de las mesas de votación número 7, 12, 13, 16, 22, 50, 54, 62, 63, 84, 92, 101, 120, 121, 124, 128, 132, 147, 156, 162, 172, 175, 185, 194, 195, 209, 221, 276, 277, 278 y 279, todas pertenecientes a la cabecera municipal de Santa Marta, debieron ser entregadas al registrador municipal. "Inmediatamente después de terminado el escrutinio" de dichas mesas, pero sin embargo los documentos electorales de las cuatro últimas, cuyos escrutinios concluyeron a las 4 de la tarde del 14 de marzo de 1982, solamente fueron entregados al registrador para su introducción al Arca Triclave correspondiente a las 0:30 de la madrugada del lunes 15 de marzo. Los demás lo fueron a las 11:57 p.m. del 14, siendo así que sus escrutinios terminaron en las horas que allí se indican.

Y en cuanto a la demanda radicada bajo el número 937, es de anotar que tanto los motivos de ella como las disposiciones violadas y el concepto de la violación giran en torno al tema del cuociente electoral, también planteado en el expediente 933.

Debe advertirse igualmente, que en el expediente No. 936 el actor Sabas Miguel Antonio de los Milagros Socarrás Zúñiga confirió poder al Dr. José Ignacio Vives Echeverría, conforme consta al folio 52 de aquel expediente, para que lo representara en el juicio. Y en los expedientes números 937 y 938, los actores Eduardo Llanes Silvera y Clemente Briñez Herrera, respectiva-

mente, también le otorgaron poder al citado Dr. Vives Echeverría para asumir su representación en los procesos por ellos promovidos (folio 52, expediente 937 y folio 51, expediente 938).

Lo cierto es que las cuatro demandas se identifican en cuanto acusan el mismo Acuerdo No. 16 de julio 9 de 1982 de la Honorable Corte Electoral y coinciden en señalar como normas violadas las mismas normas de derecho. En las cuatro la relación de hechos es en el fondo igual; el derecho invocado es idéntico e idénticos los motivos para fundamentar la violación de los preceptos enunciados; y puede decirse que con el resumen de los hechos que se hizo para sustentar la demanda radicada bajo el número 933, así como de las disposiciones violadas y el concepto de la violación allí expresados, se está haciendo el de las demás. Por consiguiente, dada la identidad jurídica de la controversia que se plantea en las demandas acumuladas, en gracia de brevedad, se consideran y deciden por la Sala a través de una misma motivación, tanto más, cuando con respecto a las cuatro se ha emitido un solo concepto por el señor Fiscal Tercero del Consejo de Estado.

Por lo mismo, dada la extensión de los alegatos de las partes, en particular del Dr. José Ignacio Vives Echeverría, en el análisis de los distintos cargos que se hará a continuación, se entrará a estudiar los motivos invocados para la anulación del acto acusado, las disposiciones señaladas como violadas y el concepto de la violación que se expone en las distintas demandas, teniendo en cuenta las pruebas que obran en el expediente y, en lo pertinente, el concepto del señor agente del ministerio público y los alegatos de las partes, prescindiendo de especiales referencias por separado de cada uno de los escritos aludidos. Con ello se atiende también el querer del actor Dr. Vives Echeverría quien estima que, "en aras de una indiscutible brevedad analítica" y para facilitar el trabajo de la sentencia, únicamente se estudien los cargos que en su opinión fueron demostrados en el proceso, "todo en aras de la economía procesal", como él mismo lo dice.

CAPITULO III

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El acto acusado es el Acuerdo No. 16 expedido por la Honorable Corte Electoral el 9 de julio de 1982, "Por el cual se resuelven las apelaciones interpuestas durante el escrutinio de los votos para Senado, Cámara y Asamblea emitidos en las elecciones del 14 de marzo del presente año, en la circunscripción electoral del Magdalena", pero únicamente en cuanto mediante dicho acuerdo se declara la elección de senadores de la República por aquella circunscripción electoral, para el período constitucional de 1982-1986.

Se considera por los demandantes que el acuerdo aludido por el concepto anotado, adolece de graves violaciones del sistema electoral vigente, formulándose al efecto los siguientes cargos, restringidos a los términos del alegato de conclusión presentado por el Dr. José Ignacio Vives Echeverría, conforme lo expresa en el mismo con toda claridad.

PRIMER CARGO

NULIDAD DE LAS ACTAS DE ESCRUTINIO ENTREGADAS EXTEMPORANEAMENTE A LOS CLAVEROS MUNICIPALES

a) *Mesas de votación del corregimiento de "Río Frío" (municipio de Ciénaga.*

Dice el demandante que el artículo 173 de la Ley 28 de 1979, que subrogó al 196 de la Ley 167 de 1941, preceptúa que "Las actas de escrutinio de toda corporación electoral serán anuladas por las siguientes causas: 3). Cuando se hayan computado actas de escrutinio que no fueron entregadas a los claveros municipales dentro del término señalado por la Registraduría Nacional del Estado Civil y se comprueben graves irregularidades que indiquen la alteración de los auténticos resultados". La modificación que trajo esta norma, anota, consistió en que antes de su expedición la nulidad establecida se refería a registros electorales que hubieran sido introducidos extemporáneamente al Arca Triclave correspondiente. De tal manera que la modificación que hizo consistió en que la extemporaneidad hoy debe medirse en el instante preciso de la entrega de los registros a los claveros y en que además se exigió que se comprobara sobre tales registros "graves irregularidades que indiquen la alteración de los auténticos resultados electorales". No obstante aclara, que el artículo 11 de la Ley 85 de 1981 modificó el ordinal 3o. del artículo 173 de la Ley 28 de 1979 en cuanto a que esta última exigió además de la simple extemporaneidad, que se hubieren cometido "graves irregularidades", al paso que la Ley 85 solamente habla de la pura extemporaneidad. Al efecto transcribe el Dr. Vives el artículo 11 de la Ley 85 para destacar que es una disposición más violenta, porque no habla de nulidad de los pliegos, sino de algo mayor, cuando dice que tales pliegos extemporáneos que llegaren después del correspondiente término fijado por el registrador, "no serán tenidos en cuenta en los escrutinios", lo que significa que no deben contabilizarse, pues son inexistentes.

Agrega el demandante que para confirmar la última parte del artículo 11 de la Ley 85 de 1981, que dice que el hecho de la extemporaneidad en la entrega de los documentos electorales debe ponerse en conocimiento de inmediato "ante la autoridad competente para que investigue la causa de la demora e imponga la sanción a que haya lugar", el artículo 181 de la Ley 28 de 1979, estableció además el delito denominado "Mora en la entrega de documentos relacionados con una votación", con una penalidad de uno a cuatro años de prisión.

Recuerda también el actor que el ordinal 12 del artículo 27 de la Ley 28 de 1979, consagra como atribución del registrador nacional del Estado Civil la de "Dictar y hacer conocer las resoluciones que fijen los términos para la entrega de los pliegos de los corregimientos, inspecciones de policía y sectores rurales". En acatamiento a tal disposición, el registrador nacional desde Bogotá expidió su Resolución No. 0227 de febrero 17 de 1982 "Por la cual se fijan los términos de entrega de los documentos electorales de la circunscripción electoral del Magdalena", según la cual, el término para que el delegado del registrador municipal en el corregimiento de "Río Frío", municipio de Ciénaga, hiciera la entrega al registrador de dicho municipio de los documen-

tos electorales, era "hasta las 11 a.m. del lunes siguiente al día de las elecciones (15 de marzo de 1982)". Sin embargo, el señor delegado del registrador en el corregimiento dicho, solamente entregó al registrador municipal en la cabecera de Ciénaga los pliegos electorales de las 12 mesas de votación que allí funcionaron, a las 2 p.m. del día 15 de marzo de 1982, esto es, por fuera del término legal que había vencido a las 11 a.m. de ese día, razón por la cual no debieron ser tenidos en cuenta en los escrutinios municipales.

Con miras a demostrar el cargo de extemporaneidad, el Dr. Vives explica previamente que la Registraduría Nacional del Estado Civil tiene establecido el formulario número E-28 que es el recibo de documentos electorales, documento que firman el delegado que entrega los documentos electorales y el registrador municipal que los recibe, dejando constancia en dicho documento de la hora y fecha en que el delegado de un corregimiento ha entregado a su registrador municipal correspondiente los registros electorales del corregimiento para su inmediata introducción en el Arca Triclave. Y concluye afirmando, que en el caso del corregimiento de "Río Frío" el formulario E-28 que demuestra la entrega fuera del término legal de las 12 mesas de votación que allí funcionaron, obra en el expediente en el folio 14 del cuaderno No. 5, o sea en el cuaderno de pruebas No. 4 acompañadas con la demanda, es demostrativo de que las mesas de aquel corregimiento no debieron tenerse en cuenta en los escrutinios municipales de Ciénaga.

Empero, anota el demandante, que como con el acta general de escrutinio municipal de Ciénaga se comprueba que en tales escrutinios sí se contabilizaron los registros electorales correspondientes a las 12 mesas de "Río Frío", procede decretar la nulidad que se ha pedido de los pliegos correspondientes a dichas mesas para excluirlas de los cómputos totales de la circunscripción electoral del Magdalena; y agrega, que como el objeto de "entregar" por parte de un delegado en un corregimiento sus pliegos electorales a su correspondiente registrador municipal, es el de introducirlos inmediatamente al Arca Triclave, conviene observar que los aludidos documentos fueron introducidos a las 2 p.m. del 15 de marzo de 1982 conforme lo acredita con el acta de introducción correspondiente.

b) *Mesa No. 1 del corregimiento de "La Tagua" (municipio de Santa Marta).*

Los argumentos para la nulidad de esta mesa son los mismos expuestos en relación con las 12 mesas del corregimiento de "Río Frío" (Ciénaga). Se agrega simplemente, que de conformidad con la Resolución No. 0227 de febrero 17 de 1982 del registrador nacional del Estado Civil, el plazo para que el delegado del registrador en el corregimiento de "La Tagua" entregara al registrador municipal de Santa Marta los pliegos electorales de la mesa No. 1, para que como clavero que es los introdujera en el Arca Triclave correspondiente, estaba señalado hasta las 9 a.m. del lunes siguiente, o sea hasta las 9 a.m. del lunes 15 de marzo de 1982.

Afirma asimismo el demandante, que en relación con esta mesa no existe ningún documento que demuestre a qué hora exacta el delegado del registrador en "La Tagua" llegó a la cabecera municipal de Santa Marta y entregó los pliegos electorales a los registradores especiales o municipales de Santa Mar-

ta para ser introducidos en el Arca Triclave correspondiente. No existe el formulario E-28 "Recibo de documentos electorales" que firman el delegado que "entregó" y el registrador que "recibió". Además anota, que según el artículo 123 de la Ley 28 de 1979, a medida que los pliegos provenientes de las mesas de votación vayan llegando, los claveros los irán introduciendo en el Arca Triclave y los anotarán en un registro firmado por ellos con indicación del día y la hora en que fueron introducidos. Tal registro afirma, es lo que se llama acta de introducción de documentos electorales en el Arca Triclave (formulario E-20), que en relación con la mesa No. 1 del corregimiento de "La Tagua" demuestra que los pliegos fueron introducidos a las 12 a.m. del día 15 de marzo de 1982, esto es, con un retraso de 3 horas sobre las 9 a.m. de ese día señalado por el registrador nacional del Estado Civil en la Resolución No. 0227 del 17 de febrero del mismo año. Sin embargo, si es el instante de la introducción, fue a las 12 m. del día 15 de marzo, y ese instante debe seguir al instante de la entrega de los pliegos, de donde hay que aceptar que no existiendo el formulario E-28 queda establecido que el instante de la entrega fue "siendo las 12 m. del día 15 de marzo de 1982" instante de la introducción del Arca Triclave.

c) *Mesas números 7, 12, 13, 16, 22, 50, 54, 62, 63, 84, 92, 101, 120, 121, 124, 128, 132, 147, 156, 162, 172, 175, 185, 194, 195, 209, 221, 276, 277, 278 y 279 de la cabecera municipal de Santa Marta.*

La nulidad que se demanda con relación a estas mesas es también con fundamento en el ordinal 3o. del artículo 173 de la Ley 28 de 1979, en armonía con el artículo 11 de la Ley 85 de 1981.

Argumenta el actor que en cuanto a las mesas de votación de una cabecera de municipio hay un término para su entrega a los claveros, término que siempre ha existido sin que pueda afirmarse hoy que no existe término o plazo para entregar las mesas de votación de una cabecera municipal; que la Corte Electoral considera que la legislación vigente no señala plazo o término para que los jurados de votación entreguen a los claveros municipales los pliegos electorales correspondientes a las mesas que funcionen en una cabecera municipal y que si este principio llegare a cohonestarse el fraude proliferaría en Colombia, porque los jurados de votación se van a quedar horas y hasta días después de terminados los escrutinios con los pliegos electorales correspondientes.

El actor considera que sí existe término para la entrega de los pliegos electorales de que se viene hablando, porque la tendencia de la ley nueva no es hacer más amplios y blandos los términos para impedir el fraude, sino todo lo contrario. Al efecto, cita y transcribe el artículo 115 de la Ley 28 de 1979 y observa que antes el término vencía a las 10 p.m. del domingo de las elecciones, porque la ley presumía que terminadas las votaciones a las 4 p.m., seis horas eran más que suficientes para que cuatro jurados escrutaran una urna y la entregaran al registrador para su introducción al Arca Triclave; pero hoy a renglón seguido de la terminación del escrutinio de una mesa se deben entregar los documentos de la misma, hecho que se hace constar en un documento denominado "Recibo de documentos electorales" (formulario No. E-19) que firman el registrador o su delegado que reciben y el presidente del jurado que entregó. Además hoy no es necesario que el presidente del jurado vaya

hasta las oficinas del registrador, porque éstos tienen muchos "delegados" suyos que recorren los puestos de votación a la hora en que deben estar terminando los escrutinios de las mesas, para recibir los documentos electorales.

Con relación a las mesas números 276, 277, 278 y 279 hace el actor un comentario especial para demostrar que ellas no solamente fueron abandonadas por los jurados de votación y recogidas por la delegada del registrador Alma Cortés, sino que fueron introducidas al Arca Triclave media hora después de las 12 de la noche del domingo 14 de marzo de 1982, amén de que las actas están adulteradas, con tachaduras, enmendaduras o agregaciones en los ejemplares pertenecientes al "archivo" del Arca Triclave y también al de la Registraduría.

d) *Mesas números 24, 42, 48, 49, 62, 69, 80, 87, 97, 105, 109, 123, 141, 148, 150, 156, 163, 165, 177, 178, 180, 181, 193, 222, 223, 225, 228, 230, 231, 232, 237, 239, 240, 248, 253, 255* y *257 de la cabecera municipal de Santa Marta.*

La nulidad que se demanda de los registros electorales correspondientes a estas mesas, se fundamenta en los mismos hechos de las anteriores, reiterando el demandante que todas las mesas de votación tienen un plazo, un término para que sean entregadas a los claveros, uno de los cuales es el registrador, para efectos de su introducción al Arca Triclave, y sobre este tópico plantea una tesis en el sentido de afirmar que los "Documentos electorales" de las mesas de votación que funcionen en una cabecera municipal tienen un término fijo establecido en la ley, que es hasta las 10 de la noche del día de las elecciones, reconociendo que las nuevas leyes no establecieron expresamente un término determinado, una hora fija para la entrega de los pliegos de las mesas de cabecera, pero que por ese vacío resulta aplicable la legislación anterior que no quedó totalmente abrogada sino solamente derogada cuando lo hubiere sido expresamente por las nuevas leyes, o subrogada en lo que la nueva legislación le hubiere resultado contraria, prevaleciendo la legislación nueva sobre la anterior. Por ello el actor considera que está vigente, porque la nueva legislación no lo derogó, ni expresa ni tácitamente, el artículo 26 del Decreto 3254 de 1963. Además, agrega, que cuando las comisiones escrutadoras computan pliegos extemporáneos no solo invaden la órbita del derecho reservada a esta jurisdicción, sino que resultan dándole validez a registros o actas que por mandato de la ley no la tienen, porque se convirtieron en documentos apócrifos al resultar tenidos en cuenta contra expresa prohibición legal.

e) *Mesa de votación No. 176 de la cabecera municipal de Santa Marta.*

La nulidad que se demanda de los registros correspondientes a esta mesa es análoga en su fundamento jurídico a la solicitada en el capítulo anterior y se basa en el hecho de que el presidente del jurado de votación debía entregar al registrador municipal los pliegos electorales hasta las 10 p.m. conforme el artículo 26 del Decreto 3254 de 1963 y solamente lo hizo a las 12 y 25 del día 15 de marzo de 1982, sin que en el documento correspondiente se hubiere aclarado si se trataba de las 12 y 25 meridiano, del día, o si eran solamente las 0:25 de la madrugada del lunes 15 de marzo de 1982; pero cualquiera de las horas que sea, resulta dicha entrega extemporánea. Además, se anota, la lista de sufragantes (formulario E-3) en su único ejemplar que corresponde al sobre No. 1, aparece sin ninguna de las firmas de los jurados de votación de esta mesa.

POSICION DE LOS IMPUGNADORES CON RELACION AL CARGO ANTERIOR

De los tres impugnadores, solamente el señor apoderado del Dr. Alfonso Campo Murcia, y el Dr. Efraín Valencia Castillo, se opusieron a las peticiones de la demanda y en sendos alegatos de conclusión que obran en el expediente No. 938 (folios 217 y siguientes y 228 y siguientes, respectivamente), consignan sus puntos de vista en torno del cargo que se analiza.

El primero de los impugnadores sostiene que para que proceda la anulación de las actas de escrutinio por el hecho de que éstas sean entregadas extemporáneamente a los claveros municipales, es necesario que:

a) Se trate de actas de escrutinio de corregimientos, inspecciones de policía o sectores rurales.

b) Se venza el término señalado para la entrega por el registrador del Estado Civil.

c) Se compruebe graves irregularidades que indiquen la alteración de los resultados electorales.

Y agrega: "Pero no puede extenderse esta causal de nulidad a las actas de escrutinio de la cabecera municipal, porque la ley no ha consagrado la extemporaneidad para estas actas y no podría ampliarse la causal del artículo 196 del Código Contencioso Administrativo por el administrador. De otro lado, es preciso tener en cuenta que el término que prevé la ley para la extemporaneidad no es el de la introducción de las actas en el Arca Triclave, sino el de entrega de esos documentos a los claveros municipales".

En el caso presente, dice el señor apoderado del doctor Campo Murcia, el cargo se hace a varias mesas de la cabecera municipal de Santa Marta, las cuales a partir de la Ley 28 de 1979 no tienen establecida hora para la entrega de las actas de escrutinio y además, se encuentra demostrado que ellas llegaron a los claveros municipales antes de la hora indicada en la demanda como excedida del límite para la época de la entrega. Por vía de ejemplo cita los casos de las mesas 252, 247, 241 y 254 que obran a folios 379 del cuaderno No. 12, en el cual consta que fueron entregados los pliegos electorales entre las 8:20 p.m. y las 9:40 del día 14 de marzo de 1982; las mesas del corregimiento de "Guacamayal" (Ciénaga) cuyos pliegos electorales fueron introducidos en el Arca Triclave a las 11 a.m. del 15 de marzo de 1982, hora fijada por la Resolución No. 0227 del 17 de febrero del mismo año como límite de entrega de los pliegos electorales para ese corregimiento (cuaderno No. 3, folio 236, expediente 933); las mesas del corregimiento de "Río Frío" (Ciénaga) cuyos documentos fueron entregados a los funcionarios de la Registraduría encargados de recibir tales documentos el 14 de marzo antes de las 11:00 de la misma fecha (folios 216 a 227, cuaderno No. 13, expediente 933), e introducidos al Arca Triclave a las 2:00 a.m. del 15 de marzo (cuaderno No. 13, folio 236, expediente 933); la mesa No. 1 del corregimiento de "La Tagua" (Santa Marta), no se demostró la hora en que se hubieran entregado los documentos, ya que sólo obra en el expediente la constancia de introducción de los mismos en el Arca Triclave. Y concluye el impugnador afirmando que, no obra prueba sobre irregularidades cometidas

con esos documentos y que el análisis de la situación fáctica permite concluir que no se presentó la extemporaneidad predicada en las demandas.

El segundo de los impugnadores, esto es, el Dr Efraín Valencia Castillo, sostiene en su alegato de conclusión que lo perseguido por la Ley 85 de 1981 es provocar que los pliegos electorales se encuentren, por lo menos, a disposición de los escrutadores cuando, para el martes siguiente a las elecciones se inicien los escrutinios; que por ello el artículo 11 de la ley citada le atribuye a los escrutadores la misión de que "activaran la entrega de los pliegos electorales de los corregimientos, inspecciones de policía y sectores rurales, que no se hayan introducido en el Arca Triclave al empezar los escrutinios" y la prohibición de que "si faltaren pliegos de corregimientos, inspecciones de policía o sectores rurales, la comisión escrutadora no podrá concluir el escrutinio antes de vencer el mayor de los términos de distancia fijados por el registrador nacional del Estado Civil para el respectivo municipio". Esto quiere decir que aún llegando los pliegos por fuera del plazo particular determinado para un corregimiento, inspección o vereda campesina, si el señalado para otros de la jurisdicción del mismo municipio es mayor, no hay oportunidad para prescindir de los mismos; y en el caso del corregimiento de "Río Frío" media ese fenómeno dado que la Resolución No. 0227 de 1982 del registrador nacional, si bien fijó como plazo para dicho corregimiento el de las 11:00 a.m. del lunes 15 de marzo de 1982, no es menos cierto que también estableció para corregimientos del Distrito como "Palmor" y "San Javier" un término hasta las 4:00 p.m. del citado lunes 15 de marzo.

Agrega el Dr. Valencia que no está plenamente demostrada la hora de entrega de los pliegos de "Río Frío", porque aunque en el comprobante de recibo de documentos electorales de la Registraduría de Ciénaga se dice que aquellos se recibieron a las 2:00 p.m. del 15 de marzo, en el de introducción suscrito por los claveros, consta que se depositaron en el Arca Triclave a las 2:00 a.m. de dicho día 15 de marzo (folio 23, cuaderno No. 5 del expediente 938). Además, no sólo esos pliegos estaban en el Arca Triclave de la Registraduría de Ciénaga al comenzar los escrutinios municipales, sino que no presentaban ni presentan signo de alteración o graves irregularidades desvirtuantes de la veracidad de sus resultados o guarismos.

Observa igualmente el impugnador, que conforme al artículo 27, numeral 12 y a fines de la Ley 28 de 1979, corresponde al registrador nacional "dictar y hacer conocer las resoluciones que fijan los términos para la entrega de los pliegos electorales de los corregimientos, inspecciones de policía y sectores rurales, al respectivo registrador del Estado Civil"; pero que esa regulación atiende exclusivamente a las zonas rurales y no a las cabeceras municipales, pues en éstas para la entrega de los pliegos por parte de los presidentes de los jurados de votación a la Registraduría local, no existe en las últimas leyes norma alguna que señale un término perentorio al efecto y que sólo el artículo 115 de la Ley 28 de 1979, prevé que, "Inmediatamente después de terminado el escrutinio, las actas y documentos que sirvieron para la votación serán entregados por el presidente... en las cabeceras municipales, al registrador del Estado Civil o al registrador auxiliar...". Y esa expresión inmediatamente aparentemente determinativa de un plazo perentorio se troca en un ordenamiento abstracto, un término indefinido contrario al objeto propio de las leyes

electorales en su persecución de proteger la pureza del sufragio y de evitar que se menoscaben la verdad y libertad del mismo; pero no existe la instantaneidad deseada entre el final del escrutinio de los jurados de votación y la entrega de sus documentos a la Registraduría, debiéndose admitir que la regulante de la materia es el artículo 11 de la Ley 85 de 1981 en cuanto, como lo dice la Honorable Corte en el acuerdo acusado, "Los documentos electorales de las cabeceras municipales deben llegar a las oficinas competentes únicamente con la antelación que se desprende del momento relativo a la iniciación del escrutinio".

CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Tercero del Consejo de Estado en el interesante estudio que hace en torno al problema planteado en los juicios acumulados, al analizar el primer cargo que se formula, esto es, el de la extemporaneidad en la entrega de documentos electorales, luego de comentar las disposiciones que regulan los trámites iniciales del proceso electoral, al considerar el concepto de la Corte Electoral sobre el particular, lo estima equivocado, en primer lugar, porque no es cierto, dice, que el artículo 11 de la Ley 85 de 1981 permita que los documentos electorales de las cabeceras municipales puedan llegar a las oficinas competentes únicamente con la antelación que se pretende del momento relativo a la iniciación del escrutinio; y agrega que tal vez la afirmación que hace la Corte obedezca al hecho de que el artículo mencionado habla en un principio de las mesas de los corregimientos, inspecciones de policía y sectores rurales; pero continúa el Dr. Rodríguez, debe tenerse en cuenta que al final esa norma no distingue entre éstas y las de las cabeceras y que al aludir sin hacer aclaración alguna, a "Los pliegos que llegaren después del correspondiente término", no hace más que generalizar y referirse tanto a los provenientes de los corregimientos, como a los de las cabeceras municipales; y no parece lógico que cuando la misma norma habla de que "el hecho se denunciará de inmediato por la comisión escrutadora ante la autoridad competente para que investigue la causa de la demora e imponga la sanción pertinente", haya querido comprender únicamente a los encargados de entregar los pliegos de los corregimientos, a quienes, por razones de distancia, se les dificulta su labor, y no a los responsables de las mesas de las cabeceras que ningún obstáculo tienen para entregar los documentos inmediatamente después de terminado el escrutinio de aquéllas.

En segundo lugar, dice el señor fiscal, respecto de la Ley 28 de 1979, tampoco es cierto que esta haya suprimido y menos ampliado, el término previsto por el artículo 26 del Decreto 3254 de 1963 para la entrega de documentos electorales pertenecientes a las mesas de las cabeceras municipales, ya que éste, establece, que dicha diligencia puede efectuarse "hasta las diez de la noche del día de las elecciones" y aquélla exige, en su artículo 115, que tales documentos (los de las cabeceras) sean entregados por el presidente del respectivo jurado de votación al registrador del Estado Civil o al registrador auxiliar, "inmediatamente después de terminado el escrutinio".

Agrega el señor fiscal, que contrariamente a lo que sostiene la Honorable Corte, el artículo 115 de la Ley 28 de 1979, no suprime la obligación de los presidentes de los jurados de votación de las mesas que funcionan en las

cabeceras municipales, de entregar oportunamente las actas de escrutinio y demás documentos electorales, ya que no aparece por parte alguna, expresa o tácitamente, que esa haya sido la finalidad del legislador; que más bien podría pensarse como lo advierte el actor, que la norma comentada al emplear la expresión "inmediatamente después de terminado el escrutinio", quiso, con el propósito de agilizar los trámites electorales y de evitar que las demoras en la entrega pudieran aprovecharse para alterar los resultados de las elecciones, restringir el término previsto por el artículo 26 del Decreto 3254 de 1963. Esta interpretación a juicio de la fiscalía es lógica, pero no es aceptable porque ofrece algunos inconvenientes de orden práctico, en relación con las mesas alejadas de los lugares en donde se encuentran las Arcas Triclaves, y anota:

"El ministerio público considera que, como los encargados de las mesas que no están próximas al sitio en donde debe hacerse la entrega, no podrían cumplir esta diligencia "Inmediatamente después de terminado el escrutinio", pues el vocablo "Inmediatamente" significa "al instante", "en seguida", el artículo 115 debe entenderse en el sentido de que la intención del legislador fue, simplemente, reglamentar la entrega, lograr no que, como lo insinúa el Dr. Vives Echeverría, ésta se efectúe casi en el mismo instante en que concluyen los escrutinios sino que entre el momento de la terminación de éstos y el momento de la entrega exista un tiempo razonable, sobre todo para aquellas ciudades pequeñas, como Santa Marta, en las cuales las distancias son de tan poca consideración que no se justifica que los pliegos sean recibidos después de haber transcurrido varias horas de la culminación de los escrutinios.

"Por otra parte, si para los corregimientos, inspecciones de policía y sectores rurales, que generalmente están muy retirados de las cabeceras, existen términos para la entrega, con mucha mayor razón deben existir para las mesas de las cabeceras".

Dice igualmente el señor fiscal que los vacíos que muestra la Ley 28 de 1979 con relación a la entrega de los pliegos electorales, y dado que el fallador no puede rehusarse a juzgar "pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley" (artículo 48 de la Ley 153 de 1887), armonizando los artículos 115 de la ley 28 de 1979 y 26 del Decreto 3254 de 1963, considera que la interpretación podría ampliarse en el sentido de tomar como término prudencial para la entrega de los documentos de las mesas de las cabeceras municipales, el comprendido entre la hora en que concluyen los escrutinios y "las 10 de la noche del día de las elecciones", pues si el propósito de la interpretación de las leyes es encontrar medios que permitan asegurar la operancia y eficacia de aquéllas y lograr que se cumplan y no que se dificulten las finalidades que ellas persiguen, hay que concluir que la solución que propone es conveniente y justa.

Comenta también el señor Fiscal Tercero de la Corporación, al establecer las afinidades existentes entre las figuras que consagran los artículos 173, ordinal 3o. de la Ley 28 de 1979 y 11, parte final del inciso 2o. de la Ley 85 de 1981, que si la nueva ley consagra como motivo suficiente para no computar determinados pliegos, el hecho de que éstos hayan sido entregados extemporáneamente, sin importar si tienen o no graves irregularidades, ningún sentido tendría que para declarar con fundamento en el artículo 173, ordinal 3o. de la Ley 28 de 1979, la nulidad de las actas de escrutinio en las que se hayan

considerado pliegos extemporáneos, se exija la comprobación de esas "graves irregularidades", puesto que en el fondo ambas normas persiguen fines semejantes. En tales condiciones, argumenta, si se demuestra que los pliegos a que se refieren las demandas fueron computados, no obstante su entrega extemporánea, es procedente declarar la nulidad que solicitan los interesados con fundamento en el ordinal 3o. del artículo 173 de la Ley 28 de 1979, aunque en tales pliegos no se observen "graves irregularidades"; pero que si esta petición no es atendida, la nulidad procederá con base en el ordinal 6o. del mismo artículo, respecto de aquellos pliegos acerca de los cuales se pruebe que, a pesar de haber sido recibidos cuando se encontraba vencido el término legal, no fueron excluidos como lo ordena el artículo 11 de la Ley 85 de 1981, de los respectivos escrutinios; su no exclusión constituye una violación "del sistema electoral adoptado en la Constitución y leyes de la República".

Con fundamento en las razones que ha sintetizado la Sala, el señor fiscal considera que fueron probados los cargos formulados a las 12 mesas del corregimiento de "Río Frío"; a la mesa No. 1 del corregimiento de "La Tagua" (Santa Marta); a las mesas números 276, 277, 278 y 279 de la cabecera municipal de Santa Marta; a la mesa número 176 de Santa Marta y a las mesas números 24, 42, 48, 49, 62, 69, 80, 87, 97, 105, 109, 123, 141, 148, 150, 156, 163, 165, 177, 178, 180, 181, 193, 222, 223, 225, 228, 230, 231, 232, 237, 239, 240, 248, 253, 255 y 257 de la cabecera municipal de Santa Marta.

OPINION DE LA SALA

Fijada la posición de las partes y del señor agente del ministerio público, en la controversia, procede la Sala al análisis del cargo con miras a la decisión que fuere pertinente.

El legislador le ha confiado a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la guarda de la integridad de los principios constitucionales y legales sobre el sufragio, que constituyen la piedra angular de un régimen representativo y democrático como el nuestro.

Y en cumplimiento de esta misión, al Consejo de Estado se le ha atribuido la función de conocer privativamente y en una sola instancia de los juicios contra la elección de presidente de la República, senadores y representantes (artículo 187 de la ley 167 de 1941), pudiendo cualquier ciudadano ocurrir en demanda directa por la vía jurisdiccional contra los actos y decisiones de las corporaciones electorales, para que se anulen aquéllos o éstas o se rectifiquen, modifiquen, adicionen o revoquen las resoluciones de las corporaciones electorales por medio de las cuales se declare indebidamente alguna nulidad, o se computen votos a favor de ciudadanos que constitucional o legalmente no sean elegibles, o se hubiere dejado de computar un registro, o se haya alterado o cambiado el nombre de uno o varios candidatos (artículo 201, ley citada).

Para León Duguit, el contencioso electoral es un proceso contencioso objetivo y los jueces que conocen de él pueden y deben estatuir sobre todos los elementos que constituyen la legalidad de la elección, y que son:

a) Que el que se pretende elegido sea elegible;

b) Que haya obtenido la mayoría exigida por la ley;

c) Que las operaciones electorales hayan sido efectuadas conforme a la ley; y

d) Que ningún hecho exterior (fraude o violencia) haya viciado la verdad de la elección.

Y agrega textualmente: "Si todos estos elementos aparecen reunidos el juez debe declarar válida la elección. Si falta uno, debe declarar nula la elección" (Manual de Derecho Constitucional, página 391).

En la formación del proceso eleccionario participan distintos sujetos que intervienen directa o indirectamente en la elaboración y perfeccionamiento de los pliegos, registros, actas; los sufragantes, los registradores del Estado Civil, los miembros de los jurados de votación, los escrutadores, etc., etc. Todos ellos aportan su contingente para la culminación de ese acto jurídico complejo, y cada actuación puede contribuir a la verdad o a la falsedad de los registros o de las actas electorales; comenzando por el sufragante, mediante la emisión de sus votos; los registradores en virtud de la preparación y de la entrega de aquellos elementos de control necesarios para la pureza del sufragio y que permitan el desarrollo normal de los comicios, como las listas electorales, los formularios para las actas de escrutinios, etc.; los escrutadores con la contabilización escrita de los votos y la consignación de los verdaderos datos en los pliegos electorales, o con la sustracción o destrucción de papeletas, o el registro inexacto de ellas en las actas, o la inoportuna entrega de los pliegos electorales a los claveros, etc.

La función primordial, fundamental de los jurados de votación a término de lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley 28 de 1979, es la de realizar los escrutinios de los votos depositados en las mesas a ellos encomendadas, haciendo constar en el acta de escrutinio y en el registro general de votantes el número total de sufragantes.

Y en los artículos 105 a 115 de la ley en mención, se señala el procedimiento a seguir por los jurados de votación para el cómputo de los votos cuando hubiere un número mayor de votos a sufragantes, cuando un sobre contenga dos o más papeletas, cuando las listas aparezcan con tachaduras, o supresiones, cuando unas papeletas contengan un mayor número de personas del que deba contener, o un número menor, etc., etc. Y debe destacarse el artículo 112 que dice que los resultados del cómputo de votos se hará constar en el acta, expresando en letras y números los votos obtenidos por cada lista o candidato. acta de la cual se extenderán cuatro ejemplares firmados por los miembros del jurado, destinados uno para el Arca Triclave, otro para los delegados del registrador nacional del Estado Civil, otro para el registrador del Estado Civil y el cuarto para el Tribunal Contencioso Administrativo.

Terminado el escrutinio, dice el artículo 113, se leerá su resultado en voz alta y enseguida se introducirán en un sobre las papeletas y demás documentos que hayan servido para la votación, el cual estará dirigido al registrador del Estado Civil o a su delegado, escribiéndose una nota certificada de su contenido, que firmarán el presidente y el vicepresidente del jurado. Y dice el artículo 115 de la Ley 85 de 1981, lo siguiente:

"Inmediatamente después de terminado el escrutinio, las actas y documentos que sirvieron para la votación serán entregados por el presidente del jurado, bajo recibo y con indicación del día y la hora de entrega, así: en las cabeceras municipales, al registrador del Estado Civil o al registrador auxiliar; en los corregimientos, inspecciones de policía y sectores rurales, al respectivo delegado del registrador del Estado Civil.

"Los documentos electorales de los corregimientos, inspecciones de policía y sectores rurales serán conducidos por el delegado que los haya recibido, con vigilancia de la fuerza pública, y entregados al registrador del Estado Civil, dentro del término que se les haya señalado".

Los documentos electorales una vez recibidos se introducirán y guardarán en una arca de tres cerraduras o candados denominada Arca Triclave (artículo 116) y con base en ellos a ls 9:00 a.m. del martes siguiente a las elecciones se practicarán los escrutinios distritales y municipales.

Y dice el artículo 11 de la Ley 85 de 1981 lo siguiente sobre el particular:

Los miembros de las comisiones escrutadoras deberán estar en la sede del escrutinio a más tardar el lunes siguiente a las elecciones, activarán la entrega de los pliegos electorales de los corregimientos, inspecciones de policía y sectores rurales que no se hayan introducido en el Arca Triclave al empezar el escrutinio, verificarán cuidadosamente el día, la hora y el estado de los mismos al ser entregados, de todo lo cual se dejará constancia en el acta de introducción que suscriben los claveros.

"Si faltaren pliegos de corregimientos, inspecciones de policía o sectores rurales, la comisión escrutadora no podrá concluir el escrutinio antes de vencerse el mayor de los términos de distancia fijados por el registrador nacional del Estado Civil para el respectivo municipio. Los pliegos que llegaren después del correspondiente término no serán tenidos en cuenta en los escrutinios y el hecho se denunciará de inmediato por la comisión escrutadora ante la autoridad competente para que investigue la causa de la demora e imponga la sanción a que haya lugar".

Ahora bien, el numeral 3o. del artículo 196 de la Ley 167 de 1941 dice que los registros de toda corporación electoral serán nulos, "Cuando se hayan computado pliegos o registros que no fueron introducidos en el término legal en la respectiva urna".

La norma anterior fue sustituida por el artículo 173 de la Ley 28 de 1979, según el cual, "Las actas de escrutinio de toda corporación electoral serán anuladas por las siguientes causas:

"... 3. Cuando se hayan computado actas de escrutinio que no fueron entregadas a los claveros municipales dentro del término señalado por la Registraduría Nacional del Estado Civil y se comprueben graves irregularidades que indiquen la alteración de los auténticos resultados electorales".

La norma transcrita sanciona pues con la nulidad del cómputo de actas de escrutinio entregadas a los claveros municipales por fuera del término legal. Uno de esos términos había sido fijado por el artículo 130 de la Ley 85 de 1916, así:

"Los pliegos para el presidente del jurado electoral (hoy para el registrador municipal) le serán entregados por el presidente del jurado de votación y el secretario de éste, el mismo día de las votaciones, antes de las nueve de la noche, en la oficina del mismo jurado electoral (hoy del registrador municipal), para lo cual se reunirán en ella desde que se cierra la votación, el presidente primeramente mencionado (hoy el registrador municipal), el vocal encargado de una de las llaves del Arca Triclave, el alcalde, el secretario del jurado electoral (hoy el registrador municipal, si lo tuviere) y el otro miembro de éste, si quiere concurrir (hoy este miembro no existe). Si a las nueve de la noche no se hubieren recibido todos los pliegos, las personas enumeradas volverán a reunirse el día siguiente de la expresada oficina, desde las nueve de la mañana hasta las doce del día. Pasada esta última hora no se recibirán otros pliegos que los que provengan de los jurados de votación de los corregimientos o de las veredas, los cuales se recibirán de las dichas doce del día en adelante, hasta completar el término de la distancia, a razón de dos horas por cada cinco kilómetros, sin computar las doce horas de la noche.

"Los pliegos de los jurados de votación de los corregimientos y de las veredas serán mandados con un agente de policía, o en su defecto con un comisionado del jurado de votación. El conductor del pliego dará y percibirá el recibo correspondiente, y el que a él le fuere dado por el jurado electoral (hoy por el registrador municipal) lo entregará, bajo recibo también, al presidente del jurado de votación, para el debido resguardo de todos los interesados".

El artículo 44 del Decreto-ley 2864 de 1952 dijo:

"La entrega de pliegos a que se refiere la segunda parte del artículo 130 de la Ley 85 de 1916, podrá hacerse hasta las dos de la tarde del día siguiente al de las votaciones".

Es evidente que al hablar este decreto de la entrega de pliegos de que trata la segunda parte del artículo 130, no se está refiriendo al segundo inciso de la regla modificada como aparece a primera vista, por la razón obvia de que en ese aparte final no se establece regulación alguna de horarios o términos. La modificación allí consagrada es con relación al primer inciso del artículo 130 de la Ley 85 de 1916, que es precisamente donde se establecen términos.

Por manera que se presentaban dos casos notoriamente diferentes relativos a partes diferentes del mismo primer inciso. El primero que regulaba la recepción de pliegos locales, comprendiéndose en esta expresión, los documentos electorales producidos en el lugar donde existía registrador o delegado de éste; y el segundo, reglamentaba la entrega de registros que provenían de sitios donde no actuaban tales funcionarios. Para la entrega local de pliegos, se fijó el término máximo de las doce del día siguiente al de las elecciones, en tanto que para la recepción de documentos procedentes de lugares en donde no hubiere delegado, se adicionó ese plazo con el término de la distancia, contado a razón de dos horas por cada cinco kilómetros, sin computar el lapso de la noche.

Posteriormente, el Decreto 3254 de 1963 en su artículo 26, dispuso lo siguiente:

"Las actas de escrutinio y demás elementos que sirvieron para la votación, serán entregados por el presidente del jurado al registrador municipal o a sus

gados, en la cabecera, en los corregimientos, o en las inspecciones de
ía, hasta las 10 de la noche del día de las elecciones. Sin embargo, y para
ellas mesas que se hayan instalado con posterioridad a las 8 de la mañana,
érmino de que trata este artículo se ampliará proporcionalmente.

"Los pliegos de los corregimientos e inspecciones de policía serán entrega-
s personalmente al registrador por sus delegados, dentro del término de la
stancia. La Registraduría Nacional fijará los términos de la distancia a cada
ugar, de acuerdo con los medios de transporte de la región.

"Así como se vayan recibiendo los pliegos provenientes de las mesas de
votación, se irán colocando en el Arca Triclave, y se irán anotando en un
registro firmado por los claveros con indicación del día y la hora en que fueron
recibidos".

Por último, vino la Ley 28 de 1979 que en su Art. 115 prescribió lo
siguiente:

"Inmediatamente después de terminado el escrutinio, las actas y docu-
mentos que sirvieron para la votación serán entregados por el presidente del
jurado, bajo recibo y con indicación del día y la hora de la entrega, así: En las
cabeceras municipales, al registrador del Estado Civil o al registrador auxi-
liar; en los corregimientos, inspecciones de policía y sectores rurales, al respec-
tivo delegado del registrador del Estado Civil.

"Los documentos electorales de los corregimientos, inspecciones de policía
y sectores rurales, serán conducidos por el delegado que los haya recibido, con
vigilancia de la fuerza pública, y entregados al registrador del Estado Civil,
dentro del término que se les haya señalado".

Como bien se aprecia en las normas transcritas, la regulación legal relati-
va a la entrega de las actas y documentos electorales a los claveros, a partir del
año de 1916, no son muchas las variaciones que ha sufrido, teniendo una clara
explicación en el hecho de que hoy las vías de comunicación y los sistemas de
transporte no son tan deficientes ni tan lentos como lo eran en aquella época.
Por eso existían términos realmente largos para la entrega de los pliegos.

En la actualidad las condiciones han cambiado notoriamente y no se
justifica realmente, el otorgamiento de lapsos tan largos que ofrecen oportuni-
dades peligrosas para desfigurar la verdad electoral.

Pero en este punto es necesario arrojar mayor claridad, para evitar confu-
siones en cuanto a los términos o plazos vigentes para la entrega de los pliegos
electorales.

De la enumeración legal que se ha hecho en los párrafos anteriores se
puede concluir que en la actualidad existen dos tipos de mesas de votación: Las
que funcionan en las cabeceras municipales, y las que funcionan en los corregi-
mientos, inspecciones de policía y sectores rurales.

Y para la entrega de los pliegos electorales en las cabeceras municipales
existen plazos diferentes a los señalados para los corregimientos, inspecciones
de policía y sectores rurales. Para la entrega de los documentos originados en
estos últimos, esto es, de los corregimientos, inspecciones de policía y sectores
rurales, conforme el numeral 12 del artículo 27 de la Ley 28 de 1979, corres-

ponde al registrador nacional del Estado Civil fijarlos mediante resolución. Y en cuanto a las cabeceras municipales, ciertamente que no existe claridad sobre el particular en la actualidad.

En estos juicios acumulados se sostiene por el demandante, como atrás se vio, que el Decreto 3254 de 1963 es un estatuto permanente que no ha sido derogado expresamente por ninguna disposición posterior, que únicamente ha dejado de regir parcialmente en aquello en que la legislación posterior le fue contrario o modificó sus disposiciones, pero que están vigentes, intactas, sus normas, no derogadas expresamente, ni modificadas o subrogadas por leyes posteriores, en particular las Leyes 28 de 1979 y la 85 de 1981, ninguna de las cuales tiene disposición alguna por medio de la cual expresamente se deroguen leyes o decretos en materia electoral; y que si la derogación de leyes electorales anteriores no es expresa sino tácita, resulta que conforme al artículo 72 del Código Civil, "La derogación tácita deja vigente las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley".

Los impugnadores por el contrario sostienen que la causal de nulidad por entrega extemporánea de pliegos electorales no puede extenderse a las actas de escrutinio de las cabeceras municipales, porque la ley no ha consagrado la extemporaneidad para estas actas y no podría ampliarse la causal del artículo 196 de la Ley 167 de 1941, porque es preciso tener en cuenta que el término que prevé la ley para esa extemporaneidad, no es el de la introducción de las actas en el Arca Triclave, sino la entrega de esos documentos a los claveros municipales.

El doctor Efraín Valencia Castillo, uno de los impugnadores, sostiene que lo perseguido por la Ley 85 de 1981 es provocar que los pliegos electorales se encuentren, por lo menos, a disposición de los escrutadores cuando para el martes siguiente a las elecciones se inicien los escrutinios, razón por la cual el artículo 11 de la Ley 85 de 1981, atribuye a los escrutadores la misión de activar la entrega de los pliegos electorales de los corregimientos, inspecciones de policía y sectores rurales, que no se hayan introducido en el Arca Triclave al empezar el escrutinio, y la prohibición de que si faltaren pliegos, no podrán concluir el escrutinio antes de vencerse el mayor de los términos de la distancia fijados por el registrador nacional del Estado Civil para el respectivo municipio; lo que quiere decir, que aun llegando los pliegos por fuera del plazo particular determinado para un corregimiento, inspección de policía o vereda, si el señalado para otros de la jurisdicción del mismo municipio es mayor, hay oportunidad para prescindir de los mismos.

En el acuerdo No. 16 de julio 9 de 1982, acusado, la Corte Electoral sostiene que la no entrega inmediata de los documentos electorales de una mesa que funcionó en la cabecera municipal, no autoriza a las comisiones escrutadoras para dejar de tener en cuenta en los escrutinios tales pliegos; y que tampoco puede invocarse tal hecho con base en el artículo 26 del Decreto 3254 de 1963, porque las Leyes 28 de 1979 y 85 de 1981 al regular íntegramente la materia electoral, abrogaron el citado decreto.

Y el señor Fiscal Tercero de la corporación considera equivocadas las apreciaciones de la Corte Electoral, puesto que contrariamente a lo que ésta

sostiene, el artículo 115 de la Ley 28 de 1979 no suprime la obligación de los presidentes de los jurados de votación de las mesas que funcionaron en las cabeceras municipales, de entregar oportunamente las actas de escrutinio y demás documentos electorales, ya que no aparece por parte alguna, expresa o tácitamente, que esa haya sido la finalidad del legislador, pudiendo pensarse más bien, como lo advierte el doctor José Ignacio Vives Echeverría, que la norma comentada, al emplear la expresión "Inmediatamente después de terminado el escrutinio", quiso, con el propósito de agilizar los trámites electorales y de evitar que las demoras en la entrega pudieran aprovecharse para alterar los resultados en las elecciones, restringir el término previsto por el artículo 26 del Decreto 3254 de 1963, interpretación ésta que si bien es lógica, no es aceptable porque ofrece algunos inconvenientes de orden práctico en relación con las mesas alejadas de los lugares en donde se encuentran las arcas triclaves.

Por eso, agrega el señor fiscal, el artículo 115 debe entenderse en el sentido de que la intención del legislador fue simplemente reglamentar la entrega en forma tal que entre el momento de la terminación de los escrutinios y el momento de la entrega, exista un tiempo razonable, sobre todo para aquellas ciudades pequeñas como Santa Marta, en las cuales las distancias son de tan poca consideración que no se justifica que los pliegos sean recibidos después de haber transcurrido varias horas de la culminación de los escrutinios; y si para los corregimientos, inspecciones de policía y sectores rurales, que generalmente están muy retirados de las cabeceras, existen términos para las mesas de las cabeceras. Y concluye el señor fiscal manifestando que como la Ley 28 de 1979 no reguló "íntegramente la materia electoral", muestra algunos vacíos, concretamente en cuanto al instante en que se extingue el plazo para la entrega, vacíos que el juzgador no puede rehusarse a juzgar "pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley" (artículo 48, Ley 153 de 1887), es por lo que armonizando las disposiciones del artículo 115 de la ley en comento con las del artículo 26 del Decreto 3254 de 1963, se podría tomar como término prudencial para la entrega de los documentos de las mesas de las cabeceras, el comprendido entre la hora en que concluyeron los escrutinios y "las diez de la noche del día de las elecciones".

Como antes se ha visto, cada parte presenta el problema dándole una calificación de acuerdo con sus personales puntos de vista. Corresponde entonces al juzgador elegir, o adoptar un criterio, porque cuando falta un criterio previamente establecido, o se aprecia un vacío sobre el particular, como sucede en el caso presente con relación a la Ley 29 de 1978, la guía obviamente se encuentra en el espíritu de la ley, como también en un criterio de equidad. Naturalmente que las partes siempre gozan de una mayor libertad que los jueces para elegir la calificación de los hechos que se pretenden y la causa de la acción que quieren sostener.

La posibilidad de comprender un texto legal en diversos sentidos como ocurre con la Ley 28 de 1979 y el Decreto 3254 de 1963, obliga a elegir entre varias interpretaciones, siguiendo motivos que no siempre son proporcionados por la ley. Y es que, cuando el derecho se muestra indeciso hay que encontrar medios para acabar con esa indecisión. Tal puede ser el caso del sentido cada vez más amplio que puede dársele al artículo 115 de la ley 28 de 1979 exten-

diéndolo a los límites que fija el artículo 26 del Decreto 3254 de 1963, porque cuando no hay claridad acerca de un criterio establecido como sucede con la ley que se comenta, hay que buscar el espíritu de la misma ley, como antes se ha dicho.

Ahora bien, si a través de la interpretación de la ley se busca encontrar medios que permitan garantizar su operancia y eficacia en la práctica y lograr que se cumplan los objetivos perseguidos por ella, hay que concluir que es conveniente y jurídica la interpretación que hace el señor agente del ministerio público en su concepto de fondo que, por lo mismo, comparte la Sala.

En efecto, conforme al artículo 71 del Código Civil, "La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita.

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

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

"La derogación de una ley puede ser total o parcial".

Ninguna de las dos leyes electorales (28 de 1979 y 85 de 1981) expedida en los últimos años contienen disposición alguna que expresamente derogue leyes o decretos anteriores de tipo electoral. Naturalmente que contienen derogación tácita de disposiciones legales anteriores a la primera de las mencionadas, en aquellas normas que no pueden "conciliarse" con las últimas disposiciones. Y si la derogación no es expresa sino tácita, "...deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley".

Ahora bien, el artículo 3o. de la Ley 153 de 1887 dice que se estima insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería.

Es pues indispensable que la nueva ley efectivamente regule íntegramente la materia, cosa que no ocurre en la Ley 28 de 1979 que adolece de vacíos como el que aquí se ha comentado, que es necesario llenar con disposiciones anteriores. Tácitamente derogó la legislación electoral anterior en forma parcial y quedó vigente obviamente aquella legislación anterior que fácilmente puede conciliarse con la nueva legislación, máxime para llenar los vacíos que en ella se aprecien.

El inciso 2o. del artículo 115 de la Ley 28 de 1979 dice que los documentos electorales de los corregimientos, inspecciones de policía y sectores rurales serán conducidos por el delegado que los haya recibido, con la vigilancia de la fuerza pública, y entregados al registrador del Estado Civil, dentro del término que se les haya señalado, que en el caso presente, mediante Resolución No. 0227 de febrero 17 de 1982, fijó el señor registrador nacional del Estado Civil en acatamiento a lo dispuesto en el ordinal 12 del artículo 27 de la misma Ley 28 de 1979.

De tal manera que hasta la expedición de la Ley 28 de 1979, el término imo para la entrega de los documentos electorales de las mesas de una ecera municipal, era las 10 de la noche del día de las elecciones, según el ículo 26 del Decreto 3254 de 1963.

Pero como la Ley 28 de 1979 en su artículo 115 dijo que "inmediatamente spués de terminado el escrutinio, las actas y documentos que sirvieron para votación serán entregados por el presidente del jurado...", quiere ello significar que si bien no amplió ni suprimió el término del Decreto 3254 de 1963, nexplicablemente lo restringió al disponer que los documentos electorales debían ser entregados "Inmediatamente después de terminado el escrutinio". Seguramente que el propósito del legislador fue impedir que los documentos electorales quedaran en poder de los jurados, concluidas las votaciones, buscando con ello evitar el fraude. Pero tampoco puede afirmarse que en el caso de las mesas de cabecera municipal quedaron sin término legal, en forma tal que los jurados podrían permanecer indefinidamente con los documentos electorales en su poder, o que como lo sostiene el Dr. Efraín Valencia Castillo, lo que persigue la ley es provocar que los pliegos electorales se encuentren, por lo menos, a disposición de los escrutadores cuando para el martes siguiente a las elecciones se inicien los escrutinios.

No, no lo estima así la Sala, pues podría darse el caso de que una mesa de cabecera municipal resultara con más plazo para entregar los documentos electorales que una mesa de un corregimiento, valga el ejemplo, que está más distante que las mesas de la cabecera municipal. Además, en el artículo 11 de la Ley 85 de 1971 se habla de "los pliegos que llegaren después del correspondiente término no serán tenidos en cuenta en los escrutinios..."; luego, se parte de la existencia de un término para ello.

Lo antes expuesto permite concluir, acorde con el parecer del señor Fiscal Tercero del Consejo de Estado, que existiendo ciertamente un vacío en cuanto al término para la entrega de los documentos electorales correspondientes a las mesas de votación de las cabeceras municipales, bien puede tomarse como término prudencial para ello el señalado en el artículo 26 del Decreto 3254 de 1963, que dentro de una labor de hermenéutica y normación reglamentaria, y ante el vacío existente en la materia, se proyecta en el tiempo con la misma fuerza y alcance que se le han atribuido, y colocado frente a las Leyes 28 de 1979 y 85 de 1981, despeja toda duda en relación con la operancia de éstas en el tiempo.

La interpretación anterior es armónica con el espíritu general de las leyes electorales, que tienen como fundamento la necesidad de proteger los sufragios legítimamente emitidos, contra posibles maniobras habilidosas y la de sancionar los actos ilícitos y fraudulentos que se presenten.

El artículo 173 de la Ley 28 de 1979 dijo que el artículo 196 de la Ley 167 de 1941, quedará así:

"Las actas de escrutinio de toda corporación electoral serán anuladas por las siguientes causas:

"... 3. Cuando se hayan computado actas de escrutinio que no fueron entregadas a los claveros municipales dentro del término señalado por la

Registraduría Nacional del Estado Civil y se comprueben graves irregu
dades que indiquen la alteración de los auténticos resultados electorales

La norma anterior fue modificada por el artículo 11 de la Ley 85 de 19
parte final de su inciso 2o. así:

"Los pliegos que llegaren después del correspondiente término no será
tenidos en cuenta en los escrutinios y el hecho se denunciará de inmediato po
la comisión escrutadora ante la autoridad competente para que investigue l
causa de la mora e imponga la sanción a que haya lugar".

De acuerdo con las ideas antes expresadas, la interpretación de los artícu-
los 173 de la Ley 28 de 1979 y 11 de la Ley 85 de 1981, es la de que las actas de
escrutinio de toda corporación electoral serán nulas cuando se hayan computa-
do actas de mesas de cabecera municipal recibidas después de las 10 de la
noche del día de las elecciones, o actas introducidas después de los términos
señalados por el señor registrador nacional del Estado Civil, cuando ellas
provengan de corregimientos, inspecciones de policía o sectores rurales. Y se
aclara, que el artículo 11 de la Ley 85 de 1981 consagra como motivo suficiente
para no tener en cuenta pliegos electorales, el hecho de que éstos hubieren
llegado extemporáneamente, sin considerar si adolecen o no de graves irregu-
laridades.

"...Estando vedado expresamente a las corporaciones electorales (comisio-
nes escrutadoras municipales, delegados de la Corte Electoral), computar
registros extemporáneamente introducidos al Arca Triclave, dichas corpora-
ciones se convertirían automáticamente en jueces de lo contencioso adminis-
trativo, cada ocasión que den validez a tales registros extemporáneamente
introducidos, ya que en tal evento entrarían a decidir una cuestión de derecho,
reservada a la jurisdicción contencioso administrativa. La razón de ello es que,
si para la ley electoral los registros devienen nulos por el solo hecho de la
extemporaneidad en su introducción, las corporaciones electorales al compu-
tar esos registros extemporáneamente, estarían dándole validez a registros
que por ministerio de la ley no la tienen y, asimismo, estarían desconociendo la
autenticidad del documento público contenido en el "acta de introducción de
pliegos al arca triclave" elaborado por los claveros (formulario 40-A). En otras
palabras, las corporaciones electorales nunca tienen competencia para compu-
tar registros extemporáneamente introducidos. La ley es perentoria cuando
ordena que no se reciban los pliegos que lleguen fuera del término indicado
para su introducción, pero que si no obstante éstos fueron recibidos, no deben
ser abiertos ni computados, so pena de nulidad y sin perjuicio de sanciones
especiales para quienes infrinjan estos preceptos.

"Por otra parte, siendo los funcionarios electorales de investidura transi-
toria o provisional, los documentos por ellos elaborados o en su poder, aunque
correspondan a la verdad real, devienen apócrifos a partir del momento en que
por mandato legal han cesado sus funciones, esto es luego de terminado el
escrutinio de la respectiva mesa de votación, en el caso de los jurados de
votación. Por tanto, aún en el supuesto de que no existiera consagrada expresa-
mente la causal de nulidad por extemporaneidad en la introducción de los
pliegos electorales en el Arca Triclave, los pliegos electorales allí introducidos

sostiene, el artículo 115 de la Ley 28 de 1979 no suprime la obligación de los presidentes de los jurados de votación de las mesas que funcionaron en las cabeceras municipales, de entregar oportunamente las actas de escrutinio y demás documentos electorales, ya que no aparece por parte alguna, expresa o tácitamente, que esa haya sido la finalidad del legislador, pudiendo pensarse más bien, como lo advierte el doctor José Ignacio Vives Echeverría, que la norma comentada, al emplear la expresión "Inmediatamente después de terminado el escrutinio", quiso, con el propósito de agilizar los trámites electorales y de evitar que las demoras en la entrega pudieran aprovecharse para alterar los resultados en las elecciones, restringir el término previsto por el artículo 26 del Decreto 3254 de 1963, interpretación ésta que si bien es lógica, no es aceptable porque ofrece algunos inconvenientes de orden práctico en relación con las mesas alejadas de los lugares en donde se encuentran las arcas triclaves.

Por eso, agrega el señor fiscal, el artículo 115 debe entenderse en el sentido de que la intención del legislador fue simplemente reglamentar la entrega en forma tal que entre el momento de la terminación de los escrutinios y el momento de la entrega, exista un tiempo razonable, sobre todo para aquellas ciudades pequeñas como Santa Marta, en las cuales las distancias son de tan poca consideración que no se justifica que los pliegos sean recibidos después de haber transcurrido varias horas de la culminación de los escrutinios; y si para los corregimientos, inspecciones de policía y sectores rurales, que generalmente están muy retirados de las cabeceras, existen términos para las mesas de las cabeceras. Y concluye el señor fiscal manifestando que como la Ley 28 de 1979 no reguló "íntegramente la materia electoral", muestra algunos vacíos, concretamente en cuanto al instante en que se extingue el plazo para la entrega, vacíos que el juzgador no puede rehusarse a juzgar "pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley" (artículo 48, Ley 153 de 1887), es por lo que armonizando las disposiciones del artículo 115 de la ley en comento con las del artículo 26 del Decreto 3254 de 1963, se podría tomar como término prudencial para la entrega de los documentos de las mesas de las cabeceras, el comprendido entre la hora en que concluyeron los escrutinios y "las diez de la noche del día de las elecciones".

Como antes se ha visto, cada parte presenta el problema dándole una calificación de acuerdo con sus personales puntos de vista. Corresponde entonces al juzgador elegir, o adoptar un criterio, porque cuando falta un criterio previamente establecido, o se aprecia un vacío sobre el particular, como sucede en el caso presente con relación a la Ley 29 de 1978, la guía obviamente se encuentra en el espíritu de la ley, como también en un criterio de equidad. Naturalmente que las partes siempre gozan de una mayor libertad que los jueces para elegir la calificación de los hechos que se pretenden y la causa de la acción que quieren sostener.

La posibilidad de comprender un texto legal en diversos sentidos como ocurre con la Ley 28 de 1979 y el Decreto 3254 de 1963, obliga a elegir entre varias interpretaciones, siguiendo motivos que no siempre son proporcionados por la ley. Y es que, cuando el derecho se muestra indeciso hay que encontrar medios para acabar con esa indecisión. Tal puede ser el caso del sentido cada vez más amplio que puede dársele al artículo 115 de la ley 28 de 1979 exten-

diéndolo a los límites que fija el artículo 26 del Decreto 3254 de 1963, porque cuando no hay claridad acerca de un criterio establecido como sucede con la ley que se comenta, hay que buscar el espíritu de la misma ley, como antes se ha dicho.

Ahora bien, si a través de la interpretación de la ley se busca encontrar medios que permitan garantizar su operancia y eficacia en la práctica y lograr que se cumplan los objetivos perseguidos por ella, hay que concluir que es conveniente y jurídica la interpretación que hace el señor agente del ministerio público en su concepto de fondo que, por lo mismo, comparte la Sala.

En efecto, conforme al artículo 71 del Código Civil, "La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita.

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

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

"La derogación de una ley puede ser total o parcial".

Ninguna de las dos leyes electorales (28 de 1979 y 85 de 1981) expedida en los últimos años contienen disposición alguna que expresamente derogue leyes o decretos anteriores de tipo electoral. Naturalmente que contienen derogación tácita de disposiciones legales anteriores a la primera de las mencionadas, en aquellas normas que no pueden "conciliarse" con las últimas disposiciones. Y si la derogación no es expresa sino tácita, "...deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley".

Ahora bien, el artículo 3o. de la Ley 153 de 1887 dice que se estima insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería.

Es pues indispensable que la nueva ley efectivamente regule íntegramente la materia, cosa que no ocurre en la Ley 28 de 1979 que adolece de vacíos como el que aquí se ha comentado, que es necesario llenar con disposiciones anteriores. Tácitamente derogó la legislación electoral anterior en forma parcial y quedó vigente obviamente aquella legislación anterior que fácilmente puede conciliarse con la nueva legislación, máxime para llenar los vacíos que en ella se aprecien.

El inciso 2o. del artículo 115 de la Ley 28 de 1979 dice que los documentos electorales de los corregimientos, inspecciones de policía y sectores rurales serán conducidos por el delegado que los haya recibido, con la vigilancia de la fuerza pública, y entregados al registrador del Estado Civil, dentro del término que se les haya señalado, que en el caso presente, mediante Resolución No. 0227 de febrero 17 de 1982, fijó el señor registrador nacional del Estado Civil en acatamiento a lo dispuesto en el ordinal 12 del artículo 27 de la misma Ley 28 de 1979.

De tal manera que hasta la expedición de la Ley 28 de 1979, el término máximo para la entrega de los documentos electorales de las mesas de una cabecera municipal, era las 10 de la noche del día de las elecciones, según el artículo 26 del Decreto 3254 de 1963.

Pero como la Ley 28 de 1979 en su artículo 115 dijo que "inmediatamente después de terminado el escrutinio, las actas y documentos que sirvieron para la votación serán entregados por el presidente del jurado...", quiere ello significar que si bien no amplió ni suprimió el término del Decreto 3254 de 1963, inexplicablemente lo restringió al disponer que los documentos electorales debían ser entregados "Inmediatamente después de terminado el escrutinio". Seguramente que el propósito del legislador fue impedir que los documentos electorales quedaran en poder de los jurados, concluidas las votaciones, buscando con ello evitar el fraude. Pero tampoco puede afirmarse que en el caso de las mesas de cabecera municipal quedaron sin término legal, en forma tal que los jurados podrían permanecer indefinidamente con los documentos electorales en su poder, o que como lo sostiene el Dr. Efraín Valencia Castillo, lo que persigue la ley es provocar que los pliegos electorales se encuentren, por lo menos, a disposición de los escrutadores cuando para el martes siguiente a las elecciones se inicien los escrutinios.

No, no lo estima así la Sala, pues podría darse el caso de que una mesa de cabecera municipal resultara con más plazo para entregar los documentos electorales que una mesa de un corregimiento, valga el ejemplo, que está más distante que las mesas de la cabecera municipal. Además, en el artículo 11 de la Ley 85 de 1971 se habla de "los pliegos que llegaren después del correspondiente término no serán tenidos en cuenta en los escrutinios..."; luego, se parte de la existencia de un término para ello.

Lo antes expuesto permite concluir, acorde con el parecer del señor Fiscal Tercero del Consejo de Estado, que existiendo ciertamente un vacío en cuanto al término para la entrega de los documentos electorales correspondientes a las mesas de votación de las cabeceras municipales, bien puede tomarse como término prudencial para ello el señalado en el artículo 26 del Decreto 3254 de 1963, que dentro de una labor de hermenéutica y normación reglamentaria, y ante el vacío existente en la materia, se proyecta en el tiempo con la misma fuerza y alcance que se le han atribuido, y colocado frente a las Leyes 28 de 1979 y 85 de 1981, despeja toda duda en relación con la operancia de éstas en el tiempo.

La interpretación anterior es armónica con el espíritu general de las leyes electorales, que tienen como fundamento la necesidad de proteger los sufragios legítimamente emitidos, contra posibles maniobras habilidosas y la de sancionar los actos ilícitos y fraudulentos que se presenten.

El artículo 173 de la Ley 28 de 1979 dijo que el artículo 196 de la Ley 167 de 1941, quedará así:

"Las actas de escrutinio de toda corporación electoral serán anuladas por las siguientes causas:

"... 3. Cuando se hayan computado actas de escrutinio que no fueron entregadas a los claveros municipales dentro del término señalado por la

Registraduría Nacional del Estado Civil y se comprueben graves irregularidades que indiquen la alteración de los auténticos resultados electorales".

La norma anterior fue modificada por el artículo 11 de la Ley 85 de 1981, parte final de su inciso 2o. así:

"Los pliegos que llegaren después del correspondiente término no serán tenidos en cuenta en los escrutinios y el hecho se denunciará de inmediato por la comisión escrutadora ante la autoridad competente para que investigue la causa de la mora e imponga la sanción a que haya lugar".

De acuerdo con las ideas antes expresadas, la interpretación de los artículos 173 de la Ley 28 de 1979 y 11 de la Ley 85 de 1981, es la de que las actas de escrutinio de toda corporación electoral serán nulas cuando se hayan computado actas de mesas de cabecera municipal recibidas después de las 10 de la noche del día de las elecciones, o actas introducidas después de los términos señalados por el señor registrador nacional del Estado Civil, cuando ellas provengan de corregimientos, inspecciones de policía o sectores rurales. Y se aclara, que el artículo 11 de la Ley 85 de 1981 consagra como motivo suficiente para no tener en cuenta pliegos electorales, el hecho de que éstos hubieren llegado extemporáneamente, sin considerar si adolecen o no de graves irregularidades.

"...Estando vedado expresamente a las corporaciones electorales (comisiones escrutadoras municipales, delegados de la Corte Electoral), computar registros extemporáneamente introducidos al Arca Triclave, dichas corporaciones se convertirían automáticamente en jueces de lo contencioso administrativo, cada ocasión que den validez a tales registros extemporáneamente introducidos, ya que en tal evento entrarían a decidir una cuestión de derecho, reservada a la jurisdicción contencioso administrativa. La razón de ello es que, si para la ley electoral los registros devienen nulos por el solo hecho de la extemporaneidad en su introducción, las corporaciones electorales al computar esos registros extemporáneamente, estarían dándole validez a registros que por ministerio de la ley no la tienen y, asimismo, estarían desconociendo la autenticidad del documento público contenido en el "acta de introducción de pliegos al arca triclave" elaborado por los claveros (formulario 40-A). En otras palabras, las corporaciones electorales nunca tienen competencia para computar registros extemporáneamente introducidos. La ley es perentoria cuando ordena que no se reciban los pliegos que lleguen fuera del término indicado para su introducción, pero que si no obstante éstos fueron recibidos, no deben ser abiertos ni computados, so pena de nulidad y sin perjuicio de sanciones especiales para quienes infrinjan estos preceptos.

"Por otra parte, siendo los funcionarios electorales de investidura transitoria o provisional, los documentos por ellos elaborados o en su poder, aunque correspondan a la verdad real, devienen apócrifos a partir del momento en que por mandato legal han cesado sus funciones, esto es luego de terminado el escrutinio de la respectiva mesa de votación, en el caso de los jurados de votación. Por tanto, aún en el supuesto de que no existiera consagrada expresamente la causal de nulidad por extemporaneidad en la introducción de los pliegos electorales en el Arca Triclave, los pliegos electorales allí introducidos

extemporáneamente, son nulos porque son apócrifos, o lo son los elementos que han servido para su formación.

"Por estas razones el artículo 42 de la Ley 89 de 1948, dijo: "El presidente de la mesa de votación que no entregue los pliegos correspondientes al registrador municipal de conformidad con esta ley y con las demás disposiciones vigentes, incurrirá en la pena de que trata el artículo 290 del Código Penal, pero además será sancionado por el registrador municipal con una multa de $500.oo convertibles en arresto a razón de un día por cada $5.oo". Esta sanción penal a que se hace acreedor el jurado electoral o funcionario transitorio que no entregue oportunamente los pliegos electorales da más fuerza aún a los argumentos expuestos, porque todo ello permite deducir que el legislador, en su sabiduría, ha dado por sentado que la conducta del jurado, modifica los resultados de la votación, y con ellos el querer popular de los electores". Así se expresó el Consejo de Estado en sentencia del 18 de junio de 1975. (Anales 445-446, págs. 416 y ss.).

Como consecuencia de todo el análisis que antes se ha hecho, se procede a continuación al examen de los registros electorales correspondientes a las mesas contra las cuales se ha formulado el cargo atrás analizado, para establecer si es procedente o no declarar la nulidad de los mismos en los términos del ordinal 3o. del artículo 173 de la Ley 28 de 1979.

1. MESAS DEL CORREGIMIENTO DE "RIO FRIO" (12) (CIENAGA)

Por medio de Resolución No. 0227 del 17 de febrero de 1982 del registrador nacional del Estado Civil, se fijó el término para la entrega de los documentos electorales de los corregimientos, inspecciones de policía y sectores rurales a las respectivas registradurías del Estado Civil de la circunscripción electoral del Magdalena, para la elección de corporaciones públicas y presidente de la República a efectuarse en 1982, así:

Corregimiento de "Río Frío" (Ciénaga): hasta las 11 a.m. del lunes siguiente a las elecciones (folio 7 a 12 del cuaderno número 4, expediente 933).

Los pliegos electorales correspondientes a las doce mesas del corregimiento, como consta al folio 14 del cuaderno número 4 del expediente 933, fueron recibidos en la Registraduría Municipal de Ciénaga, el lunes 15 de marzo a las 2 p.m. (formulario E-28).

Naturalmente que conforme al acta de introducción de documentos electorales en el Arca Triclave, (formulario E-20) y como consta al folio 23 del cuaderno número 4 del expediente 933, se introdujeron los sobres o paquetes del Arca Triclave correspondientes a las doce mesas de votación que funcionaron en el corregimiento de "Río Frío" el 15 de marzo a las 2:00 a.m. Pero observa la Sala que la letra "A" aparece repisada y además, mal pueden haber sido introducidos los documentos al Arca Triclave el 15 de marzo a las 2:00 a.m., cuando dichos documentos fueron recibidos por el registrador municipal de Ciénaga a las 2:00 p.m. del día en mención. La simple lógica descarta esa posibilidad.

Fueron pues introducidas dichas actas por fuera del término señalado en la Resolución No. 00227 de febrero 17 de 1982, debiendo por lo mismo ser anuladas.

2. MESA NUMERO UNO (1) DEL CORREGIMIENTO DE "LA TAGUA" (SANTA MARTA)

Conforme la Resolución No. 00227 de febrero 17 de 1982, del registrador nacional del Estado Civil, el término para la entrega de los documentos electorales de este corregimiento vencía a las 9:00 a.m. del lunes 15 de marzo de 1982 (folio 7, cuaderno número 4, expediente 933).

No existe documento alguno en autos que demuestre el día y la hora en que los registros electorales correspondientes a esta mesa fueron entregados al registrador del Estado Civil de Santa Marta. Debiera figurar en el formulario E-28, "Recibo de documentos electorales"; pero este documento no existe y solamente los registradores especiales del Estado Civil de Santa Marta informaron al Consejo de Estado que el formulario en mención fue entregado a la delegación departamental del Estado Civil con destino a la Corte Electoral; pero en esta entidad tampoco dieron razón del formulario.

Sin embargo, al folio 260 del cuaderno número 9 del expediente número 938, figura el acta de introducción de documentos en el Arca Triclave, según la cual a las 12:00 m. del día 15 de marzo de 1982 se introdujeron al Arca los sobres o paquetes contentivos de los documentos electorales de la mesa 176 de Santa Marta y la número uno (1) del corregimiento de "La Tagua" de dicho municipio. Esto quiere decir que la mesa número uno (1) del corregimiento de La Tagua también fue introducida extemporáneamente al Arca Triclave.

3. MESAS NUMEROS 7, 12, 13, 16, 22, 50, 54, 62, 63, 84, 92, 101, 120, 121, 124, 128, 132, 147, 156, 162, 172, 175, 185, 194, 195, 209, 221, 276, 277, 278 Y 279 DE LA CABECERA MUNICIPAL DE SANTA MARTA

Conforme las pruebas obrantes en el expediente (folios 210 a 213 del cuaderno 10, expediente 938), únicamente los pliegos correspondientes a las mesas números 276, 277, 278 y 279 de la lista anterior fueron entregados después de las 10 p.m. del 14 de marzo de 1982, día de las elecciones. Y no obstante afirmarse que dichos pliegos fueron entregados en su orden a las 12:40 a.m.; 12:30 a.m.; 12:35 a.m. y 12:35 a.m., del día 14 de marzo de 1982, es lógico suponer que se trata de un error puesto que a esas horas aún no se habían iniciado las elecciones, que apenas se iniciaron a las 8:00 a.m. de ese día. Por consiguiente, todo parece indicar que se trata de un error y que realmente, los documentos electorales fueron entregados para ser introducidos en el Arca Triclave de Santa Marta a las 12:40 a.m.; 12:30 a.m.; 12:35 a.m. y 12:35 a.m. del lunes 15 de marzo de 1982, lo que indica que fueron introducidos en forma extemporánea.

Y refuerza la anterior afirmación el hecho de que la entrega de los documentos para ser introducidos al Arca Triclave no fue hecha por los presidentes de los jurados de votación, sino por la delegada señorita Alma Cortés, como consta a folios 210 a 213 del cuaderno número 10 del expediente 938.

Fuera de lo anterior al folio 214 del cuaderno número 10 obra el acta de introducción de documentos electorales en el Arca Triclave, según la cual los registros electorales correspondientes a las mesas 275, 276, 277, 278 y 279 fueron introducidos a ella a las 12:30 p.m. del día 15 de marzo de 1982.

Además, en las Resoluciones números 011 y 013 de marzo 19 de 1982, la comisión escrutadora auxiliar de la zona tres sur, afirma que las actas de escrutinio de los jurados de votación pertenecientes al Arca Triclave están "adulteradas", con números antepuestos, superpuestos, variando en todo caso la realidad de modo doloso" (folios 334 a 338 del cuaderno número 9, expediente 938).

Por último, cabe destacarse igualmente que con relación a estas mesas 276, 277, 278, 279 se incurrió en graves irregularidades que se traducen en la alteración de los auténticos resultados electorales. Estas mesas fueron abandonadas por los jurados de votación y la señorita Alma Cortés, delegada del registrador, las recogió y entregó a aquél conforme consta en el formulario E-19, después de las 12 de la noche del 14 de marzo; los sobres correspondientes estaban abiertos y en mal estado y como claramente se aprecia en las actas de escrutinio correspondientes a ellas, (folios 99 a 195 del cuaderno de pruebas número 1, expediente 933), las cifras de votos para Senado por Alfonso Campo Murcia aparecen adulteradas con números repisados, que sumados con los demás, superan el total de ciudadanos hábiles para votar en las mesas.

En diligencia de inspección judicial practicada en el expediente número 938 por el Consejero Dr. Jacobo Pérez Escobar, en la Registraduría Nacional del Estado Civil, se hizo el recuento físico de los votos depositados en las mesas 276, 277, 278 y 279 para Senado y se establecieron guarismos diferentes a los que figuraban en las actas, así:

	Votos según actas por las cuales se escrutó	**Votos según inspección judicial**
MESA No. 276		
José Ignacio Vives Echeverría	11	111
Alfonso Humberto Campo Murcia	123	23
José Ignacio Díaz Granados	54	53
Edgardo Plutarco Vives Campos	157	57
Rafael Pérez Dávila	57	57
Ricardo Barrios Zuluaga	3	3
Hugo Escobar Sierra	28	28
TOTALES	433	332
MESA No. 277		
José Ignacio Vives Echeverría	20	120
José Ignacio Díaz Granados	54	54
Hugo Escobar Sierra	37	37
Edgardo Plutarco Vives Campos	61	61
Rafael Pérez Dávila	37	17
Ricardo Barrios Zuluaga	4	4
Alfonso Humberto Campo Murcia	185	5
TOTALES	398	298

	Votos según actas por las cuales se escrutó	Votos según inspección Judicial
MESA No. 278		
Edgardo Plutarco Vives Campo	68	18
José Ignacio Vives Echeverría	24	184
Rafael Pérez Dávila	44	44
Hugo Escobar Sierra	25	25
José Ignacio Díaz Granados	58	20
Alfonso Humberto Campo Murcia	280	8
Ricardo Barrios Zuluaga	5	5
TOTALES	504	304
MESA No. 279		
José Ignacio Vives Echeverría	6	110
Hugo Escobar Sierra	23	23
Edgardo Plutarco Vives Campos	38	38
José Ignacio Díaz Granados	51	51
Alfonso Humberto Campo Murcia	167	7
Ricardo Barrios Zuluaga	1	1
Rafael Pérez Dávila	27	—
TOTALES	312	230

4. MESA No. 167 DE LA CABECERA MUNICIPAL DE SANTA MARTA

Aparece claramente demostrado en autos (folios 274A, cuadernos No. 9, expediente 938), que siendo las 12:25 del día 15 de marzo de 1982 se recibió por el registrador del Estado Civil de Santa Marta el sobre contentivo de los documentos electorales de la mesa número 176 de esa cabecera municipal. Además, es bueno recordar que los sobres o paquetes de esta mesa se introdujeron en el Arca Triclave conjuntamente con los documentos correspondientes a la mesa número uno (1) del corregimiento de "La Tagua", a las 12 m., del día 15 de marzo de 1982, como consta en la correspondiente acta de introducción de pliegos electorales que ya se analizó en esta providencia. Asimismo, en cuanto a la discrepancia que se observa en torno a la hora, ésta guarda relación con la entrega de los documentos de esta mesa, a las 12:25 de la madrugada del lunes 15 de marzo de 1982, ya que el acta de introducción de documentos electorales en el Arca Triclave (formulario E-20), correspondiente a esta mesa, como antes se ha anotado, es la misma acta de la mesa número uno (1) del corregimiento de "La Tagua", correspondiente al municipio de Santa Marta.

Conforme a lo antes expresado, es procedente la nulidad solicitada en cuanto a la mesa en comento.

5. MESAS NUMEROS 24, 42, 48, 49, 62, 69, 80, 87, 97, 105, 109, 123, 141, 148, 150, 156, 163, 165, 177, 178, 180, 181, 193, 222, 223, 225, 228, 230, 231, 232, 237, 239, 240, 248, 253, 255 Y 257 DE LA CABECERA MUNICIPAL DE SANTA MARTA

Ciertamente que analizados los pliegos electorales correspondientes a las anteriores mesas, se puede afirmar que procede la nulidad del acto acusado y de las actas de escrutinio relacionadas con las citadas mesas de votación, conforme las ideas que aquí se han expresado y el criterio que se ha fijado sobre

el particular. Los documentos correspondientes figuran en los cuadernos Nos. 4 y 12 del expediente 933 y son demostrativos plenamente de que la entrega de los documentos electorales correspondientes a tales mesas para ser introducidas al Arca Triclave, fue extemporánea, con posterioridad a las 10:00 p.m. del 14 de marzo de 1982; consecuencialmente, se impone la nulidad solicitada.

Conforme el análisis que se ha hecho en torno a este primer cargo, de acuerdo con las probanzas obrantes en autos, él habrá de prosperar porque se aprecia claramente la violación de disposiciones legales de obligatorio acatamiento, que imponen a la Sala la obligación de anular las actas de escrutinio demandadas y los registros que se computaron como válidos. Con relación al cargo, se repite, aparece demostrada la extemporaneidad en la introducción de los documentos electorales de las mesas que se han analizado, al Arca Triclave, lo cual es causal de anulación de los mismos a términos del numeral 3o. del artículo 173 de la Ley 29 de 1978, en concordancia con el inciso 2o. del artículo 11 de la Ley 85 de 1981, siendo esto suficiente, según el pensamiento de la Sala, para acceder a las peticiones de la demanda sobre el aspecto que se ha contemplado.

SEGUNDO CARGO

ACTAS DE MESAS DE VOTACION SOBRE LAS QUE SE SOLICITO RECUENTO DE PAPELETAS, HABIENDOSE DENEGADO LA PETICION

Con fundamento en el artículo 14 de la Ley 85 de 1981 se formula este segundo cargo. Y se argumenta que las comisiones escrutadoras que pueden efectuar las dos clases de recuentos a que la norma alude, a saber, las comisiones escrutadoras auxiliares, que son las de las zonas electorales en las ciudades zonificadas, y las comisiones escrutadoras municipales o distritales, comisiones a las cuales se formulan las peticiones de recuento, que cuando son negadas debe apelarse oportunamente tal decisión, pudiendo los delegados de la Corte Electoral o la Corte misma durante los escrutinios generales, decretar los recuentos cuando encuentren fundada la apelación, como cuando se pide un recuento por una diferencia del 10% en votos de listas del mismo grupo político, o hay tachaduras, o enmendaduras en las actas, etc., tal como lo manda el artículo 29 de la Ley 85 de 1981. Y se concluye afirmando, que cuando dándose las circunstancias legales para que un recuento no pueda ser negado, porque resulte obligatorio, y sin embargo se niega, se viola la ley que lo ordena obligatorio cuando está bien pedido, y se incurre en consecuencia en causal de nulidad del escrutinio, siendo procedente efectuar el recuento que sustituya el registro viciado, porque las papeletas depositadas por el pueblo en una urna y trasladadas después del escrutinio al sobre de manila formal, son la fuente primaria del sufragio y en últimas la verdad electoral que interesa descubrir en estos juicios para imponer su imperio.

El señor apoderado del Dr. Alfonso Campo Murcia dice que la ausencia del recuento de votos pedida por los demandantes, no constituye un vicio que afecta de nulidad el acuerdo demandado y con mayor razón cuando se pretendió el recuento en una época procesal inoportuna.

El Dr. Efraín Valencia Castillo por su parte sostiene que la no verificación de los recuentos, previstos en la Ley 85 de 1981, no constituye causal de nulidad de las actas o votos registrados en las mismas y cuyo recuento no se efectúe, pese a que medie petición o reclamo de parte interesada.

Dice el artículo 14 de la Ley 85 de 1981, lo siguiente:

"Las comisiones escrutadoras, a petición de los candidatos, de sus representantes, o de los testigos electorales debidamente acreditados, podrán verificar el recuento de los votos emitidos en una determinada mesa. La solicitud de recuento de votos deberá presentarse en forma razonada y de la decisión de la comisión se dejará constancia en el acta.

"Estas comisiones no podrán negar la solicitud de recuento cuando en las actas de los jurados de votación aparezca una diferencia del diez por ciento (10%) o más entre los votos por las listas de candidatos para las distintas corporaciones públicas que pertenezcan al mismo partido, agrupación o sector político. Tampoco podrá negar la solicitud cuando en las actas de los jurados aparezcan tachaduras o enmendaduras en los nombres de los candidatos o en los resultados de la votación, o haya duda, a juicio de la comisión, sobre la exactitud de los cómputos hechos por los jurados de votación.

"Verificado el recuento de votos por una comisión escrutadora, no procederá otro alguno sobre la misma mesa de votación".

La disposición transitoria indudablemente que tiene por objeto el establecimiento de la verdad electoral sobre situaciones de hecho, evitando toda posibilidad de fraude y escamoteo de la voluntad popular. Y persigue también, a través del proceso de recuento de sufragios, establecer con toda claridad el número de sufragantes correspondiente a cada lista de candidatos, de manera que para los resultados futuros no haya duda sobre el particular.

Las comisiones escrutadoras están facultadas entonces, para verificar el recuento de los votos depositados en una determinada mesa en forma tal que cuando se den las condiciones previstas por el artículo transcrito, puedan cumplir en relación con los votos depositados en una mesa en particular y bajo circunstancias especiales, funciones que dentro del proceso electoral son propias de los jurados de votación, verbi-gracia, recoger las papeletas y hacer el escrutinio y anotar en la correspondiente acta el número de votos en favor de cada lista o candidato (artículo 106, Ley 28 de 1979).

Y el recuento de que se habla es obligatorio cuando en las actas de los jurados de votación aparezca una diferencia del diez por ciento (10%) o más entre los votos por las listas de candidatos para las distintas corporaciones públicas que pertenezcan al mismo partido, agrupación o sector político y cuando en las actas de los jurados aparezcan tachaduras o enmendaduras en los nombres de los candidatos o en los resultados de la votación, haya duda, a juicio de la comisión, sobre la exactitud de los cómputos hechos por los jurados de votación.

Y en cuanto a los casos particulares planteados en las demandas, el análisis que hace el señor agente del ministerio público en su concepto de fondo es fiel reflejo de la real situación patentizada en autos, según el acervo probato-

rio obrante en el expediente. Por ello la Sala opta por transcribir aquí, en lo pertinente, apartes de lo expresado por el colaborador fiscal en su concepto, no obstante estimar la Sala que el cargo no puede prosperar. Dice así:

"1. Las comisiones escrutadoras tienen facultad para *verificar* el recuento de los votos depositados en una determinada mesa.

"2. Si los vocables *verificar* y *recuento* son sinónimos de *realizar* y de *escrutinio*, respectivamente, cabe concluir que las comisiones escrutadoras cuando se cumplan las condiciones previstas por el mismo artículo, pueden ejercer, en relación con los votos depositados en una determinada mesa y bajo circunstancias especiales, funciones que, en primera instancia, dentro del proceso electoral son propias de los jurados de votación, tales como, según el artículo 106 de la Ley 28 de 1979, recoger 'las papeletas' y proceder 'a hacer el escrutinio', con base en las mismas.

"3. La verificación del recuento es obligatoria (la ley emplea la expresión 'no podrán negar la solicitud de recuento') en los siguientes casos: a) Cuando 'en las actas de los jurados de votación aparezca una diferencia del diez por ciento (10%) o más entre los votos por las listas de candidatos para las distintas corporaciones públicas que pertenezcan al mismo partido, agrupación o sector político'; b) Cuando 'en las actas de los jurados aparezcan tachaduras o enmendaduras *en los nombres de los candidatos o en los resultados de la votación*, haya duda, a juicio de la comisión, *sobre la exactitud de los cómputos hechos por los jurados de votación*".

"en los escrutinios de la zona tres sur de Santa Marta se dieron las circunstancias previstas por la ley para hacer el recuento en las mesas 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282 y 283; y fueron tan evidentes esas circunstancias que la comisión escrutadora auxiliar de dicha zona admitió la necesidad del recuento, al decir, en la Resolución No. 011 del 19 de marzo de 1982 que *'en vista de las adulteraciones que se han encontrado en el cuerpo de las actas que reposaban en el Arca Triclave* y también se comenzaron a notar en las mesas 275, 274 y 273 en las *actas de la Registraduría del número o números de votos que han resultado luego del conteo*, totalmente distinto al anotado en las actas, como las actas aparecen adulteradas, *cosa que aparece de manera ostensible*, teniendo en cuenta lo dispuesto para los delegados electorales, que rige también para la comisión auxiliar en lo que respecta a escrutinios y sanciones (artículo 133 y 146 de la Ley 28 de 1979), solicitará a la delegación departamental y al Tribunal Contencioso Administrativo, por medio de oficio, las actas que reposan en su poder para *con base en ellas* proceder al escrutinio, en razón de las anotadas en actas anteriores'. La Resolución No. 013 del mismo día (folios 336 a 338 del cuaderno No. 9, expediente No. 938) dijo, para negar 'las solicitudes de recuentos', que 'las actas que se han tenido en cuenta en el día de hoy para los escrutinios han sido las de la delegación departamental y no las que estaban en el Arca Triclave', cuyas diferencias con las de la delegación se anotarán en el acta final, por cuanto casi todas las actas de los sobres que se encontraban en el Arca Triclave se han encontrado *adulteradas*, con números antepuestos, superpuestos, *variando en todo caso la realidad de manera dolosa*, porque todas las actas encontradas adulteradas lo han sido en el mismo sentido' y 'que en las actas de la delegación departamental no se encontró razón de ninguna naturaleza para que se procediera al recuento, por cuanto se

encontraron sin ninguna adulteración, cuando los cuatro ejemplares deberían estar exactamente iguales' ".

"Es más, la comisión escrutadora auxiliar de la zona 3 sur no negó el recuento; en realidad de verdad, consideró que no era necesario efectuarlo *por medio de las papeletas* sino por medio de las actas de escrutinio de los jurados de votación y, por ello mismo, en razón de las dudas que expresó y de la adulteración de algunas actas 'cosa que aparece de manera ostenisble', desechó las actas que reposaban en el Arca Triclave, solicitó las pertenecientes a la delegación y al Tribunal Contencioso y luego procedió, con base en las de la delegación, a realizar el escrutinio de las mesas 276 y siguientes.

"Este último procedimiento es, desde todo punto de vista, ilegal y no hay norma alguna que, para efectos del caso que contempla el artículo 14 de la Ley 85 de 1981, lo autorice.

"El artículo 133 de la Ley 28 de 1979, que menciona la comisión escrutadora auxiliar de la zona tres sur, cuyas disposiciones rigen también de acuerdo con el artículo 146 ibídem, para las comisiones escrutadoras auxiliares a que se refieren los artículos 142 a 146 de la misma ley, y que son distintas a las que contemplan los artículo 8o. y siguientes de la Ley 85 de 1981, establece que los 'delegados de la Corte podrán solicitar cuando lo estimen necesario las actas de escrutinio que conserven los funcionarios o corporaciones".

"Esta norma, que rige para los escrutinios generales que practican los delegados de la Corte y para los que realizan las comisiones escrutadoras que a ellos corresponde nombrar, se refiere a casos que son diferentes de los que contempla el artículo 14 de la Ley 85 de 1981.

"Por otra parte, y a fin de evitar confusiones y erróneas interpretaciones, la fiscalía se permite observar que ni siquiera es posible alegar, para justificar, en los casos a que se refiere el artículo 14 de la Ley 85 de 1981, el conteo con base en el artículo 16 ibídem, ya que éste regula situaciones diferentes y, además, alude a las comisiones escrutadoras distritales y municipales.

"En efecto, dice esta última norma que las 'comisiones escrutadoras *distritales y municipales* resolverán, *con base en las actas respectivas, las reclamaciones* que se hayan presentado ante los jurados de votación o ante las comisiones auxiliares, así como los desacuerdos ocurridos entre los integrantes de estas últimas, harán el escrutinio general de los votos emitidos en el distrito o municipios, resolverán las *reclamaciones* que en este escrutinio se propongan, declararán la elección de concejales y expedirán las credenciales correspondientes".

"Es claro, pues, que, por un lado, esta norma rige para las comisiones *distritales y municipales* y no para las *comisiones auxiliares zonales*, y, de otra parte, se refiere a las reclamaciones que se formulen con fundamento en las causales que señalan los artículos 152 de la Ley 28 de 1979 y 31 de la Ley 85 de 1981.

"Tan cierto es esto que el artículo 17, inciso 1o. de la ley dice, para complementar al 16, que en los escrutinios realizados por las comisiones escrutadoras *distritales y municipales* no se aceptarán reclamos o apelaciones

que no sean formuladas por escrito y que no estén fundados en algunas de las causales establecidas en el artículo 152 de la Ley 28 de 1979; y el 26 de la Ley 85 aclara que las *"reclamaciones"* que se propongan ante las comisiones auxiliares, así como los desacuerdos que surjan entre sus miembros, serán resueltos por las comisiones escrutadoras distritales o municipales, conforme a lo dispuesto en el *artículo 17* de esta ley...".

"De todos modos, el recuento previsto por el artículo 14 de la Ley 85 de 1981 debe realizarse con base en las papeletas porque el recuento no es más que, como lo dice la misma norma, una verificación 'de los votos emitidos en una determinada mesa' y no de los votos anotados en un acta.

"La solución adoptada propuesta por la comisión, en el sentido de que como 'casi todas las actas de los sobres que *se encontraban en el Arca Triclave* se han encontrado *adulteradas*, con números antepuestos, superpuestos, *variando en todo caso la realidad de manera dolosa*' y que como en 'las actas de la delegación departamental' no se encontró razón de ninguna naturaleza', había que atenerse a estas últimas, contraría el espíritu de la norma citada pues ésta precisamente no autoriza ese procedimiento.

"La ley no dice que si el ejemplar del acta de escrutinio de los jurados de votación, que reposa en el Arca Triclave, presenta adulteraciones, hay que recurrir, *para efectos del recuento*, a cualquiera de las restantes que no muestren anomalías, y no lo dice porque entonces no se trataría de un verdadero recuento sino de una sustitución de actas. Sobre este particular, vale la pena anotar, que el artículo 112 de la Ley 28 de 1979 establece que los 'resultados del cómputo de votos que realicen los jurados de votación se harán constar en el acta, expresando, en letras y números, los votos obtenidos por cada lista o candidato' de la cual se extenderán cuatro (4) ejemplares *iguales* que se firmarán por los miembros del jurado de votación'; todos 'estos ejemplares serán *válidos* y se destinarán así: Uno para el Arca Triclave, otro para el registrador del Estado Civil, otro para los delegados del registrador nacional y el cuarto para el Tribunal Contencioso Administrativo' ".

"Ahora bien, dada la validez que este artículo le otorga a los cuatro ejemplares, la ley, al parecer que esa presunción de validez pudiera alterarse, en determinado momento, por la presencia de adulteraciones en uno de ellos, ha podido, en vez de establecer el recuento y todo un procedimiento para que aquél fuera efectuado, decir simplemente que, en ese evento, se tomara el ejemplar que no presentara irregularidades.

"Si no lo hizo así, en el artículo 14 de la Ley 85 de 1981, fue porque indudablemente quiso que se recurriera a las papeletas porque al fin y al cabo, éstas constituyen uno de los elementos principales fundamentales del proceso electoral, y, por eso mismo, son el medio más adecuado para despejar las dudas que pueda generar un acta adulterada.

"Tan lógica es esta interpretación y tan aconsejable era el recuento de papeletas que la inspección judicial practicada en este proceso, el 17 de septiembre de 1982, vino a demostrar que aún los ejemplares que aparentemente no tienen adulteraciones, sí pueden contener errores, como es el caso de las actas de la delegación que, por no presentar anomalías, fueron consideradas

para el escrutinio de las mesas 276, 277, 278 y 279, y sin embargo se estableció que no reflejaban plenamente la voluntad del electorado.

"Ahora bien, como en ese asunto se dieron las circunstancias y se cumplió el trámite legal para el recuento de papeletas y, a pesar de ello, éste no se efectuó, hecho que implica una 'violación del sistema electoral adoptado en la Constitución y leyes de la República', la fiscalía conceptúa que, en cuanto a las indicadas mesas, las pretensiones de las demandas, que no sólo se apoyan en el artículo 173, ordinal 6o. de la Ley 28 de 1979 sino también en el artículo 207 del Código Contencioso Administrativo (ver expediente 933), merece prosperar.

"Acerca de las mesas 272 y 282, la fiscalía remite a los planteamientos anteriores".

Hasta aquí el concepto del señor fiscal, en lo pertinente.

La Sala, a pesar de que comparte en gran parte los aspectos jurídicos planteados por el colaborador fiscal, debe observar, que el cargo tal como ha sido formulado, no puede servir de fundamento para la nulidad de unas actas de escrutinio, pues la negativa a una solicitud de recuento de papeletas en parte alguna está erigida como causal de nulidad de las actas de escrutinio de una corporación electoral, y que si se ha ocupado de analizar el cargo en esta providencia, lo ha sido para abundar en razones en torno al tema que se le planteó expresamente en una de las demandas y buscando en todo momento que la sentencia esté conforme con la verdad de los hechos y las normas positivas de derecho invocadas. Por ello, el cargo formulado no puede prosperar, sin perjuicio de lo resuelto aquí con relación a otros cargos formulados contra las mismas mesas de votación, impugnadas con base en el cargo aludido.

TERCER CARGO

ACTAS DE ESCRUTINIO DE JURADOS DE VOTACION CUYOS CUATRO EJEMPLARES NINGUNO DE ELLOS ESTA FIRMADO POR LO MENOS POR TRES DE ESTOS

En las demandas se concreta el cargo diciendo que el ordinal 6o. del artículo 152 de la Ley 28 de 1979 erigió en causal de reclamación ante la Corte Electoral, sus delegados o las comisiones escrutadoras, "cuando los cuatro (4) ejemplares de las actas de escrutinio de los jurados de votación estén firmados por menos de tres (3) de éstos". Que con base en esta causal el Dr. José Ignacio Vives Echeverría formuló reclamo a tales autoridades en relación con varias mesas en el departamento del Magdalena, sin que ninguna de tales autoridades, ni la Corte Electoral, hubiera accedido a la petición fundada en la ley.

Que el artículo 172 de la Ley 28 de 1979 que subrogó el artículo 195 de la Ley 167 de 1941, establece que "Son nulas las actas de escrutinio de los jurados de votación en los siguientes casos:

"3. Cuando los cuatro ejemplares de las actas de escrutinio de los jurados de votación estén firmados por menos de tres de éstos".

Que esta norma es aplicable para las nulidades que se decreten en juicios electorales, empero para la Corte Electoral, sus delegados, o las comisiones escrutadoras, rige el artículo 52 citado de la Ley 28 de 1979, que estableció las causales de reclamación ante tales funcionarios del orden administrativo electoral. Sin embargo, anota el Dr. Vives, que cuando la Corte Electoral o sus subalternos no le dan cumplimiento a dicha norma, entonces es procedente en juicio como el presente, demandar la declaratoria de nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación, con base en el artículo 172 de la Ley 28 de 1979.

Y con fundamento en las normas citadas se solicita la nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación correspondientes a las mesas 2 y 3 del corregimiento de Santa Rosa, jurisdicción del municipio de Santa Ana; 25, 132, 156, 162 y 219 de la cabecera municipal de Santa Marta y No. 2 del corregimiento de "Piedras de Moler", perteneciente al municipio de Tenerife.

El señor apoderado del Dr. Rafael Campo Murcia, por su parte, expresa que no se demostró que se hubiera presentado el cómputo de actas de escrutinio firmadas por menos de tres jurados, y en los casos de Santa Marta, por el contrario, dice, se demostró que no era cierto que los cuatro (4) ejemplares de las actas de escrutinio de las mesas señaladas en la demanda, no hubieran sido suscritos por la mayoría de los miembros del jurado; y que para demostrar la ausencia de las firmas era y es necesario solicitar a cada uno de los destinatarios de los cuatro ejemplares, el original de las actas, o copia auténtica de las mismas.

El impugnador Dr. Efraín Valencia Castillo por su parte manifiesta, que la causal de ausencia de tres firmas se ha convertido en trampolín propicio para que los derrotados en las elecciones respectivas pretendan amañar la voluntad de los sufragantes manifestada al depositar sus votos en las urnas, con lo cual se busca, mediante el casuismo y echando mano de formalidades secundarias, robustecer el sistema en cuanto a que "las mayorías de las minorías" son las representativas de la comunidad en los cuerpos colegiados, y sin reato alguno, prescindiendo de toda vergüenza, se lucha para obtener en los escrutinios o en juicios electorales, provocando que no se computen guarismos de mesas con actas carentes de menos de tres firmas de los jurados, una votación mayoritaria que no se obtuvo en los correspondientes comicios. Dice finalmente, que el cargo no debe derivarse de inferencias, vinculadas a cargos diferentes, como ocurre en el caso presente.

El señor fiscal colaborador a su turno estima que la irregularidad que anota la demanda, se observa en algunas mesas del corregimiento de Santa Rosa (municipio de Santa Ana), y en algunas mesas de la cabecera municipal de Santa Marta.

El artículo 112 de la Ley 28 de 1979 establece que, "Los resultados del cómputo de votos que realicen los jurados de votación se harán constar en el acta, expresando, en letras y números, los votos obtenidos por cada lista o candidato.

"Del acta se extenderán cuatro (4) ejemplares iguales que se firmarán por los miembros del jurado de votación; todos estos ejemplares serán válidos y se

destinarán así: Uno (1) para el Arca Triclave; otro par los delegados del registrador nacional, otro para el registrador del Estado Civil, y el cuarto para el Tribunal Contencioso Administrativo".

Y el numeral 3o. del artículo 172 de la Ley 28 de 1979, como se ha visto, dice que son nulas las actas de escrutinio de los jurados de votación, "cuando los cuatro ejemplares de las actas de escrutinio de los jurados de votación estén firmados por menos de tres de éstos".

Pues bien, en el caso sub-lite en el proceso 933, el Dr. José Ignacio Vives Echeverría solicitó la nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación de las mesas números 25, 132, 156, 162 y 219 de la cabecera municipal de Santa Marta y de las mesas números 2 y 3 del corregimiento de "Santa Rosa", perteneciente al municipio de Santa Ana, y de la mesa número 2 del corregimiento de "Piedras de Moler", perteneciente al municipio de Tenerife, por estar firmadas por menos de tres jurados de votación, los cuatro ejemplares de las actas de escrutinio que ellos practicaron.

Sin embargo, en el proceso apenas se acreditó la ocurrencia de esa irregularidad en las siguientes mesas:

a) *Mesas números 2 y 3 del corregimiento de "Santa Rosa", municipio de Santa Ana.*

Ninguno de los cuatro ejemplares de las actas correspondientes a estas mesas, distinguidos como formularios número E-6-C tiene por lo menos tres firmas de sus jurados de votación, como claramente se aprecia a folios 41 a 53 del cuaderno número 6 del expediente 933; a folios 135 a 147 y 159 a 170 del expediente número 938; a folios 2 a 13 del cuaderno número 12 del mismo expediente; 531 a 542 del cuaderno número 11 del expediente 938; 2 a 13 del cuaderno número 9, expediente 938; 461 a 471 del mismo cuaderno; 2 a 15 y 16 a 27 del cuaderno número 6 del expediente 933.

Todos los cuatro ejemplares de las actas de la mesa número 2 del corregimiento de "Santa Rosa", solamente tienen una firma de sus jurados de votación, la del señor César López.

Y la mesa número 3 del mismo corregimiento, en los cuatro ejemplares de las actas presentan únicamente dos firmas de jurados de votación. Véanse folios 92 a 106 del cuaderno número 6, expediente 933; folios 149 a 160 del cuaderno número 1 del expediente 938; folios 14 a 25 del cuaderno número 12, expediente 938; folios 543 a 554 del cuaderno número 11, expediente 938; folios 81 a 93 cuaderno 6, expediente 933; folios 14 a 25 cuaderno número 9, expediente 933; folios 54 a 67 del cuaderno número 6, expediente 933; folios 472 a 483 del cuaderno número 9, expediente 938; y folios 68 a 80 del cuaderno número 6 del expediente 933.

De tal manera que los cuatro ejemplares del acta de los jurados de votación de la mesa número 2 del corregimiento de "Santa Rosa", municipio de Santa Ana, únicamente tienen una firma de sus jurados de votación.

Y los cuatro ejemplares del acta de los jurados de votación de la mesa número 3 del mismo corregimiento, solamente tienen dos firmas.

De forma que como dichas actas de escrutinio se computaron con pretermisión de lo dispuesto en el artículo 172, numeral 3o. de la Ley 28 de 1979, procede la nulidad de ellas.

b) *Mesa número 25 de la cabecera municipal de Santa Marta.*

Con relación a esta mesa aparece igualmente acreditado en autos que ninguno de los cuatro ejemplares, correspondientes a las actas de escrutinio de los jurados de votación, está firmado por lo menos por tres de sus jurados.

Los cuatro ejemplares del acta (formulario E6-C) correspondientes a la mesa número 25 aparecen firmados así: El correspondiente al archivo de la delegación tiene solamente dos firmas; el del Arca Triclave, apenas una; el correspondiente al archivo del Tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena, no fue llevado a dicho Tribunal, es decir, falta el ejemplar del acta, configurándose con mayor razón la nulidad al no existir esa prueba fundamental del escrutinio; y el acta correspondiente al archivo de la Registraduría Municipal del Estado Civil, solamente tiene dos firmas. Claro que figura un tercer nombre "Margarita" sin apellidos, que ciertamente no corresponde a la jurado Margarita Cuello cuya firma aparece estampada en el acta de instalación de los jurados de votación (formulario E-1). Por consiguiente, no puede considerarse el simple nombre "Margarita" como la tercera firma de la jurado de votación Margarita Cuello, con miras a considerar con pleno valor dicha acta según la ley, por cuanto cotejadas la una con la otra a simple vista, se observa que no coinciden.

c) *Mesa No. 219 de la cabecera municipal de Santa Marta.*

Los ejemplares de las actas de escrutinio correspondientes a esta mesa aparecen firmados en la siguiente forma: El ejemplar destinado al archivo de la delegación departamental, carece de firmas de sus jurados de votación (folios 276 a 290 del cuaderno número 5, expediente 933), y cuaderno número 10, folios 570 a 581, expediente 938); el ejemplar correspondiente al Arca Triclave, no existe; el ejemplar correspondiente al Tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena, solamente tiene una firma; y el correspondiente al archivo de la Registraduría Municipal, tiene únicamente dos firmas.

En relación con estas dos últimas mesas que se han analizado, 25 y 219, pueden consultarse, el cuaderno No. 5 del expediente 933, folios 3 a 83 y folios 276 a 345; folios 51 del cuaderno No. 12; folios 456 a 457 del cuaderno No. 9 del expediente 938; folios 535 a 546 del cuaderno No. 10 del expediente 938; folios 582 a 593 del cuaderno No. 10 del expediente 938; folios 473 a 484 del cuaderno No. 10, expediente 938; folios 78 a 90 del cuaderno No. 12, expediente 933; folios 667 a 679 del cuaderno No. 9 del expediente 938 y folios 570 a 581 del cuaderno No. 10, expediente 938.

Como consecuencia de los análisis que antes se hicieron, el cargo formulado prosperará en cuanto a la nulidad de las actas de escrutinio correspondientes a las mesas Nos. 2 y 3 del corregimiento de "Santa Rosa", municipio de Santa Ana, y 25 y 219 de la cabecera municipal de Santa Marta.

CUARTO CARGO

ERROR ARITMETICO POR CUANTO LAS ACTAS DE LAS MESAS DE VOTACION Nos. 178 Y 182 DE LA CABECERA MUNICIPAL DE SANTA MARTA, FUERON CONTABILIZADAS DOS VECES

El cargo que formula la demanda con relación a los registros electorales correspondientes a las mesas de votación Nos. 178 y 182 de la cabecera municipal de Santa Marta, consiste en que tales registros en su sentir, fueron computados dos veces durante los escrutinios que realizaron las corporaciones electorales, procediendo en consecuencia la anulación de ellos para hacer las respectivas correcciones, con miras a que se computen una sola vez.

Y al explicar el cargo, dice el Dr. Ignacio Vives Echeverría en el expediente 933, que por medio de la Resolución número 28, ordinal 1o. aparte d), de fecha marzo 25 de 1982, proferida por los Delegados de la Honorable Corte Electoral durante los escrutinios generales del Departamento del Magdalena, efectuados en Santa Marta, se confirmó "en todo lo demás" lo resuelto por la Resolución número 18 de 1982 de los mismos Delegados, por la cual se había decretado escrutar las mesas de votación números 178 y 182 de la Cabecera Municipal de Santa Marta. Que en la primera de las mesas citadas, para Senado, el candidato Alfonso Campo Murcia obtuvo 19 votos y el candidato José Ignacio Vives Echeverría 16. Y en la mesa número 182, el primero de los nombrados obtuvo 19 votos y el segundo 13. Que estas votaciones se agregaron durante los escrutinios generales del Departamento a los totales que tenían tales candidatos después de los escrutinios generales del municipio de Santa Marta, y por ello al terminar los Departamentos, se atribuyeron a tales candidatos las cifras de 5.170 votos para José Ignacio Vives Echeverría y 6.965 votos para Alfonso Campo Murcia.

En el alegato de conclusión explica el Dr. Vives Echeverría que:

a) En el Acta General de Escrutinio efectuado por la Comisión Escrutadora Municipal, en la hoja número 27, concretamente desde el renglón 9o. hasta el renglón 35 se puede saber qué mesas de votación no fueron escrutadas, contabilizadas o computadas durante tales escrutinios municipales de Santa Marta, y que son las siguientes: 229 - 24 - 61 - 81 - 233 - 85 - 13 y 238. Que en tales mesas, agrega, no aparecen ni la mesa número 178 ni la número 182 de Santa Marta, por lo cual hay que entender que sí fueron computadas en los Escrutinios Municipales.

b) Que los Delegados de la Corte Electoral al practicar los escrutinios Departamentales, en forma sorpresiva, dictaron la Resolución Número 18 de 25 de marzo de 1982 en cuya parte resolutiva dispusieron revocar el parágrafo del artículo 2o. y el artículo 4o. de la misma Resolución y en su lugar dispusieron que fueran escrutadas las mesas números 178 y 182 en razón de que en su forma externa revisten los requisitos legales para ser escrutadas. Que se dice en forma sorpresiva, porque a los Delegados nadie les había pedido que computaran los registros de tales mesas, por cuanto habían sido computadas en los Escrutinios Municipales de Santa Marta.

c) Que ante la doble contabilización de las citadas mesas de votación, se pidió a los Delegados de la Honorable Corte Electoral la revocatoria de su

determinación, petición a la cual se contestó rectificando la equivocación de haber computado doblemente las mesas números 276 - 277 - 278 y 279 de Santa Marta, pero confirmando en todo lo demás la Resolución recurrida, protocolizando en esta forma la doble computación de los registros electorales de las mesas números 178 y 182 de la Cabecera Municipal de Santa Marta, y,

d) Que llegado el proceso de escrutinios a la Honorable Corte Electoral, no obstante que contra la decisión de sus Delegados se había apelado, la Corte en el Acuerdo acusado guardó silencio absoluto y no hizo ningún pronunciamiento, quedando en esta forma doblemente contabilizados y computados votos correspondientes a las Actas de los Jurados de Votación de las mesas números 178 y 182.

El impugnador Dr. Alfonso Campo Murcia por conducto de su apoderado, expresa con relación a este cargo, que no se demostró que en el Acto acusado se hubiera incurrido en el error aritmético aducido en las demandas; simplemente anota, existe una serie de suposiciones con las cuales el actor cree suficiente convencer a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, olvidando que las actas de escrutinio de las Corporaciones Electorales son documentos que gozan de la presunción de legitimidad, sin que pueda la simple afirmación de quien demanda, lograr la destrucción de esa característica legal que acompaña a esos actos.

La Fiscalía Tercera del Consejo de Estado en su concepto expresa que en el acta general de escrutinios, en cuanto a la mesa número 178, en la página 2 de la misma (folios 338 y ss. del cuaderno número 9, expediente 938), se dice que "no se contabilizó por tener dos firmas, se espera el acta de la Delegación que se solicitó en forma inmediata"; que al final (página 27 del Acta), se hace una relación de las mesas que "se dejaron de escrutar", dentro de la cual no aparece la número 178 ni la número 182. Esta circunstancia en opinión de la Fiscalía no indica por sí sola que las mesas sí fueron escrutadas.

El artículo 173 de la Ley 28 de 1979, en su numeral 10o. preceptúa que las Actas de Escrutinio de toda Corporación Electoral serán anuladas por las siguientes causas:

"10o. Cuando hubiere error aritmético al totalizar los resultados electorales o equivocaciones al anotar en dichas Actas los nombres y apellidos de los candidatos, caso en el cual se harán las respectivas correcciones".

Para la Sala el cargo tal como ha sido planteado ciertamente que no aparece demostrado en el expediente; y en su presentación en verdad que se parte de una suposición que hace el Dr. José Ignacio Vives Echeverría en el sentido de que como en el acta general del escrutinio efectuado por la Comisión Escrutadora Municipal de los votos emitidos en las elecciones que se llevaron a cabo el 14 de marzo de 1982 en el Municipio de Santa Marta, en la lista que allí se hace de las ocho mesas no escrutadas, no se mencionan las mesas números 178 y 182 de la Cabecera Municipal de Santa Marta, hay que entender que sí fueron computadas tales dos mesas en los Escrutinios Municipales; y que como en la Resolución número 18 de 25 de marzo de 1982, expedida por los Delegados de la Honorable Corte Electoral al practicar los escrutinios

departamentales se dispone que sean escrutadas las mesas números 178 y 182, en razón de que en su forma externa revisten los requisitos legales para ser escrutadas, hay que entender también que hubo una doble contabilización.

No, la Sala no entiende el problema así. Simplemente, según se colige tanto del Acta General de Escrutinio de la Comisión Escrutadora Municipal, como de la Resolución número 18 de marzo 25 de 1982 de los Delegados de la Honorable Corte Electoral, y de la Resolución número 28 de la misma fecha y de los mismos Delegados, lo que ocurrió fue que como en los primeros escrutinios se omitió la contabilización de las mesas números 182 y 178 de la Cabecera Municipal de Santa Marta, los Delegados de la Honorable Corte Electoral, al practicar los Escrutinios Departamentales y mediante las Resoluciones que se han citado, optaron por disponer el cómputo de las mesas omitidas 178 y 182, sin que ello en modo alguno entrañe una doble contabilización de las mesas en mención.

Considera la Sala que de suposiciones o conjeturas no puede tomarse el hecho mismo del "error aritmético" que ha tratado de demostrar el Dr. José Ignacio Vives Echeverría, sino de otros hechos no demostrados, que, o indican el hecho, o suministran la conjetura, o dan base a la suposición, cosa que por lo demás es difícil para demostrar el hecho controvertido, que en el caso de autos, se basa más en una operación mental, en un juicio del Dr. Vives Echeverría, que en un hecho externo independiente de todo raciocinio, que claramente se establezca en el expediente. En consecuencia, no prospera el cargo.

QUINTO CARGO

NULIDAD TOTAL DEL ACUERDO ACUSADO POR CUANTO LOS VOTOS EMITIDOS SE COMPUTARON CON VIOLACION DEL SISTEMA DEL CUOCIENTE ELECTORAL (ARTICULO 172 DE LA CONSTITUCION NACIONAL)

Este cargo que aparece formulado en los expedientes 933 y 938, es expuesto con toda amplitud en el Expediente número 937 que está dedicado exclusivamente al tema.

Y se pide la nulidad del Acuerdo número 16 de julio 9 de 1982, de la Honorable Corte Electoral, en cuanto mediante él se declara la elección de Senadores por la Circunscripción Electoral del Magdalena, para el período 1982-1986, con fundamento en que al practicar la Corte los escrutinios, en sentir de las demandas, se incurrió en grave quebranto e incorrecta aplicación del sistema electoral adoptado en la Constitución Nacional, circunstancia erigida en causal de nulidad, conforme al artículo 173 de la Ley 28 de 1979, ordinal 6o.

Al efecto, se dice, que conforme al acto acusado, resulta que en toda la Circunscripción Electoral del Magdalena en las elecciones del 14 de marzo de 1982, para Senado, se contabilizó un total de 183.708 votos distribuidos así:

Total de votos por el Partido Liberal	131.808
Total de votos por el Partido Conservador	51.670
Total de votos por el Partido Frente de la Unidad del Pueblo	230
Total de votos válidos	183.708

Que como de acuerdo con el Decreto 128 de 1982 corresponda la Circunscripción Electoral del Magdalena elegir cuatro Senadores, resulta que el cuociente para la elección de Senadores es igual a 45.927 votos, que resulta de dividir por cuatro el total de votos válidos en toda la Circunscripción. Por consiguiente, se agrega, la aplicación correcta del sistema consiste en "dividir el total de votos válidos por el de puestos por proveer", o sea por cuatro, obteniéndose el cuociente indicado.

Afirma igualmente el Dr. Vives, que el sistema del cuociente electoral aplicable cuando se vote por dos o más individuos en elección popular, tiene por objeto "asegurar la representación proporcional de los partidos", como lo ordena la Constitución y no para asegurar la representación proporcional de las listas inscritas, y así, en el caso presente, habría que tomar en la elección de Senadores por el Departamento del Magdalena el total de votos válidos por el Partido Liberal (131.808) y dividirlo por el cuociente (45.927), que daría como resultado el que el Partido Liberal eligiera dos Senadores por cuociente quedándole un residuo de 39.954 votos; y el Partido Conservador, que obtuvo 51.927 votos elegiría un Senador por cuociente y le quedaría un residuo de 5.743 votos. Consecuencialmente, el Partido Liberal elegiría dos Senadores por cuociente, el Partido Conservador elegiría uno por cuociente y la cuarta curul sobrante se adjudicaría al Partido Liberal por quedarle un residuo de 39.954 votos, superior al residuo del Partido Conservador que es de 5.743 votos. Las demandas consideran que ésta es la auténtica interpretación del artículo 172 de la Constitución Nacional, en armonía con el artículo 7o. de la Ley 28 de 1979, porque así se da representación proporcional a los partidos y no la representación proporcional a las listas inscritas que fue el criterio que aplicó la Honorable Corte Electoral.

Se dice además, que adjudicadas en la forma anterior las curules de Senadores a los partidos políticos en el Departamento del Magdalena, se distribuirán ellas entre las distintas listas de cada partido en orden descendente de las votaciones que hubieren alcanzado éstas, pero conservando el cupo adjudicado previamente a cada partido para acatar el espíritu del artículo 172 de la Carta. Así, las tres curules de Senadores por el Partido Liberal deben adjudicarse en su orden, a Edgardo Plutarco Vives Campos, (39.382 votos), a José Ignacio Días Granados Alzamora (34.443 votos) y a José Ignacio Vives Echeverría (22.992 votos); mientras que la única curul para el Senado, correspondiente al Partido Conservador, debe adjudicarse a la lista mayoritaria del Dr. Hugo Escobar Sierra (28.582 votos).

En su alegato de conclusión el Dr. Vives Echeverría anota que en el Acuerdo acusado la Corte Electoral en lugar de haber procedido como antes se ha explicado, resolvió en cambio adjudicar dos curules de Senadores al Partido Liberal y dos al Partido Conservador, siendo que el total de votos liberales fue contabilizado en 131.808 votos y el total conservador en 51.670 votos, resultando desproporcionado el total de votos alcanzado por los dos partidos, pues la Corte dio representación proporcional a las listas y desproporcionada representación a los partidos. Y solamente, agrega, el parágrafo transitorio del artículo 172 de la Constitución que rigió durante el sistema de la paridad del Frente Nacional hablaba de "listas" y más concretamente de "listas

de un mismo partido", cuando consagró la aplicación del cuociente electoral únicamente para lo interno de los partidos, para repartir las curules paritarias de los dos partidos entre sus grupos o listas y en proporción a ellos.

También dice el Dr. Vives que mientras existió el Frente Nacional con su Institución de la Paridad de los dos Partidos tradicionales en las correspondientes Corporaciones Públicas, no hubo competencia entre los partidos; su representación no fue "proporcional" sino igualitaria, o lo que es lo mismo "paritaria", razón por la cual el sistema del cuociente electoral como lo estableció el parágrafo transitorio del artículo 172 de la Carta rigió solamente para lo interno de los partidos políticos, para darle representación proporcional a las listas de un mismo partido dentro del cupo paritario de antemano adjudicado a cada partido; quedó eliminada la competencia electoral entre los partidos y se desplazó a una lucha interna de éstos, entre sus grupos, o sea las listas de un mismo partido, y la proporcionalidad que caracteriza al sistema del cuociente electoral se aplicó al volumen de sufragios que alcanzaran los grupos o listas dentro de un mismo partido; pero que acabado el Frente Nacional y el sistema de la paridad en las Corporaciones, los partidos volvieron a la representación proporcional entre ellos, y la proporción hay que sacarla hoy es para los partidos y no seguir aplicando el sistema transitorio a las listas como cuando existió el Frente Nacional.

Las partes impugnadoras controvirtieron los argumentos de las demandas. Y así, el Dr. Alfonso Campo Murcia por conducto de su apoderado judicial, expresó que la simple lectura del artículo 172 de la Constitución permite concluir que el constituyente no sólo estableció el sistema del cuociente electoral, sino que, además, señaló la forma como él se aplicaría; y para esta técnica no utilizó el sistema de agrupación de partidos y división de los votos entre los mismos, sino que dispuso que la adjudicación de puestos se haría a cada lista. Dijo así mismo, que la parte meramente enunciativa del artículo 172 expresa que se busca asegurar la representación proporcional de los partidos, acepción que, de otra parte, no ha sido definida por la ley, pero lo cierto es que esta declaración no fue vertida en la parte dispositiva del citado artículo ya que en él se habla de listas y no de partidos, y que el artículo 2o. del Plebiscito sustituyó en su totalidad al 172 de la Carta; ya no se consideró la proporcionalidad que ésta consagraba, puesto que como es obvio, los dos Partidos Políticos tenían derecho cada uno a la mitad de los puestos en las Corporaciones Públicas, ni habló el Plebiscito de ninguna clase de proporcionalidad. Igualmente afirma que al decir que cuando hubiere dos o más listas del mismo partido se aplicaría el sistema del cuociente electoral, sólo quiso fijar un modo de hacer los escrutinios, pues un partido podía presentar si lo quisiere una o varias listas.

El Dr. Efraín Valencia Castillo argumenta sobre el particular sosteniendo que el cuociente no se aplica separadamente a cada partido o grupo político interviniente en la elección; que la disposición del inciso 4o. del artículo 172 de la Constitución Nacional y del inciso 3o. del artículo 7o. de la Ley 28 de 1979, es meridiana y se explica porque el sistema electoral colombiano exige que los partidos o tendencias políticas del país para participar en las elecciones populares, inscriban previamente sus listas de candidatos para la respectiva Corporación, de donde fluye que estas listas representan a los partidos o

grupos y en consecuencia, al operar el cuociente respecto a la votación que ellas han recibido, se está garantizando "la representación proporcional de los partidos" y de ninguna manera "la representación proporcional de las listas"; éstas reflejan aquéllos, son su expresión auténtica en las elecciones, el mecanismo para que aquéllas puedan terciar en la justa electoral y en forma que la tal "representación proporcional" de éstos, tutelada en el canon 172 de la Constitución, se manifieste en el otorgamiento de credenciales para el pertinente órgano plural de elecciones, en favor de los candidatos integrantes de cada una de las listas que logren el cuociente o se respalden en los mayores residuos del mismo.

Lo cierto es que el Dr. Valencia Castillo con apoyo en jurisprudencia del Consejo de Estado, glosa ampliamente los conceptos que sobre la aplicación del cuociente electoral se exponen en las demandas, afirmando que el método pretendido por los actores para su aplicación peca en todo sentido y es en exceso sofístico, por no decir que extravagante, pese a la dialéctica con que adoban sus argumentos.

En relación con éste último cargo, el señor Fiscal Tercero del Consejo de Estado, dice que comparte la forma como fue aplicado el cuociente electoral por la Honorable Corte en el caso presente, que coincide con la que ha empleado esta Corporación en los últimos años, limitándose a conceptuar que el cargo debe ser rechazado.

II. EL CUOCIENTE ELECTORAL

Dada la confusión que se observa en los planteamientos de las demandas acerca de esta materia, precisa hacer algunas consideraciones referentes al sistema electoral consagrado por la Legislación Colombiana, respecto a la forma como votan los ciudadanos por sus candidatos en toda elección popular.

El artículo 50 del Acto Legislativo número uno de 1968, hoy artículo 172 de la Constitución Nacional, dice:

"A fin de asegurar la representación proporcional delos partidos, cuando se vote por dos o más individuos en elección popular, o en una Corporación Pública, se empleará el sistema del cuociente electoral.

"El cuociente será el número que resulte de dividir el total de votos válidos por el de puestos por proveer.

"Si se tratare de la elección de sólo dos individuos, el cuociente será la cifra que resulte de dividir el total de votos válidos por el número de puestos por proveer, más uno.

"La adjudicación de puestos a cada lista se hará en proporción a las veces que el cuociente quepa en el respectivo número de votos válidos.

"Si quedaren puestos por proveer se adjudicarán a los residuos, en orden descendente.

"En las elecciones para Senado y Cámara que se realicen en el año de 1970, y en las que estas Corporaciones efectúen hasta el 19 de julio de 1974, si hubieren dos o más listas de un mismo partido y los puestos que a éste correspondieren fueren dos o más, se aplicará para adjudicarlos el sistema del cuociente electoral, pero teniendo en cuenta únicamente los votos emitidos por las listas de tal partido.

"En las elecciones para Asambleas Departamentales y Concejos Municipales que se verifiquen a partir del 1o. de enero de 1970, y en las de Senado y Cámara de Representantes, a partir del 1o. de enero de 1974, dejará de regir la regla transitoria sobre composición paritaria de dichas Corporaciones y, en consecuencia, se aplicará en toda su plenitud el sistema del cuociente electoral para asegurar la representación proporcional de los partidos políticos".

De los distintos sistemas electorales que se han ideado, el del cuociente electoral es el que traduce más fielmente el pensamiento del electorado, porque cada grupo, partido o tendencia, puede tener una efectiva representación de acuerdo con el número de sus sufragios. Y el sistema consiste en dividir el número total de electores por el de puestos por proveer en la Corporación respectiva, siendo el resultado del cuociente electoral, esto es, el número de votos que requiere cada candidato para ser elegido; y cuando del resultado de esa operación ocurra que faltan puestos por llenar, porque no todos los candidatos lleguen al número de votos que constituyen el cuociente, se toman en consideración los que hayan tenido un número de sufragios que se aproxime más al cuociente.

De tal manera que cada lista tendrá derecho a tantos representantes cuantas veces el total de votos obtenidos por dicha lista, contenga el cuociente electoral. Suele ocurrir que una vez hechas las operaciones resultan listas que no copan el cuociente electoral, como también listas que lo sobrepasen. En tal caso, para llenar las curules que faltan por proveer se ha adoptado entre nosotros el sistema de mayores residuos, en el cual las curules faltantes por asignar se otorgan a lista o listas que tengan residuos más próximos al cuociente.

El cuociente electoral entonces desarrolla en la práctica el principio de la representación proporcional, que permite que cada partido tenga en la respectiva Corporación un número de representantes que corresponda a la importancia numérica de sus fuerzas electorales, siendo por ello el único sistema que permite la representación de casi toda la opinión pública y no exclusivamente de las mayorías.

En el caso presente se sostiene en las demandas acumuladas, que la Corte Electoral al practicar los escrutinios en la Circunscripción Electoral del Magdalena, incurrió en grave quebranto e incorrecta aplicación del sistema electoral vigente del cuociente electoral consagrado en la Constitución Nacional, que tiene por objeto asegurar la representación proporcional de los partidos y no para asegurar la representación proporcional de las listas inscritas como se hizo aquí, incurriéndose por ello en causal de nulidad, conforme al artículo 173 de la Ley 28 de 1979, ordinal 6o.

La Sala considera necesario para aclarar el equívoco en que se ha caído en las demandas, desentrañar el sentido de la expresión "representación propor-

cional de los partidos", consignada en la Carta Política, para establecer la real intención del Constituyente al emplearla.

Los Partidos Políticos son las corrientes que practican una determinada doctrina o un criterio filosófico u opinión con relación al manejo del Estado. Y nadie discute hoy la importancia de los partidos, que han llegado a ser el centro, el motor de las significaciones políticas; y el funcionamiento del Estado está tan fuertemente determinado e influido por la existencia y realidad de los partidos políticos, que éstos son suficientes para caracterizar la singularidad de aquél y explicar su mismo contenido y orientaciones ideológicas. Tan cierto es ello, que las características de un régimen, su modo de expresarse en el Gobierno y ante la opinión ciudadana, su forma democrática o despótica, es fiel reflejo del número de los partidos y de los principios doctrinarios y organización de ellos. De todos modos es indudable que la expresión partidos tiene una concepción muy amplia y muy generalizada dentro de la realidad social, económica y política de un país. En nuestros días son muy corrientes criterios como estos del profesor Maurice Duverger orientados a destacar el papel que juegan los partidos en la estructura misma del Gobierno:

"El desarrollo de los partidos ha hecho romper los cuadros de las viejas clasificaciones políticas, inspiradas en Aristóteles o en Montesquieu. La oposición clásica del régimen parlamentario, del régimen presidencial y el régimen de asamblea no puede constituir ya, en lo sucesivo, el eje del derecho constitucional moderno. El Partido único acercaba profundamente a la Turquía Kemalista, la Rusia Soviética y la Alemania Hitlerista, aunque la primera se pareciera a un régimen de asamblea, la segunda a un régimen semiparlamentario, la tercera a un régimen semipresidencial. A pesar de su apego común al parlamentarismo, la Gran Bretaña y sus dominios, regidos por el bipartidismo, están profundamente separados de los sistemas continentales, sometidos al multipartidismo, y más cerca, en algunos aspectos, de los Estados Unidos, a pesar de su naturaleza presidencial. De hecho, la distinción de partido único, bipartidismo y multipartidismo, tiende a convertirse en la clasificación fundamental de los regímenes contemporáneos... La influencia de los partidos conduce a admitir una relatividad de las estructuras gubernamentales, que pueden ser modificadas por la sola evolución de la relación de fuerzas políticas dentro del país; estamos lejos de la rigidez de los cuadros constitucionales clásicos" ("Los Partidos Políticos", Fondo de Cultura Económica, México, Quinta reimpresión, 1974, págs. 418 y 419).

El régimen político colombiano se caracteriza por el bipartidismo. El Partido Liberal y el Partido Conservador han acaparado todas las fuerzas políticas, no habiendo tenido mucho éxito los intentos que se han hecho para lograr otras organizaciones partidaristas, y las que existen, fuera de los dos partidos tradicionales, muy poca significación electoral han tenido. Es muy frecuente sí cierta propensión a las divisiones, ofreciendo cada partido casi siempre distintos grupos de agitación política, divisiones transitorias que no implican ciertamente discrepancias programáticas y que están por lo general bajo la conducción de un prominente hombre público, divisiones que ciertamente en nuestro medio están más orientadas a la disputa del poder dentro del respectivo partido que a la misma conquista del Gobierno. Pero es indiscutible que a esos grupos, a esas fuerzas de opinión que también están orientadas a la

realización de un programa específico de Gobierno, también puede denominárseles partidos en el sentido general de la expresión, que unidos también pueden ir a elecciones populares y pueden por lo mismo ser comprendidos dentro de la denominación dada por el artículo 172 de la Constitución Nacional.

Y considera la Sala que no sobra transcribir aquí en lo pertinente, los conceptos que consignó el Consejo de Estado en la sentencia del 5 de febrero de 1974 (Anales 439-440, primer semestre, págs. 433 y ss.), al hacer el análisis del tema que aquí se ha venido comentando, se dijo allí:

"Todos los tratadistas del Derecho Público están acordes en afirmar que la democracia representativa requiere necesaria e inevitablemente la existencia de partidos políticos o lo que es lo mismo, grupos de personas organizadas con el fin de ejercer o de influir en el poder del Estado para realizar total o parcialmente un grupo político de carácter general.

"Según Kelsen "La democracia es la idea de una forma de Estado o de sociedad en la que la voluntad colectiva, o más exactamente el orden social, resulta engendrado por los sujetos a él, esto es, por el pueblo. Democracia significa identidad de dirigentes y dirigidos, del sujeto y objeto del poder del Estado y Gobierno del pueblo por el pueblo". Sentado este concepto, admite la dificultad que existe para precisar lo que debe entenderse por pueblo y llega a la conclusión de que a tal finalidad ha de distinguirse entre el pueblo gobernante y el pueblo gobernado, de los cuales el primero es el soporte de la idea democrática. Estima Kelsen que "dentro de la masa de aquellos que ejerciendo efectivamente sus derechos políticos toman parte en la formación de la voluntad del Estado habría que distinguir entre los que sin opinión ni criterios propios obedecen a la influencia de otros, y los pocos que por su propia iniciativa imprimen una dirección al proceso de formación de la voluntad colectiva. Semejante investigación conduce al descubrimiento de la virtualidad de uno de los elementos más destacados de la democracia real: Los Partidos Políticos que reúnen a los afines en ideas con objeto de garantizarles una influencia eficaz en la marcha de la vida pública. Es patente que el individuo aislado carece por completo de existencia política positiva por no poder ejercer ninguna influencia electiva en la formación de la voluntad del Estado, y que, por consiguiente, la democracia sólo es posible cuando los individuos, a fin de lograr una actuación sobre la voluntad colectiva, se reúnen en organizaciones definidas por diversos fines políticos, de tal manera que entre el individuo y el Estado se interpongan aquellas colectividades que agrupan en forma de partidos políticos las voluntades políticas coincidentes de los individuos. Sólo por ofuscación o dolo puede sostenerse la posibilidad de la democracia sin partidos políticos. La democracia, necesaria e inevitablemente, requiere un Estado de partidos" (Hans Kelsen, Esencia y Valor de la Democracia, pág. 30 y ss. citado por Linares Quintana. Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, Tomo VII, pág. 397).

"Y Manuel García Pelayo dice: "No se puede tratar de la Democracia moderna sin aludir a unos grupos sociales que sin ella crearlos son, sin embargo, inexcusables para el despliegue democrático. La existencia de los partidos políticos deriva del hecho de que en la democracia la sociedad está destinada a integrarse de modo permanente en el Estado; pero como quiera

que, por una parte, los intereses materiales y espirituales de la sociedad no son homogéneos, sino heterogéneos y que, por la otra, esta heterogeneidad rebasa a los individuos particulares para dar lugar a intereses materiales y espirituales comunes a pluralidades de individuos que, a su vez, constituyen grupos parciales dentro de la totalidad social, de aquí la existencia de organizaciones compuestas por aquéllos que pretenden defender sus intereses a través de la acción estatal y que para ello han de entrar en concurrencia con organizaciones del mismo tipo, pero de distinto contenido".

"El influjo de los partidos en la estructura constitucional lo compendia el mismo autor así: "1o. Que la democracia ha tenido la bastante vitalidad para adaptarse a las condiciones de la sociedad moderna. encontrando los métodos de organización y dirección que ésta exige. 2o. Que en ello se ha verificado una traslación del sujeto democrático, que en modo alguno es ya el individuo, sino unos grupos sociales dotados de firme estructura, y 3o. Que, por consiguiente, la intervención del individuo en la gobernación del Estado ha de verificarse precisamente a través de estos grupos y no de un modo inmediato" (Derecho Constitucional Comparado, 5a. edición, págs. 191 y 195).

"Los conceptos anteriores han tenido completa aplicación en Colombia ya que la Historia Patria enseña que conseguida la independencia nacional se formaron dos partidos políticos con un cuerpo de doctrina y principios de concepción del mundo, filosofía de la sociedad, ideas económicas y manera de organización y gobierno, partidos que alternativamente han llevado a las Constituciones del Estado su programa, a tal punto que el eminente expositor y maestro don José María Samper ha dicho que la Historia de nuestro Derecho Constitucional es la historia de nuestras revoluciones y de nuestros Partidos, quienes manteniendo incólume la idea republicana, lucharon en el siglo pasado por fijar la mayor o menor cantidad de poder, de la libertad o de la autoridad, de la fuerza individual o de la colectiva y unos y otros han perseguido y solicitado por diversos caminos, un ideal de bien público y de justicia, no obstante sus extravíos y sus excesos.

"Sólo que las constituciones expedidas en el siglo XIX no hicieron mención a esos partidos, no obstante que a través de ellos se obtenía la representación del pueblo en el Gobierno de la Nación. Fue a partir de la expedición del Acto Legislativo número 3 de 1910 cuando se dispuso que los partidos estarían representados proporcionalmente en las Corporaciones Públicas, para lo cual el legislador adoptaría cualquier sistema que garantizara esa representación proporcional y que podría ser el del voto incompleto o acumulativo o el del cuociente electoral.

"El Legislador adoptó primeramente el del voto incompleto, pero como no aseguraba la representación proporcional, fue cambiado por el del cuociente electoral por las Leyes 31 de 1929, 7a. de 1932, 77 de 1937 y 39 de 1946. Sistema que el artículo 50 del Acto Legislativo No. 4 de 1968 elevó a norma constitucional haciéndolo obligatorio cuando se vote por dos o más individuos en elección popular o en una Corporación Pública, establece cómo se aplica y contempla un sistema especial cuando se trata de la elección de solo dos personas.

"A fin de que la representación proporcional funcione en la práctica, la ley colombiana tiene dispuesto que para toda elección popular es necesario inscribir las listas porque haya de sufragarse, en la que se hará mención expresa del partido político por el cual se inscribe y tanto los que soliciten la inscripción como los candidatos harán ante el Alcalde bajo juramento la declaración de que son afiliados a ese partido, las papeletas de votación deben encabezarse con una inscripción en caracteres destacados en que se exprese el nombre del partido político tradicional por el cual se vota y al tiempo del escrutinio solo se toman en cuenta los votos emitidos a favor de las listas legalmente inscritas (Leyes 7a. de 1932 y 39 de 1946 y Decreto 400 de 1957).

"Por el sistema de la representación proporcional se otorga a cada partido o grupo político un número de representantes que guarde relación con los votos obtenidos en elecciones exentas de fraude y de violencia y su propósito es que el parlamento o corporación pública sea una imagen del cuerpo electoral, un cuadro que represente a todos los elementos que integran la estructura del país en sus debidas proporciones.

"En consecuencia, verificadas las elecciones, hecho el escrutinio de los votos y adjudicados los puestos a cada partido en proporción a las veces que el cuociente quepa en el respectivo número de votos válidos obtenidos por cada lista, queda definido el concepto de mayoría y de minoría, pues como lo dice Maurice Duverger, la representación proporcional supone el escrutinio de lista, el único que permite atribuir escaños tanto a la mayoría como a la minoría (Instituciones Políticas y Derecho Constitucional, pág. 106).

"Esa minoría que es cualquier parte menor de los representantes que integran la corporación y cuya plataforma de acción gubernamental es distinta de la que sustenta la mayoría debe encontrarse en igualdad de condiciones con ésta para exponer sus ideas, criticar las de sus oponentes y controlar en cierta medida los actos de los gobernantes.

"A este respecto Georges Burdeau dice: "Todas las tendencias deben tener acceso al debate y todas deben ser tratadas con idéntico respeto. Como elementos de la controversia no son aun más que una especie de hipótesis respecto a la decisión que prevalecerá finalmente. Al término de la discusión lo que se convierte en decisión estatal no son unas reivindicaciones de clases o un artículo de un programa de partido, ni incluso el deseo de una mayoría electoral. Es una voluntad enteramente nueva, la que nació de la controversia, y a la que se reconoce, en razón de las garantías que ofrece el régimen de discusión, la autoridad de voluntad del pueblo" (La Democracia, Ediciones Ariel, pág. 122).

"En Inglaterra, que se presenta como nación en donde el régimen democrático representativo funciona con perfección, tanta es la importancia que se concede a la oposición que el jefe de la minoría en el parlamento goza de sueldo que se lo paga el gobierno que recibe sus ataques. No sobra recordar que al decir de H.A.L. Fisher en su Historia de Europa, los dos grandes principios del pueblo inglés son que todo gobierno debe basarse en el consentimiento de los gobernados y que el papel del hombre de Estado es evitar las revoluciones mediante la reforma.

"Al prescribir el constituyente colombiano de 1968 que las minorías deben tener participación en las mesas directivas de las Corporaciones de elección popular, se propuso garantizar que todas tengan acceso al debate y ser tratadas con idéntico respeto a la mayoría, a fin de evitar que cualquier voluntad popular por grande que sea su número pretenda imponerse en el Gobierno sin pasar antes por la prueba de la discusión abierta y razonada".

Las razones que se han expuesto en los párrafos anteriores son suficientes para concluir que el cargo que se ha analizado carace de fundamento y, que, por lo mismo, no prospera.

CAPITULO IV

CONCLUSIONES GENERALES

De todo lo que se ha expuesto, a lo largo de esta providencia, se concluye que las demandas acumuladas solamente pueden prosperar respecto a la anulación de los registros de escrutinio de las siguientes mesas de votación:

a) De la Cabecera Municipal de Santa Marta, mesas números 24 - 25 - 42 - 48 - 49 - 62 - 69 - 80 - 87 - 97 - 105 - 109 - 123 - 141 - 148 - 150 - 156 - 163 - 165 - 176 - 177 - 178 - 180 - 181 - 193 - 219 - 222 - 223 - 225 - 228 - 230 - 231 - 232 - 237 - 239 - 240 - 248 - 253 - 255 - 257 - 276 - 277 - 278 y 279.

b) Del corregimiento de "Río Frío" (perteneciente al Municipio de Ciénaga), las mesas números 1 - 2 - 3 - 4 - 5 - 6 - 7 - 8 - 9 - 10 - 11 y 12.

c) Del Corregimiento de "La Tagua", perteneciente al Municipio de Santa Marta, la mesa número uno (1).

d) Del Corregimiento de "Santa Rosa", perteneciente al Municipio de Santa Ana, las mesas números 2 y 3.

Las razones que se expusieron al analizar cada uno de los cargos formulados en las demandas, explica la nulidad de las Actas de Escrutinio de los Jurados de Votación de las mesas relacionadas. En consecuencia, el Acuerdo número 16 de fecha julio 9 de 1982, proferido por la Honorable Corte Electoral, debe declararse nulo en cuanto en el escrutinio general de los votos emitidos para Senadores en la Circunscripción Electoral del Departamento del Magdalena, computó los votos de esas mesas y, en su lugar, habrá de practicarse por el Consejo de Estado un nuevo escrutinio con la exclusión de los votos depositados en ellas.

Así mismo, es sabido que los ciudadanos al ejecutar el sufragio buscan obtener la efectividad del derecho a servirse de él y que la manera de hacerlo operante en la práctica se logra expresando su voluntad por medio del voto. Una vez consignado éste, es necesario entonces cuidar de que esa manifestación de voluntad se respete y produzca sus propios efectos. Los escrutinios que luego se realizan y el cómputo que en ellos se hace de los votos que se hayan consignado en una determinada jornada electoral, han de reflejar el querer de los electores. Por consiguiente, cualquier hecho que altere o anule la expresión clara y obvia de sus sufragios, de sus votos, es ilícito por ser contrario a los fines naturales a que los votos están destinados.

En el caso presente, según el análisis que se hizo al estudiarse el primer cargo, se pudo establecer con base en pruebas existentes en el expediente, que en las elecciones que se realizaron en la Circunscripción Electoral del Magdalena el 14 de marzo de 1982, se cometieron hechos que contribuyeron a alterar sustancialmente en la correspondiente Acta de Escrutinio de las mesas 276 - 277 - 278 y 279 de la Cabecera Municipal de Santa Marta, el volumen total de la votación real, o las cifras parciales correspondientes a algunas listas que habían participado en el debate eleccionario, desfigurándose la realidad electoral, la verdadera opinión de unos sufragantes, para producir un resultado comicial que no representa la verdadera opinión política de los electores de determinada lista. Y ello se pudo establecer en la diligencia de inspección judicial practicada en el proceso número 938 en relación con las mesas 276 - 277 - 278 y 279 citadas, diligencia en la cual se estableció, al hacerse el recuento de los votos solicitado, que los guarismos, el número real de votos, era diferente al que figuraba en las Actas de Escrutinio. Estas mismas mesas según consta en el expediente, fueron abandonadas por los Jurados de Votación y la señorita Alma Cortés, Delegada del Registrador, las recogió y entregó a aquél. Tales hechos son punibles al tenor de lo dispuesto en los artículos 181, 182 y 183 de la Ley 28 de 1979.

Por último, en cuanto a las excepciones que propuso el Dr. Efraín Valencia Castillo en escrito que presentó el 16 de febrero del año en curso, es de observar, que de conformidad con el artículo 110 de la Ley 167 de 1941 ellas deben alegarse o proponerse por quienes tengan intervención en el juicio, "...desde que el negocio se fija en lista hasta que se cite para sentencia", y al tenor de lo dispuesto en el artículo 231 de la misma ley, el auto de citación para sentencia en los juicios electorales queda ejecutoriado al día siguiente a su notificación. En el caso presente, en los juicios acumulados que hoy se deciden, el auto de citación para sentencia se profirió el 10 de febrero del presente año, se notificó personalmente al señor Fiscal el 11 y por estado a las partes el 12 de febrero último como consta al folio 342 vuelto del expediente número 938.

Y como el escrito de excepciones fue presentado el 16 de febrero (folio 355, expediente 938), quiere ello significar que lo fue extemporáneamente, razón por la cual la Sala se abstiene de considerarlo.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del señor Fiscal Tercero de la Corporación y de acuerdo en gran parte con él, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. Declárase nulas las Actas de Escrutinio de los Jurados de Votación relativas a los votos depositados para el Senado de la República en la Circunscripción Electoral del Magdalena, en las elecciones realizadas el 14 de marzo de 1982, para el período constitucional de 1982-1986, correspondientes a las siguientes mesas de votación:

a) De la Cabecera Municipal de Santa Marta, mesas números 24 - 25 - 42 - 48 - 49 - 62 - 69 - 80 - 87 - 97 - 105 - 109 - 123 - 141 - 148 - 150 - 156 - 163 - 165 - 176 -

177 - 178 - 180 - 181 - 193 - 219 - 222 - 223 - 225 - 228 - 230 - 231 - 232 - 237 - 239 - 240 - 248 - 253 - 255 - 257 - 276 - 277 - 278 y 279.

b) Del Corregimiento de "Río Frío", perteneciente al Municipio de Ciénaga, las mesas números 1 - 2 - 3 - 4 - 5 - 6 - 7 - 8 - 9 - 10 - 11 y 12.

c) Del Corregimiento de "La Tagua", perteneciente al Municipio de Santa Marta, la mesa número uno (1).

d) Del Corregimiento de "Santa Rosa" perteneciente al Municipio de Santa Ana, las mesas números 2 y 3.

Segundo. Como consecuencia de lo anterior, declárase nulo el Acuerdo número 16 de julio 9 de 1982, expedido por la Honorable Corte Electoral, Acuerdo "Por el cual se resuelven las apelaciones interpuestas durante el escrutinio de los votos para Senado, Cámara y Asamblea emitidos en las elecciones del 14 de marzo del presente año, en la Circunscripción Electoral del Magdalena", pero únicamente en cuanto por medio de él se declara la elección de Senadores de la República, para el período constitucional de 1982 a 1986, por la mencionada Circunscripción Electoral.

Tercero. Ordénase la práctica de un nuevo escrutinio de los votos emitidos en la elección de Senadores por la Circunscripción Electoral del Magdalena, celebrada el 14 de marzo de 1982, con la exclusión de los votos correspondientes a las mesas de votación a que se refiere el ordinal primero de la parte resolutiva de esta providencia. Para la práctica del escrutinio, señálase la hora de las ocho de la mañana (8 a.m.), del quinto (5o.) día hábil siguiente al de la ejecutoria de esta sentencia; para tal efecto, solicítese a la Registraduría Nacional del Estado Civil la remisión de las Actas de Escrutinio correspondientes a Senadores por la Circunscripción Electora del Magdalena.

Cuarto. Si como consecuencia de los escrutinios ordenados en el ordinal anterior hubiere alteración en el resultado de los mismos, expídanse las credenciales a quienes corresponda, quedando por el mismo hecho sin valor ni efecto las expedidas a otras personas.

Quinto. Niéganse las demás peticiones de la demanda.

Sexto. Dése cuenta a la Procuraduría General de la Nación de los hechos anotados en esta sentencia, a fin de que se investiguen los delitos que hayan podido cometerse.

Séptimo. Comuníquese la presente sentencia a los señores Presidente de la Honorable Corte Electoral, Registrador Nacional del Estado Civil, Ministro de Gobierno, Presidente del Honorable Senado de la República, Gobernador del Departamento del Magdalena, a los Delegados Departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil en el Magdalena y Tribunal Administrativo del mismo Departamento.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que el proyecto anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día catorce (14) de abril de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Samuel Buitrago Hurtado, Mario Enrique Pérez Velasco, Jacobo Pérez Escobar, Roberto Suárez Franco.

Darío Quiñones Pinilla, Secretario.

ELECTORALES. DEMANDA. INADMISION. DEVOLUCION. No es que en los juicios electorales no quepa la aplicación del artículo 87 del C.C.A. que ordena devolver las demandas cuando presenten defectos formales para su corrección, sino que dado el término corto de caducidad que tienen dichas acciones, en la práctica es imposible esa corrección antes de que se cumplan los efectos fatales de la caducidad, ya que la demanda que no reúna todos los requisitos legales no tendrá la virtualidad de interrumpir los términos de esa caducidad, los que en los litigios electorales, son apenas de 20 días.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, D.E., veintiséis de abril de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Carlos Betancur Jaramillo**

Actor: **Heriberto Ahumanda Pacheco**

Referencia: Expediente No. 995 Electoral

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto contra el auto de 22 de noviembre de 1982 dictado por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

Mediante ese proveído el a-quo denegó la admisión de la demanda electoral propuesta por el señor Heriberto Ahumada Pacheco, por defectos formales, ya que citó como normas violadas por el acto electoral el artículo 172 de la Constitución Nacional y la Ley 28 de 1979, sin citar qué artículo había sido en su concepto transgredido y sin expresar el concepto de violación que exige el literal c) del artículo 210 del C.C.A. Ante la inaplicabilidad en el juicio especial electoral del artículo 87 del C.C.A. se impone el rechazo de la demanda, por falta de uno de los presupuestos que exige el artículo 210, antes citado.

Para la Sala la decisión no debe mantenerse. Si bien es cierto el libelo apenas si reúne los requisitos mínimos que debe cumplir toda demanda, no lo es menos que el juzgador de primera instancia, con un pequeño esfuerzo de su parte, hubiera podido encontrar esa fundamentación jurídica en los artículos 172 de la Carta y 138 de la Ley 28 de 1979.

Para estos efectos, vale tanto citar el número que identifica la norma como su texto. Y esto fue lo que hizo el actor al afirmar que "el número de votos a favor de dos o más candidatos o listas fuere igual, la elección se decidirá a la suerte, para lo cual, colocadas en una urna las papeletas, con los nombres de los candidatos o de quienes encabezan las listas que hubiesen obtenido igual

número, un ciudadano designado por la Corporación escrutadora extraerá de las urnas una de las papeletas".

La norma que se deja transcrita corresponde inequívocamente al artículo 138 de la antecitada Ley 28.

Ha dicho la jurisprudencia que el concepto de la violación no tiene que tener una determinada extensión. Basta que sintéticamente se dé la idea de la infracción para que se cumpla este requisito de la demanda en forma.

Finalmente se anota:

No es que en los juicios electorales no quepa la aplicación del Art. 87 del C.C.A. que ordena devolver las demandas cuando presenten defectos formales para su corrección, sino que dado el término corto de caducidad que tienen dichas acciones, en la práctica es imposible esa corrección antes de que se cumplan los efectos fatales de la caducidad, ya que la demanda que no reúna todos los requisitos legales no tendrá la virtualidad de interrumpir los términos de esa caducidad, los que en los litigios electorales son de apenas 20 días.

POR LO EXPUESTO:

Revócase el auto de 22 de noviembre de 1982 dictado por el Tribunal Administrativo del Atlántico. En su lugar, se dispone:

Admítese la demanda electoral formulada por el señor Heriberto Ahumada Pacheco contra el acto de elección de los miembros de la Beneficencia del Atlántico, expedido por la Asamblea de ese Departamento.

Notifíquese por edicto que durará fijado cinco días y personalmente al agente del Ministerio Público.

Fíjese en lista por cinco días para que las partes soliciten sus pruebas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 21 de abril de 1983.

Jorge Valencia Arango, Presidente de la Sala; **Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Dangond Flores, Eduardo Suescún Monroy.**

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

COMISIONES DE LAS CORPORACIONES PUBLICAS. PROTECCION JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS ELECCIONARIOS DE LAS MESAS DE LAS CORPORACIONES PUBLICAS.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Bogotá, veintinueve de abril de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Enrique Low Murtra**

Demandante: **Rafael Alirio Morales Ruiz**

Referencia: Radicación 1.007. Electoral. Apelación del auto del Tribunal de Boyacá.

El Tribunal Administrativo de Boyacá inadmitió la demanda interpuesta por el doctor Rafael Alirio Morales Ruiz por la cual solicitó la nulidad de la elección de parte de los miembros de la mesa del Concejo Municipal de Guayatá.

Al rechazar la demanda el Tribunal hizo las siguientes consideraciones:

"En orden de establecer si esta Corporación es o no competente para conocer de la acción electoral intentada, el Tribunal consigna las siguientes consideraciones:

"El artículo 192 de la Ley 167 de 1941 dispone:

"La elección o nombramiento de Juntas de carácter nacional, departamental, municipal o de una intendencia o comisaría o de personas que deban actuar en representación de cualesquiera de estas entidades públicas, son acusables en la misma forma y por los mismos motivos en que lo son las elecciones o nombramientos de empleados o funcionarios propiamente dichos, según las reglas de competencia anterior.

"Parágrafo: Sin embargo, conforme al artículo 182 de la Ley 85 de 1916, cuando la elección se refiera a comisiones para el orden interno de una Corporación, la declaración de nulidad corresponde a la misma Corporación que la hace.

"En efecto, el artículo 182 de la Ley 85 de 1916 expresa:

"Cuando la elección se refiere a comisiones de la misma Corporación para su orden interno, es la misma Corporación quien puede declarar la nulidad.

"En el caso de estudio, el demandante impugna la elección de la mesa directiva del Concejo de Guayatá integrada por el presidente y vice-presidente recaído en las personas de Luis Sierra y Bertha Piñeros de Dueñas, según consta en las actas correspondientes a las sesiones de los días 14 y 18 de diciembre de 1982, obvio es inferir que tales dignatarios de la comisión de la Mesa Directiva del Concejo y cuya elección se demanda, están comprendidos dentro de las disposiciones antes transcritas, es decir, que siendo el presidente y vice-presidente, los integrantes de la comisión de la Mesa Directiva del Concejo cuya elección se acusa en la demanda, y como tal, la encargada de presidir, dirigir las sesiones y los actos en general, así como también la de mantener "el orden interno de dicha Corporación", obvio es concluir, que de conformidad con las normas legales antes transcritas, es a la misma Entidad edilicia a la que le corresponde declarar la nulidad presentada.

"Sobre este particular anotaba Tascón, que la excepción consagrada en el parágrafo del Art. 192 del C.C.A. se explicaba por las circunstancias de que el nombramiento de las comisiones de que allí se habla no interesa sino al funcionamiento interno de la Corporación.

"Por otra parte, el H. Consejo de Estado, en sentencia de julio 25 de 1946 dijo:

"La elección de presidente del Cabildo es de orden interno de éste, y por lo tanto, no puede acusarse ante los Jueces Contencioso Administrativos, conforme al Parágrafo del artículo 192 del C.C.A.

"La misma alta Corporación se pronunció en igual sentido en sentencia de noviembre 17 de 1960.

"De esta suerte forzoso es deducir que el Tribunal no es competente para conocer de la acción electoral intentada, en su propio nombre, por el actor ya citado.

"Al tenor de lo previsto por el artículo 191 del C.C.A. y dada la cuantía del presupuesto del municipio de Guayatá, para la presente vigencia fiscal, el trámite a seguir será el de Primera Instancia".

Contra el auto inadmisorio dictado por el Tribunal el actor interpuso recurso de reposición y en subsidio la apelación y alegó que la comisión de la mesa no es de orden interno exclusivamente puesto que interesa a cuestiones fundamentales en la operación del cabildo.

El Tribunal desechó la reposición con estos argumentos:

"La determinación tomada por la Sala al inadmitir la demanda, tuvo fundamento en lo estatuido por el artículo 192 del C.C.A. y en el artículo 182 de la Ley 85 de 1916, en consideración a que el demandante pretende la nulidad de la elección de la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Guayatá (Boy.) a que se contraen las actas correspondientes a las sesiones de los días 14 y 18 de diciembre de 1982 y en lo atañadero a Presidente y Vice-Presidente de tal Corporación Edilicia, dignatarios estos comprendidos dentro de las disposiciones citadas y según las mismas, la nulidad de que se habla corresponde declararla al propio Concejo Municipal de Guayatá y en manera alguna a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

"Al respecto, el Honorable Consejo de Estado, en auto del 13 de agosto de 1963, Anales, Tomo LXVII, nums. 403-404, páf. 514, expresó:

"Siendo el Presidente, primer vicepresidente y segundo vicepresidente los integrantes de la comisión de la mesa directiva del Concejo, es decir, la comisión encargada de presidir, dirigir las sesiones y actos en general y mantener el orden interno de las corporaciones edilicias, no hay duda de que de conformidad con el parágrafo del Art. 192 del C.C.A. y con el Art. 182 de la Ley 85 de 1916, es a la misma entidad a la que le corresponde declarar las nulidades presentadas. Pero no sucede lo mismo con el Secretario del Concejo, que es un funcionario del orden administrativo, nombrado por la Corporación y encargado de llevar el libro de actas y los demás que determinen las ordenanzas y acuerdos respectivos o que ordene el Presidente (C.P. y M. Art. 162), ya que este funcionario no forma parte de la mesa directiva.

"Así las cosas, no cabe la menor duda, que el Tribunal no es competente para conocer de la acción instaurada por el libelista y por consiguiente, debe mantener la decisión tomada en el auto recurrido".

Por su parte el recurrente al sustentar la apelación dijo lo siguiente:

"El H. Tribunal Contencioso de Boyacá, sustenta su proceder en lo expresado por Tascón, pero allí solo habla de las comisiones internas, y no es posible equiparar la designación de mesa Directiva de una Corporación de elección popular, con el nombramiento de una comisión, por las razones siguientes:

"a) Las comisiones son designadas ordinariamente por la mesa Directiva.

"b) La elección de la mesa directiva deben hacerla los Diputados o Concejales legalmente elegidos si hablamos de Asambleas y Concejos Municipales.

"c) Las comisiones tienen como objeto estudiar una materia determinada según la clase de comisiones, o dar primer debate, proyectar para la plenaria, o similares actos que ejecuta.

"d) La Mesa Directiva, gobierna la totalidad de la actividad del cabildo, nombra empleados, designa comisiones, planifica y desarrolla la actividad del ente.

"Luego tratar de aplicar la Ley 85 de 1916 en su artículo 182, para este caso, no considero pertinente, ya que como se demuestra claramente una cosa es el nombramiento de comisiones permanentes o transitorias, y otra la elección de mesas directivas de la corporación.

"De otra parte, este tipo de actos claramente violatorios de la Constitución Nacional, como el acusado en el caso del Concejo Municipal de Guayatá, el hecho de haber desconocido a sabiendas las minorías, como está plenamente demostrado con la simple lectura del acta de la sesión que se acompañó al libelo ante el H. Tribunal.

"Como es imposible que el Consejo Municipal cambie esta determinación toda vez que juegan intereses personales, de grupo o políticos y no es posible que esta Corporación anule la elección, razón por la cual me vi obligado a recurrir ante lo Contencioso Administrativo de Boyacá.

"Si se acepta la tesis de que las comisiones y la Junta Directiva de una corporación es igual, sería injusto que estos actos queden sin control jurisdiccional, con clara y manifiesta violación a los principios constitucionales".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Ha sido muy amplia la doctrina y jurisprudencia desarrollada por esta Corporación alrededor del tema de las comisiones de las corporaciones públicas. Se distingue claramente entre comisiones internas y externas las primeras son aquellas que se limitan a realizar actos de trámite corriente en una corporación sin que puedan afectar cuestiones de fondo. Las segundas son de origen constitucional y tienen verdadera capacidad de afectar la propia actuación de la corporación y sus funciones constitucionales.

Sobre este punto, la Sala plena de esta corporación hizo las siguientes precisiones:

"De acuerdo con el planteamiento que antecede precisa definir primero si las Comisiones Permanentes son distintas de las comisiones de "orden interno" que mencionan las disposiciones legales transcritas.

"Las primeras son de origen constitucional (Art. 72), elegibles por cada Cámara para períodos no menores de dos años y se ocupan de tramitar en primer debate los proyectos de ley. Dispone también este precepto que "salvo lo especialmente previsto en la Constitución, la ley determinará el número de comisiones permanentes y el de sus miembros, lo mismo que las materias de que cada una deberá ocuparse".

"En desarrollo del precedente canon de la Carta, la Ley 7a. de 1945, que versa sobre el reglamento del Congreso, estableció las Comisiones Constitucionales Permanentes legales Reglamentarias y Accidentales, y concretamente determinó el Art. 3o. el número de "Comisiones Constitucionales Permanentes", tanto para el Senado como para la Cámara de Representantes. En el Art. 7o. dispuso que las "comisiones legales reglamentarias" son elegibles por cada Cámara y señaló como tales las de la Mesa, Justicia Interior, Credenciales, Acusación en la Cámara de Representantes y Comisión Especial de Justicia del Senado. En el Art. 8o. le da competencia al Presidente de cada Cámara para designar las siguientes "Comisiones Accidentales": "a) las comisiones que se nombran para llevar mensajes orales de una a otra Cámara o al Gobierno" y "b) las que se nombran para las votaciones por escrutinio". Agrega el parágrafo 1o. del último artículo: "En casos especiales previa resolución motivada, el Senado y la Cámara podrán elegir otras comisiones accidentales, o delegar en el Presidente, o en la respectiva Comisión de la Mesa, la facultad de designarlas".

"A su turno, la Ley 17 de 1970, por la cual se dictan normas sobre las comisiones del Congreso", señala en el artículo 6o. que en cada una de las Cámaras funcionarán ocho "Comisiones Constitucionales permanentes, encargadas de dar primer debate a los proyectos de la ley referentes a los asuntos de su competencia" y por medio de los Arts. siguientes creó y les señaló funciones a las Comisiones de la Mesa, de Credenciales, de Justicia y a las Accidentales, aumentando las últimas con "las que se nombran para la elaboración o estudio de los proyectos de Ley". "Las que las Cámaras o las Comisiones designen para allegar informes sobre asuntos de interés público" y "las que se nombran para representar a las Cámaras en actas o certámenes oficiales o privados dentro del país, o ante Parlamentos u organismos de otras naciones y las demás cuya necesidad ocurra". El Art. 16 de esta ley prescribe que las Comisiones Permanentes se eligen por el sistema del cuociente electoral, previa inscripción de listas, o mediante acuerdo de los partidos o sectores políticos representados en la respectiva Cámara. La misma ley regla las sesiones y el funcionamiento general de las varias comisiones.

"El análisis de las citadas normas constitucionales y legales permite deducir que las Comisiones Constitucionales permanentes, tanto del Senado como de la Cámara, son diferentes de las otras Comisiones —las denominadas de "orden interno— por su origen, manera de integración, funciones, número mínimo de sesiones semanales, etc., y que, por consiguiente tiene regulación positiva distinta".

También en sentencia del 5 de febrero de 1974 dijo el Consejo:

"1. Como lo recuerda el colaborador fiscal esta Sala tuvo oportunidad de ocuparse con detenimiento en el punto de si la jurisdicción de lo contencioso

tenía competencia para conocer de las demandas relacionadas con la elección de mesa directiva de la Cámara de Representantes habiendo llegado a conclusión positiva. Basta entonces dar aquí por reproducidas las razones que se tuvieron para así decidirlo y que son las que se expusieron en el fallo de 8 de junio de 1973, con ponencia del consejero doctor Miguel Lleras. Hicieron salvedad de voto con muy respetables razones los consejeros doctores Juan Hernández Sáenz, Alfonso Arango Henao y Hernando Gómez Mejía.

"Iguales o parecidos argumentos militan para sostener que la elección de la mesa directiva de los Concejos cae también bajo esta jurisdicción ya que ella no puede considerarse como una simple comisión del orden interno de la corporación, porque su actividad o el ejercicio de sus competencias también tienen efectos que inciden sobre el funcionamiento del Municipio y la vida de sus habitantes. Además, según el Acto Legislativo número 1 de 1968 las minorías tienen derecho a participar en las mesas directivas de las corporaciones públicas, lo que indica la trascendencia que a ellas atribuyó el constituyente y la necesidad que hay de proteger ese derecho a través de la jurisdicción".

De estas reflexiones puede colegirse:

1. Según el acto legislativo número 1 de 1968 las mesas directivas de las corporaciones tienen carácter constitucional; tanto es esto así que la Carta garantiza la representación de las minorías en las mesas directivas de las corporaciones. Claramente el artículo 83 de la Carta (que corresponde al 17 del acto legislativo número 1 de 1968) cubre todas las corporaciones de elección popular incluyendo también los concejos municipales.

2. Claramente la comisión de la mesa ejerce funciones fundamentales de la actividad común del Concejo, razón por la cual no es posible negarle a cualquier ciudadano el derecho de acción, especialmente en juicio electoral, para darle la garantía de que la mesa directiva del cabildo es elegida con el lleno de los requisitos de ley.

3. Ciertamente el tribunal trae interesantes providencias de esta corporación, las cuales fueron ambas dictadas antes de la Reforma Constitucional de 1968. Todos los tratadistas de derecho público conceden singular importancia a los partidos políticos como elemento esencial de la democracia representativa y ha sido por esta razón que para garantía de las minorías en todas las corporaciones públicas (Congreso, Concejos, Asambleas) el constituyente del año de 1968 introdujo elementos esenciales al funcionamiento de las mesas directivas de tales cuerpos políticos. La Sala cree que este solo hecho justifica la protección jurisdiccional de los actos eleccionarios de las mesas de las corporaciones públicas.

En consecuencia el Consejo de Estado por medio de la sección cuarta de su Sala de lo Contencioso

RESUELVE:

1. Revócase el auto apelado.

2. Admítase la demanda.

3. Devuélvase al Tribunal de origen para que le dé al proceso el trámite de ley.

Cópiese, publíquese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Bernardo Ortiz Amaya, Carmelo Martínez Conn, Gustavo Humberto Rodríguez, Enrique Low Murtra.

Darío Quiñones Pinilla, Secretario.

FONDOS EDUCATIVOS REGIONALES. NATURALEZA.

1. Fueron creados por el artículo 29 del Decreto-ley 3157 de 1968 como cuentas especiales pertenecientes a los Departamentos y al Distrito Especial de Bogotá, constituidos por los aportes de la Nación, los Departamentos, el Distrito Especial y los municipios para atender al sostenimiento y expansión de los servicios educativos en los planteles oficiales de educación elemental, media y de carreras intermedias.

2. ADMINISTRACION DE LOS FER. Artículo 31 del Decreto 3157 de 1968. ¿A quién corresponde?

3. Definición de los FER Artículo 2o. del Decreto 3130 de 1968.

NULIDAD DE LO ACTUADO. **Por falta de competencia. (Artículo 113 C.C.A. No. 1).**

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Bogotá, D.E., seis de mayo de mil novecientos ochenta y tres.

Consejero ponente: **Dr. Jacobo Pérez Escobar**

Actor: **Georgina Ayala de Cabra. Electoral**

Expediente No. 991

La señora Georgina Ayala de Cabra, en ejercicio de la acción pública electoral, ha solicitado de esta Corporación que "declare la nulidad del acto administrativo citado a continuación: el Decreto No. 1174 de junio 4 de 1982, dictado por la Junta Administradora del Fondo Educativo Regional de Bogotá —FER—; para que se declare la nulidad del acto administrativo y de los nombramientos para el ejercicio de cargos docentes que por medio de él se hacen".

I. LOS FUNDAMENTOS DE LA ACCION

A. LOS HECHOS

La demandante apoya sus pretensiones en los siguientes hechos, que se sintetizan:

1. El acto administrativo acusado fue dictado por la Junta Administradora del Fondo Educativo Regional de Bogotá-FER, con fundamento en el artículo 4o., ordinal f), del Decreto-ley 120 de 1976.

2. La norma anterior fue demandada por inconstitucional ante la Corte Suprema de Justicia y declarada inexequible en cuanto al vocablo "proveerlos" del mencionado literal f), mediante sentencia de 22 de abril de 1982.

3. El Decreto reglamentario 181 de 1982 establece en sus artículos 8o., 9o. y 23 que la provisión de cargos docentes debe hacerse por concurso previo con el lleno de requisitos específicos.

4. Por orden del señor Presidente de la República fechada el 5 de febrero de 1982 se prohibió hacer nuevos nombramientos de personal hasta el 5 de junio de 1982 inclusive, prohibición ésta que abarca a todos los funcionarios y entidades nominadoras de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

5. El Parágrafo del artículo 1o. de la Ley 43 de 1975 ordena que el nombramiento del personal docente continuará haciéndose por los funcionarios que actualmente ejerzan dicha función, lo cual concuerda con lo dispuesto en los artículos 194, ordinal 2o. 199 y 201 de la C.N. y 2o. del Decreto-ley 3133 de 1978.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

La demandante señala como normas violadas por el acto administrativo acusados los artículos 2o., 20, 199, 201, 194, ordinal 2o., 6o. y 10 de la C.N.; 1o. y 2o. del Decreto-ley 3133 de 1978; 183, 184, ordinal 19, del C. de R.P. y M.; Parágrafo del artículo 1o. de la Ley 43 de 1975, y 66, 189, 191 y 205 del C.C.A.

En cuanto al concepto de la violación, en resumen expone la demandante lo que sigue:

a) Los artículos 2o., 20, 199, 201, 194, ordinal 2o., 6o. y 10 de la C.N. han sido violados por el acto acusado por cuanto el artículo 2o. del Decreto-ley 3133 de 1968 le da al Alcalde Mayor de Bogotá las atribuciones administrativas que la Constitución y las leyes confieren a los Gobernadores de los Departamentos, entre otras, la de nombrar a los empleados municipales (sic). "Al usurpar la Junta Administradora del Fondo Educativo Nacional de Bogotá, FER, la función de nombrar a los docentes para ejercer cargos en el Distrito Especial de Bogotá, se violaron las normas constitucionales mencionadas".

b) Los artículos 1o., Parágrafo, de la Ley 43 de 1975; 2o. del Decreto-ley 3133 de 1968; 183, 184, ordinal 19, de la Ley 4a. de 1913 y 66 del C.C.A., fueron violados porque la Corte Suprema de Justicia declaró inexequible el vocablo "proveerlos" mediante sentencia de 22 de abril de 1982. Con esta sentencia recobra su vigencia el Parágrafo del artículo 1o. de la Ley 43 de 1975, que

ordena que "el nombramiento del personal en los planteles que se nacionalizan por medio de esta Ley, o se hayan nacionalizado anteriormente, continuará siendo hecho por los funcionarios que actualmente ejerzan dicha función". Este funcionario en el Distrito Especial de Bogotá, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2o. del Decreto-ley 3133 de 1968, y en los artículos 183, 184, ordinal 19, de la Ley 4a. de 1913, no es otro que el Alcalde Mayor de Bogotá en su calidad y función de Jefe de la Administración pública municipal, pero no como Presidente de la Junta Administradora del Fondo Educativo Regional, FER, como lo hizo en el acto acusado. De esta manera dicha Junta se atribuyó funciones fuera de su competencia administrativa, por lo que también se violaron los artículos 2o., 20 y 63 de la C.N. y 66 del C.C.A.

c) Los artículos 8o., 9o. y 23 del Decreto reglamentario 181 de 1982 y la orden ejecutiva del Presidente de la República de febrero 5 de 1982 fueron violados por el acto administrativo impugnado debido a que no se le dio cumplimiento al no haberse convocado a concurso previo para designar el personal cuyo nombramiento se cuestiona.

III. CONCEPTO DE LA SEÑORA FISCAL

Al correrse traslado a la señora Fiscal 5o. del Consejo de Estado para que emitiera su concepto de fondo, solicitó a la Sala que declare "la nulidad de todo lo actuado y la remisión del expediente al Tribunal, por competencia". Fundamenta esta petición en las siguientes consideraciones:

"Utiliza la actora la acción pública electoral, para atacar los nombramientos de tres Supervisores, de la Secretaría de Educación Distrital, División de Educación Básica Secundaria y media Vocacional.

"De conformidad con el artículo 189 del C.C.A., "El Consejo de Estado conoce privativamente y en una sola instancia de los juicios contra las elecciones de Presidente de la República, Senadores y Representantes a la Cámara.

"Igualmente conoce de los juicios que se susciten con motivo de las elecciones o nombramientos hechos por el Congreso, las Cámaras, la Corte Suprema de Justicia, el Gobierno o por cualquier autoridad, funcionario o corporación del orden nacional".

"Los Tribunales Administrativos conocen, según el artículo 191, en única o en primera instancia, según el caso, de los juicios referentes a elecciones de Diputados a las Asambleas, de Concejeros Municipales, así como de las elecciones o nombramientos hechos por las mismas entidades, o por el Gobernador y demás autoridades, funcionarios o corporaciones del orden departamental, municipal o de una Intendencia o Comisaría.

"Estima la Fiscalía que el acto demandado ha sido proferido por un funcionario del orden Municipal y por consiguiente no es competente el Consejo de Estado para conocer de él, sino el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, según las reglas señaladas en los artículos citados.

"La actora afirma que el acto fue expedido por la Junta Administradora del Fondo Educativo Regional de Bogotá —FER—, y precisamente lo controvierte porque cree que era el Alcalde quien debía efectuar esta clase de nombramientos.

"Por tanto se hará un análisis de tal acto, a fin de determinar su naturaleza:

"Formalmente fue expedido por el Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, invocando su condición de Presidente de la Junta Administradora del Fondo Educativo Regional de Bogotá, y en uso de sus atribuciones legales.

"Expresamente no invocó el ordinal f) del artículo 4o. del Decreto 102 de 1970, del cual efectivamente la H. Corte Suprema de Justicia declaró inexequible el vocable "proveerlos", que se refería a los cargos docentes y administrativos que las Juntas Administradoras de los FER propusieran al Gobierno Nacional crear, para el funcionamiento de los planteles educativos nacionales de la respectiva entidad territorial cuya administración haya asumido el FER.

"Sin embargo, por haber sido expedido por el Alcalde, en su condición de Presidente de la Junta Administradora del FER, ¿debe considerarse acto de carácter nacional? Para ello es necesario analizar:

"*Qué son los Fondos Educativos Regionales*

"Los Fondos Educativos Regionales, creados por el Decreto 3157 de 1968 constituyen un mecanismo de administración de recursos financieros de la Nación y de las diferentes entidades territoriales, para atender al sostenimiento y expansión de los servicios educativos en los planteles de educación elemental, media y de carrera intermedia.

"Estos Fondos son también los encargados de administrar los recursos provenientes del Situado Fiscal destinados a la educación, por haberlo dispuesto así la Ley 46 de 1971.

"Para la aplicación de estos recursos en cada sección territorial, por medio de los Fondos Educativos Regionales, es necesaria la celebración de un contrato entre el señor Ministro de Educación, quien representa a la Nación, y el Gobernador, Intendente o Comisario, y el Alcalde del Distrito Especial de Bogotá.

"Los FER actúan a través de una Junta Administradora.

"Pero debido a que no tienen personería jurídica, ni patrimonio propio, ni son entidades descentralizadas, o sea que simplemente administran unos dineros que tienen destinación especial —educación— se manifiestan a través del Presidente de la Junta, que es siempre el Gobernador, el Intendente, el Comisario o el Alcalde de Bogotá, y quienes actúan no como funcionarios del orden nacional, sino como primera autoridad dentro del territorio de su jurisdicción encargados por la ley de presidir dichas Juntas.

"Por consiguiente, esos actos serán Departamentales, Intendenciales, Comisariales o Municipales, según quien los expida, mas no nacionales.

"*Nombramiento de Personal Docente o Administrativo.*

"Ciertamente la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia de 22 de abril de 1982, declaró inexequible la atribución concedida a las Juntas Administradoras de los FER, mediante el ordinal f) del artículo 4o. del Decreto 102 de

1976, para proveer cargos administrativos y docentes en los planteles educativos nacionales.

"La Ley 43 de 1975 había nacionalizado la educación primaria y secundaria, precisamente para aplicar a ella los recursos manejados por los FER.

"Pero aún antes de proferirse esta sentencia, opina la Fiscalía que la provisión de cargos dependientes de la Secretaría de Educación del Distrito, ni ninguna otra hecha por el Alcalde, podía considerarse acto de carácter nacional. El Distrito es un Municipio, la primera autoridad administrativa es el Alcalde y los actos que dicta son de orden municipal.

"Ocurre con los FER, lo mismo que sucede en el Sistema Nacional de Salud. Los nombramientos que se hagan para ocupar cargos en las entidades territoriales, no tienen el carácter de nacionales, por depender del Sistema Nacional de Salud; así lo ha manifestado el H. Consejo de Estado en varias oportunidades.

"*El Acto Demandado*

"De su texto se desprende, que se nombraron tres personas como Supervisores, dependientes de la Secretaría de Educación Distrital, División de Educación Básica Secundaria y Media Vocacional, y no de ningún plantel en especial.

"Para este Despacho, ese es un acto de carácter Municipal, que no puede considerarse convertido en Nacional, solo porque el señor Alcalde Mayor de Bogotá invocó su calidad de Presidente de la Junta Administradora del FER de Bogotá, puesto que la Administración Municipal, está integrada en sus diferentes áreas, y la educativa es una de ellas, por empleados y funcionarios del orden Municipal, cuyo nombramiento corresponde al Alcalde como jefe de la Administración Municipal.

"Además, al obrar en representación de los FER como Presidente de la Junta, sigue haciéndolo como primera autoridad administrativa y los actos que profiera son del orden Municipal.

"Por lo expuesto, esta Agencia del Ministerio Público estima que es al Tribunal Administrativo de Cundinamarca al que corresponde conocer de este proceso en primera instancia y no al H. Consejo de Estado en única. En consecuencia, se permite solicitar la nulidad de todo lo actuado y la remisión del expediente al Tribunal, por competencia".

A la solicitud anterior de nulidad procesal se le dio el trámite legal correspondiente.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Habiéndose ejecutoriado el auto de citación para sentencia, la Sala procede a decidir sobre el presente juicio mediante las siguientes consideraciones:

SOLICITUD DE NULIDAD PROCESAL DEL FISCAL DE LA CORPORACION

Estudiada la cuestión planteada por la señora Agente del Ministerio Público en el presente proceso, la Sala encuentra que le asiste toda la razón en solicitar que se declare la nulidad de todo lo actuado, por cuanto el acto administrativo acusado fue expedido por el Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá en su calidad de Presidente de la Junta Administradora del FER, entidad que no es nacional sino distrital, conforme lo ha demostrado la mencionada Agencia Fiscal.

En efecto se tiene que los Fondos Educativos Regionales (FER) fueron creados por el artículo 29 del Decreto-ley 3157 de 1968 como cuentas especiales pertenecientes a los Departamentos y al Distrito Especial de Bogotá, constituidos por los aportes de la Nación, los Departamentos, el Distrito Especial y los Municipios para atender al sostenimiento y expansión de los servicios educativos en los planteles oficiales de educación elemental, media y de carreras intermedias. Dicho artículo dispuso literalmente lo siguiente:

"En cada uno de los Departamentos, en el Distrito Especial y en las áreas metropolitanas que se crean, habrá un Fondo Educativo Regional o Distrital constituido por aportes de la Nación, los Departamentos, el Distrito Especial y los Municipios para atender al sostenimiento y expansión de los servicios educativos en los planteles oficiales de educación elemental, media y de carreras intermedias".

El artículo 31 del citado Decreto-ley dispuso que "los Fondos Educativos Regionales serán administrados por las autoridades del respectivo Departamento, Distrito Especial o Area Metropolitana con la supervisión de un delegado del Ministerio de Educación Nacional que será funcionario de éste y que tendrá las funciones que le asigne el Gobierno Nacional".

De las normas transcritas se desprende sin la menor duda que los Fondos Educativos Regionales son de aquellos definidos por el inciso 1o. del artículo 2o. del Decreto-ley 3130 de 1968, que expresa lo siguiente:

"Los Fondos son un sistema de manejo de cuentas de parte de los bienes o recursos de un organismo, para el cumplimiento de los objetivos contemplados en el acto de su creación y cuya administración se hace en los términos en éste señalados".

Se observa por la Sala que en el acto de creación de los Fondos Educativos Regionales —FER, que lo fue el Decreto-ley 3157 de 1968, se establece en el artículo 31 que ellos son administrados por las autoridades del respectivo Departamento o del Distrito Especial de Bogotá, y según el artículo 34, "el Ministerio de Educación Nacional deberá delegar por contrato la administración de los planteles nacionales dependientes de él, a las Secretarías de Educación de los Departamentos o Distrito Especial de Bogotá, o de las Areas Metropolitanas que se constituyan y a aportar al Fondo Educativo Regional respectivo las sumas necesarias para atender al sostenimiento de dichos establecimientos, dentro de las modalidades establecidas en el respectivo contrato".

En el caso sub-judice el Alcalde del Distrito Especial de Bogotá, como Presidente de la Junta Administradora del FER de Bogotá ha hecho tres nombramientos de supervisores dependientes de la División de Educación Básica Secundaria y Media Vocacional de la Secretaría de Educación del Distrito, cuya asignación deberá pagarse con cargo a dicho Fondo. Esto significa, por no invocar el Alcalde ninguna delegación del Gobierno Nacional, que los mencionados nombramientos son de carácter distrital.

Ahora bien, según el artículo 191 del C.C.A., "los Tribunales Administrativos conocen en primera instancia y el Consejo de Estado en última, de los juicios referentes a las elecciones de Diputados a las Asambleas, de Concejeros Municipales, así como de las elecciones o nombramientos hechos por las mismas entidades, o por el Gobernador y demás autoridades, funcionarios o corporaciones del orden departamental, municipal o de una intendencia o comisaría".

Siendo el acto administrativo acusado proferido por un funcionario del orden distrital, aunque sea del Distrito Especial de Bogotá, no es competente para conocer de él el Consejo de Estado sino el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Por consiguiente, se ha dado la causal de nulidad procesal consagrada en el ordinal 1o. del artículo 113 del C.C.A. en armonía con lo dispuesto en el artículo 152 del C. de P.C. en su numeral 2o.

Por lo expuesto se concluye que debe decretarse la nulidad procesal solicitada por la señora Fiscal del Consejo de Estado y ordenarse la remisión del proceso al Tribunal competente de conformidad con lo previsto en el artículo 140 del C. de P.C. en concordancia con el 282 del C.C.A.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, resuelve:

Declárase nulo el procedimiento adelantado en el presente juicio desde la admisión de la demanda inclusive, por falta de competencia del Consejo de Estado para conocer del acto administrativo acusado.

Ejecutoriada esta providencia, envíese el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que le dé el trámite legal correspondiente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintinueve de abril de mil novecientos ochenta y tres.

Mario Enrique Pérez V., Jacobo Pérez Escobar, Samuel Buitrago Hurtado, Roberto Suárez Franco.

Darío Quiñones Pinilla. Secretario.

ELECTORALES. DESISTIMIENTO. COADYUVANTES E IMPUGNADORES. Art. 43 Ley 85 de 1981. Interpretación.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, D.E. mayo trece de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Actor: **Hugo Escobar Sierra**

Referencia: Expediente No. 11.006

En extenso escrito que antecede, el ciudadano Rafael Enrique Aldana Bustamante, constituido en parte impugnadora dentro de la segunda instancia del proceso de la referencia, solicita lo siguiente:

a) Que se acepte el desistimiento del recurso extraordinario de súplica por él interpuesto; y

b) Que se decrete la nulidad de todo lo actuado por incompetencia de la Sección Falladora en segunda instancia, la Cuarta, pues, en su concepto, la competencia señalada en la Ley 85 de 1981, correspondía a la Sección Primera que ya conocía de otros cuatro procesos relativos a la misma circunscripción electoral del Departamento del Magdalena.

Para resolver se considera:

I. EL DESISTIMIENTO

a) Conforme al Artículo 46 de la Ley 85 de 1981, tal ley y las disposiciones de la Ley 28 de 1979, "articulándolas para formar con ambas un solo estatuto electoral, previo dictamen del Consejo de Estado", conforman el Código Electoral y regulan, por lo mismo, íntegramente la materia:

b) Dispone el artículo 43 de la Ley 85, citada, que "*es improcedente el desistimiento de las coadyuvancias o impugnaciones de las pretensiones de la demanda*", lo que implica: 1) que ni en primera ni en segunda instancia, pueden los coadyuvantes o impugnadores desistir de sus actuaciones o intereses de partes "adhesivas" o "secundarias", pues es con la sentencia de segunda instancia, como se cierra el proceso sobre "las pretensiones" deducidas en el libelo inicial del litigio, como que es tal fallo el llamado por la ley a hacer tránsito a cosa juzgada; 2) que, "*a contrario sensu*", las partes principales, los demandantes o los demandados, sí pueden desistir, los primeros de sus pretensiones, recursos o pruebas y los segundos, de sus oposiciones, excepciones, defensas, pruebas y recursos; 3) terminado el proceso con la sentencia de segunda o única instancia, de los recursos extraordinarios sí pueden desistir quienes los hayan interpuesto, sean partes principales o adhesivas, pues lo que está *sub-judice*, no es la pretensión deducida en el libelo inicial del litigio, como sí lo está en los recursos ordinarios, —simple prolongación del derecho de acción— sino la legalidad de la sentencia llamada a hacer tránsito a cosa juzgada, como sucede en todos los recursos extraordinarios o acciones de impugnación originarios de un "Iudicium Rescindens" y solo consecuencial-

mente y no siempre, de un "Iudicium Rescisorium"; 4) Lo anterior indica que admisible el desistimiento formulado y así habrá de declararse.

II. LA NULIDAD PROPUESTA

La irregularidad alegada como nulidad, se predica de la totalidad de la segunda instancia y obviamente, es el juez de tal instancia, quien debe decidirla de plano o tramitarla incidentalmente en su caso.

Por lo que se ordenará que en firme esta providencia, vaya el expediente a la Sección 4a. de esta Corporación, para los efectos de la nulidad propuesta.

Por lo expuesto, se resuelve:

Primero: Acéptase el desistimiento del recurso extraordinario de súplica propuesto por el mismo memorialista contra la sentencia proferida el 11 de marzo de 1983, por la Sección Cuarta de esta Corporación en el proceso electoral adelantado por el ciudadano Hugo Escobar Sierra.

Segundo: En firme esta providencia, vuelva el expediente a la Sección Cuarta de la Corporación, para los efectos de la nulidad procesal propuesta.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Valencia Arango.

Darío Quiñones Pinilla. Secretario general.

ELECTORALES. AGENTES DEL MINISTERIO PUBLICO COMO DEMANDANTE. CADUCIDAD. EXCEPCION. No está sujeta a término de caducidad. Decreto 2898 de 1953. Aplicación exclusiva para empleados y funcionarios de la Rama Ejecutiva o Administrativa.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, D.E. mayo diecinueve de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Actor: **César Duque Villegas**

Referencia: Expediente No. 1.018 Electoral

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el señor Fiscal del Tribunal Fallador y coadyuvado por el actor, Procurador Regional de Florencia, contra el auto de 22 de marzo de 1983 proferido por el Tribunal Administrativo del Caquetá y por el cual se rechazó, *in limine*, la demanda formulada por el Procurador Regional contra el acto de nombramiento del Dr. Nelson Daniel Valencia Méndez, como Alcalde Especial de Florencia, por considerar que ya había caducado la acción electoral pertinente.

I. LA PROVIDENCIA APELADA

Dice así:

"Como hechos de la acción señala los siguientes:

1. La Honorable Asamblea Departamental en sesión del 12 de febrero de 1982, designó como Subcontralor del Departamento al doctor Nelson Daniel Valencia Méndez, quien tomó posesión del cargo ante el Gobernador el 9 de mayo de 1982 y ejerció el cargo hasta el 9 de septiembre del mismo año, fecha en la que le fue aceptada su renuncia.

"2. Desde el 6 de septiembre de 1982 el señor Gobernador lo había nombrado Alcalde Especial de Florencia, Caquetá, tomando posesión del cargo ante su nominador el 10 de septiembre del citado año, desempeñándose como tal hasta la fecha.

"3. A tenor de lo dispuesto por el artículo 7o., del Decreto 1713 de 1960, establece que: "Los funcionarios de la Contraloría General de la República o de las Contralorías Departamentales y Municipales que hayan ejercido el control público de entidades oficiales o semioficiales o de empresas públicas descentralizadas, no podrán ser nombrados, ni prestar sus servicios en ellos, sino después de un año de producido su retiro del organismo fiscalizador".

"4. La Contraloría del Caquetá audita las cuentas del Municipio de Florencia desde el 16 de abril de 1982 y no obstante lo anterior pasó el citado funcionario a representar al ente auditado a la terminación del control, violándose ostensiblemente la disposición transcrita.

"5. Planteadas las cosas, dice el accionante, "el nombramiento del Alcalde *no podía hacerse* y por ende la designación estuvo viciada de nulidad, al contrariar una disposición expresa de la Ley".

"NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE SU VIOLACION

"Dentro de los hechos enunciados en su libelo, señala como única norma violada el artículo 7o. del Decreto 1713 de 1960 y en ellos su concepto de violación cuando señala expresamente: "La Contraloría General del Caquetá, audita las cuentas del Municipio de Florencia desde el 16 de abril de 1982, lo que implica que el doctor Valencia Méndez tuvo a su cargo el control público del ente municipal hasta el día de su desvinculación de Contraloría".

"No obstante lo anterior, pasó a representar al ente auditado al día siguiente de la terminación del control, con lo que ostensiblemente se pretermitió la disposición legal transcrita...".

"Antes de entrar a resolver acerca de la admisión de la demanda presentada por el señor Procurador Regional de Florencia, la Corporación entra a hacer las siguientes

"CONSIDERACIONES:

"Dentro del libelo de la demanda, el accionante, en su acápite titulado, excepción en beneficio de la Procuraduría, nos transcribe el artículo 9o. del

Decreto 2898 de 1953, con el cual quiere demostrar a esta Corporación que los Procuradores Regionales pueden incoar la acción allí prescrita, en cualquier tiempo, razón por la cual no operaría la limitación del artículo 209 del C.C.A. que se refiere al término de caducidad de la acción electoral.

"Veamos cuál es la interpretación y sentido que el Tribunal le da a las normas señaladas por el señor Procurador Regional.

"En primer lugar, el C.C.A., ley 167 de 1941, establece que podrán ser acusados ante el Consejo de Estado y los Tribunales, según las reglas de competencia señaladas en los dos capítulos anteriores, esto es capítulos V y VI del mismo ordenamiento, los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, los ministros y demás funcionarios y empleados o personas administrativas, por motivos de inconstitucionalidad e ilegalidad (art. 62) lo mismo que las ordenanzas y demás actos de las Asambleas, los Decretos, Resoluciones y otros actos de los Gobernadores por los mismos motivos y además por violación de las ordenanzas (Art. 63).

"Atendiendo a lo ordenado por las normas indicadas anteriormente, los capítulos a que hacen referencia las mismas disposiciones, V y VI se refieren a la competencia que tiene tanto el Consejo de Estado como los Tribunales Seccionales en razón a la naturaleza del asunto y su cuantía, desde luego que, las reglas de competencia indicadas deberán complementarse con las señaladas en el Decreto 528 de marzo 4 de 1964, artículos 30 y 32 del mismo Decreto.

"Según lo expuesto por la Corporación, dentro de las reglas de competencia señaladas para el conocimiento de los Tribunales Seccionales, compete al Tribunal Administrativo del Caquetá conocer de los juicios electorales en la forma establecida en el Capítulo XX del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con lo preceptuado en la Ley 28 de 1979 y la ley modificatoria 85 de diciembre 21 de 1981.

"El Capítulo XX, del Título IV, juicios electorales, en su artículo 191 del C.C.A., le señala competencia a este Tribunal para que conozca y desate las impugnaciones hechas contra "las elecciones de diputados a las Asambleas, de Concejos Municipales, elecciones o nombramientos hechos por las mismas entidades, o por el Gobernador y demás autoridades, funcionarios o corporaciones del orden Departamental, Municipal o de una Intendencia o Comisaría".

"Sobre este primer tópico se puede concluir que cuando se demanda un nombramiento efectuado por el señor Gobernador, como en el presente caso, el señor Alcalde de Florencia, el procedimiento aplicable es el de un juicio electoral.

"En segundo lugar, para poder decidir sobre la admisión de la acción impetrada, es del caso precisar también, si conforme a las normas citadas por la Procuraduría Regional, ésta actuó con su acción dentro del término de caducidad señalado para la clase de acción iniciada contra el acto de nombramiento del señor Alcalde Especial de esta ciudad capital.

"Estudiando los vocablos utilizados en el artículo 9o. del Decreto 2898 de 1953, se pueden hacer las siguientes precisiones:

"La disposición citada dice textualmente: "Artículo noveno. La Procuraduría podrá en cualquier tiempo, exigir la comprobación de las condiciones personales determinadas en la ley para el ejercicio de un cargo, siempre que no hubieren sido previamente calificadas. Igualmente deberá pedir a quien corresponda, en cualquier tiempo, la declaración de nulidad de todo nombramiento que hubiere sido hecho contra la ley".

"Según esta disposición, cuando se trata de las condiciones personales del nombrado, es decir de los requisitos personales exigidos por la Constitución o la ley para el desempeño de un cargo, le corresponde a la Procuraduría General, en cualquier tiempo, iniciar la acción de nulidad del acto, cuando carezca el funcionario de las calidades exigidas por la ley.

"Aquí se señala una excepción a la regla especial contemplada en materia de caducidad en la Ley 28 de 1979, artículo 167, pero cuando la causa invocada que afecta de nulidad el acto de nombramiento se refiere a los requisitos mínimos legales o constitucionales exigidos para el desempeño del cargo; lo mismo que cuando se trata de funcionario inelegible o por impedimento para ser elegido, conforme lo expresa el artículo 202 del C.C.A. ya que jurisprudencialmente se ha sostenido que equivale lo mismo carecer de un requisito que tener un impedimento para ocupar el cargo. (Sentencia de febrero 7 de 1946, T. LVII, números 362-363, pag. 29).

"A primera vista se observa que la Procuraduría Regional al incoar la presente acción lo hizo en oportunidad, ya que al tenor de la norma invocada su impugnación la puede hacer en cualquier tiempo, es decir, sin sujeción al término señalado en el artículo 167 de la Ley 28 de 1979.

"Según la solicitud formulada por el doctor Horacio Cabrera al señor Procurador Regional para que impetrara la acción de nulidad, el espíritu de la misma se encaja en la conclusión anterior señalada por la Corporación; sin embargo, esta precisión aparentemente correcta tiene su variante y excepción conforme a claras disposiciones legales, las que entraremos a estudiar:

"El artículo 209 del C.C.A., modificado por el artículo 167 de la Ley 28 de 1979, establece que el término para presentar las demandas electorales será de veinte días contador a partir del siguiente al en que se verifique el acto por medio del cual la elección se declara.

"La regla del artículo 209 del C.C.A., tiene dos excepciones consagradas por el artículo 4o,. de la Ley 12 de 1945 cuando se trata de funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público y de parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, por cuanto la acción contra la elección de esta categoría de funcionarios no está sometida al término de los diez días (hoy 20 días) porque se puede interponer en cualquier tiempo. Así lo ha sostenido el Honorable Consejo de Estado, en auto de fecha 12 de agosto de 1972, que dice: "La regla del artículo 209 del C.C.A. tiene dos excepciones consagradas por el 4o. de la Ley 12 de 1945, respecto de los nombramientos de funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público y de parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, cuya acusación puede hacerse en cualquier tiempo. Y según el artículo 7o. de la misma ley, en estos casos, a diferencia de lo que ocurre en todos los juicios electorales, procede la suspensión provisional".

"Cree la Corporación, que la acción invocada por el actor es la correcta, pero la vía procesal utilizada del juicio electoral la efectuó fuera del término legal, por cuanto la elección o nombramiento recaído en la persona del doctor Nelson Daniel Valencia Méndez, se ejecutó fuera del término legal, en razón a que por tratarse de funcionario diferente a funcionarios de la rama jurisdiccional y ministerio público, no le es aplicable la excepción consagrada en la Ley 12 de 1945 para que se pudiera considerar aplicable la no caducidad de la acción en el presente asunto.

"Ciertamente el Decreto 2889 de 1953 en su artículo 9o., establece que en cualquier tiempo el Procurador puede solicitar la nulidad de los nombramientos hechos con violación de la ley, pero teniendo en cuenta que la causal invocada se refiera a la carencia de los requisitos o condiciones personales del empleado nombrado pero referido a los funcionarios de la rama jurisdiccional o ministerio público, por existir expresa disposición legal que lo autoriza y no a otra clase de funcionarios.

"Huelga además afirmar, que las normas de carácter procedimental son de obligatorio e inmediato cumplimiento por ser normas de orden público, razón más que suficiente para que el señor Procurador Regional se someta a las solemnidades procesales de cada juicio.

"Un tercer y último aspecto relacionado con el juicio que se estudia, hace referencia al conocimiento que tuvo esta corporación sobre el mismo asunto y en el cual se utilizó la vía procesal de la acción pública de nulidad, con ocasión de la demanda presentada por el ciudadano Angel Ricardo Acosta contra el nombramiento del señor Alcalde Especial de la ciudad de Florencia.

Mediante acción pública de nulidad, el referido ciudadano demandó el nombramiento del doctor Nelson Daniel Valencia Méndez como Alcalde de Florencia ante esta Corporación el día 11 de enero del año en curso para que se declarara nulo su nombramiento, hecho por el señor Gobernador del Departamento el día 1o. de septiembre de 1982, del cual tomó posesión el 10 del mismo mes y año.

"Repartido el negocio y efectuado el estudio correspondiente se proyectó el auto interlocutorio de rechazo de la demanda por haberse presentado fuera del término de caducidad de los 20 días del proceso electoral, providencia que fue acogida en Sala Plena por los Magistrados de la Corporación.

"La decisión tomada por la Sala Plena del Tribunal fue legalmente notificada, la que no fue objeto de los recursos legales procedentes contra la citada providencia, dándose en el presente caso la presunción de cosa juzgada.

"En esa oportunidad este Tribunal, al igual que en la presente no se pronunció de fondo sobre la pretensión del actor, la que fundada en el hecho de haberse proferido el nombramiento del señor Alcalde Especial por parte del señor Gobernador, en persona que se hallaba impedida para ocupar tal cargo al tenor de lo dispuesto en el Artículo 7o. del Decreto 1713 de 1960". (fls. 50 a 57).

"La disposición citada dice textualmente: "Artículo noveno. La Procuraduría podrá en cualquier tiempo, exigir la comprobación de las condiciones personales determinadas en la ley para el ejercicio de un cargo, siempre que no hubieren sido previamente calificadas. Igualmente deberá pedir a quien corresponda, en cualquier tiempo, la declaración de nulidad de todo nombramiento que hubiere sido hecho contra la ley".

"Según esta disposición, cuando se trata de las condiciones personales del nombrado, es decir de los requisitos personales exigidos por la Constitución o la ley para el desempeño de un cargo, le corresponde a la Procuraduría General, en cualquier tiempo, iniciar la acción de nulidad del acto, cuando carezca el funcionario de las calidades exigidas por la ley.

"Aquí se señala una excepción a la regla especial contemplada en materia de caducidad en la Ley 28 de 1979, artículo 167, pero cuando la causa invocada que afecta de nulidad el acto de nombramiento se refiere a los requisitos mínimos legales o constitucionales exigidos para el desempeño del cargo; lo mismo que cuando se trata de funcionario inelegible o por impedimento para ser elegido, conforme lo expresa el artículo 202 del C.C.A. ya que jurisprudencialmente se ha sostenido que equivale lo mismo carecer de un requisito que tener un impedimento para ocupar el cargo. (Sentencia de febrero 7 de 1946, T. LVII, números 362-363, pag. 29).

"A primera vista se observa que la Procuraduría Regional al incoar la presente acción lo hizo en oportunidad, ya que al tenor de la norma invocada su impugnación la puede hacer en cualquier tiempo, es decir, sin sujeción al término señalado en el artículo 167 de la Ley 28 de 1979.

"Según la solicitud formulada por el doctor Horacio Cabrera al señor Procurador Regional para que impetrara la acción de nulidad, el espíritu de la misma se encaja en la conclusión anterior señalada por la Corporación; sin embargo, esta precisión aparentemente correcta tiene su variante y excepción conforme a claras disposiciones legales, las que entraremos a estudiar:

"El artículo 209 del C.C.A., modificado por el artículo 167 de la Ley 28 de 1979, establece que el término para presentar las demandas electorales será de veinte días contador a partir del siguiente al en que se verifique el acto por medio del cual la elección se declara.

"La regla del artículo 209 del C.C.A., tiene dos excepciones consagradas por el artículo 4o,. de la Ley 12 de 1945 cuando se trata de funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público y de parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, por cuanto la acción contra la elección de esta categoría de funcionarios no está sometida al término de los diez días (hoy 20 días) porque se puede interponer en cualquier tiempo. Así lo ha sostenido el Honorable Consejo de Estado, en auto de fecha 12 de agosto de 1972, que dice: "La regla del artículo 209 del C.C.A. tiene dos excepciones consagradas por el 4o. de la Ley 12 de 1945, respecto de los nombramientos de funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público y de parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, cuya acusación puede hacerse en cualquier tiempo. Y según el artículo 7o. de la misma ley, en estos casos, a diferencia de lo que ocurre en todos los juicios electorales, procede la suspensión provisional".

b. Notifíquese a las demás partes por edicto que durará fijado por cinco días (numeral 1o., artículo 40 Ley 85 de 1981).

c) Fíjese en lista por el término de cinco días, una vez surtidas las notificaciones ordenadas.

d) Previénese a las partes para que dentro del término de fijación en lista soliciten las pruebas que estimen conducentes.

Segundo: Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Valencia Arango, (Presidente de Sección), **Jorge Dangond Flores, Eduardo Suescún Monroy, Carlos Betancur Jaramillo.**

Darío Quiñones Pinilla. Secretario General.

Se deja constancia que la presente providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

ELECTORALES. INHABILIDADES CONCEJALES. Art. 7o. Ley 89/36.

EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES. Los miembros de la Junta Directiva de las Empresas Públicas Municipales, vinculados al ejercicio de funciones administrativas y, por lo tanto, administradores de servicios, están sometidos a las responsabilidades, incompatibilidades y prohibiciones establecidas por la ley.

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D.E., mayo diecisiete (17) de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Jorge Dangond Flores**

Actor: **José Guillermo Contreras Gacharná y otros**

Referencia: Expediente No. 11.001

Cumplido el trámite correspondiente, se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Narciso José Matus Torres y Hélida Murillo de Cuero y por el Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Villavicencio contra la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Meta:

I

A) En demandas presentadas por Alfredo Gutiérrez Puentes y José Guillermo Contreras se pidió la declaración de nulidad de la elección de Narciso José Matus Torres y Hélida Murillo de Cuero (Expediente 1579) y de Jubel

Darío Castell Pérez (Expediente 1584) y Carlos Duarte Torres (Expediente 1585) como Concejales del Municipio de Villavicencio para el periodo 1982-1984.

B) Los procesos se acumularon en la oportunidad legal y con fecha 24 de noviembre de 1982 el *a quo* decidió:

"*Primero*: Es nulo el acto administrativo del 16 de marzo de 1982, contenido en las actas parciales de escrutinios generales de los votos para concejales de Villavicencio, en cuanto escrutó y declaró la elección del señor Narciso José Matus Torres y de la señora Hélida Murillo de Cuero, como concejales principales por el partido conservador popular Belisarista para el período 1982-1984.

"*Segundo*: Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad, se ordena la cancelación de las credenciales expedidas al señor Narciso José Matus Torres y a la señora Hélida Murillo de Cuero, a quienes reemplazarán en su orden el señor Tito Alberto Castro Barreto y la señora Gabriela Calderón,

"*Tercero*: En firme esta sentencia désele aplicación al artículo 37 de la Ley 85 de 1981.

"Niéganse las demás peticiones contenidas en las demandas de los juicios acumulados 1584 y 1585".

C) Contra la sentencia interpusieron recurso de apelación, oportunamente, el apoderado de Narciso José Matus Torres y Hélida Murillo de Cuero y el Fiscal del Tribunal "en cuanto se refiere a la nulidad de la credencial de Concejal del señor Matus Torres" y por ello el estudio se limitará a la decisión correspondiente al proceso radicado en el Tribunal bajo el No. 1579.

D) La providencia del Tribunal se motivó así:

"Esta demanda fue impugnada por el doctor Jorge Alberto Matus quien plantea la excepción de falta del presupuesto procesal de demanda en forma de la cual se ocupa la Sala inmediatamente para decir:

"Las excepciones propuestas no pueden prosperar, porque innegablemente del contexto de la demanda se deduce, se aprecia y se establece que lo que se demanda es la nulidad del acto administrativo contenido en el acta parcial del escrutinio general de votos que les dio como resultado las credenciales que les fueron expedidas a Hélida Murillo de Cuero y Narciso José Matus Torres como Concejales Principales por el Partido Conservador en Villavicencio.

"Entiéndase que al decir del señor apoderado del actor: "Demando ante el honorable Tribunal Administrativo del Meta, en ejercicio de las facultades derivadas del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941) la nulidad de la elección de Concejales del Municipio de Villavicencio para el período 1982-1984 recaída en los señores Narciso José Matus Torres y Hélida Murillo de Cuero 1o. y 2o. renglón de la lista respectivamente, de acuerdo con la declaratoria de Concejales electos hecha por la Comisión Escrutadora de la ciudad de Villavicencio, mediante acta contenida en formulario E-37 A, (diez folios), de la Registraduría Nacional del Estado Civil, de

fecha marzo 18 de 1982", se está demandando el acto administrativo que le dio vida jurídica a las credenciales y que si bien es cierto la demanda adolece de una verdadera técnica jurídica, tampoco es lo menos que a ella debe dársele todo su valor porque en el fondo ella busca el fin propuesto que lo repite y lo acomoda en todo el libelo.

.....

"Los demandantes han planteado, y así lo entiende el Tribunal, la nulidad de los actos administrativos contenidos en las actas parciales de escrutinios generales de los votos para Concejales del Municipio de Villavicencio llevados a cabo el día 16 de marzo de 1982, con base en el artículo 7o. de la Ley 89 de 1936 y el artículo 108 de la Constitución Nacional, arguyendo para unos (Hélida Murillo de Cuero y Narciso José Matus Torres) el hecho de pertenecer o ser administradores de servicios públicos municipales y para otros (Jubel Darío Castell Pérez y Carlos Duarte Torres) el de ser funcionarios que seis meses antes de la elección ejercían jurisdicción o autoridad civil.

"El texto del artículo 7o. de la Ley 89 de 1936 es del siguiente tenor:

"Artículo 7o. Desde la sanción de la presente ley, ningún contratista de Obras Públicas Municipales, ni sus apoderados, podrán ejercer el cargo de Concejero Municipal, mientras conserven el carácter de contratista o apoderado.

"Dichas personas y los administradores de servicios públicos municipales no podrán ser elegidos Concejales Municipales".

"De los elementos probatorios allegados al proceso tenemos que el señor Narciso José Matus Torres, era miembro de la Junta de Hacienda del Municipio de Villavicencio para la época en que de acuerdo con la ley no debía serlo si quería ser apto no solo para la inscripción sino también para ser declarado electo Concejal de Villavicencio.

"Los elementos de juicio que conforman el proceso son de una claridad meridiana y pregonan sin equívocos que el señor Matus Torres infringió ostensiblemente la norma legal reseñada porque dentro de los seis meses anteriores a su elección como Concejal de Villavicencio perteneció como ya se dijo a la Junta de Hacienda Municipal en su calidad de miembro principal en representación del Concejo mismo, entidad que precisamente tiene como funciones las muy precisas y determinadas de manejar la política económica del Municipio. No son pues sus miembros simples consultores o consejeros, ellos toman determinaciones de tal monto que sin su anuencia la Hacienda Pública Municipal no funciona o es inocua.

"Y entonces mirando desde este ángulo a los citados componentes de ella tenemos que son personas que emiten actos administrativos de una importancia por demás incuestionable y por esta circunstancia hay que tomar el encargo por su actividad obvia, es decir, la de personas que en unión de todos los demás miembros toman decisiones que implican necesariamente el funcionamiento de ese órgano motriz de la administración pública que por algo fue creado y sin el cual legalmente el aspecto económico del Municipio quedaría casi paralizado.

"De manera que si lo que se persigue con justa razón y razonado empeño dentro del estado de la democracia es que todos por igual tengan las mismas garantías cuando aspiran a los cuerpos colegiados, no se puede sin menoscabo de la ley, que unos se favorezcan con posiciones privilegiadas, desde donde se maneja la economía municipal, por ejemplo, mientras que otros están en una desigualdad protuberante a la cual el Estado no puede ser indiferente si se quiere preservar la pureza del sufragio pilar fundamental de la verdadera democracia.

"Tenemos pues en síntesis que la disposición contenida en el artículo 7o. de la Ley 89 de 1936 persigue dos finalidades fundamentales de moralización administrativa:

"1o. Impedir que en la persona del elegido como personero del interés público concurra en interés privado que pueda desviar su ánimo por consideraciones ajenas y hasta contrarias al bien común, y

"2o. Evitar que la persona a cuyo cargo esté la ejecución de un contrato con la administración municipal, del cual pueda derivarse eventualmente alguna situación de privilegio, pudiese utilizarla, colocándose en condiciones de ventaja para la competencia democrática.

"Las razones expuestas las considera suficientes la Sala para despachar favorablemente las peticiones de la demanda no solo en cuanto tiene que ver con el señor Narciso José Matus Torres sino también con la Concejal señora Hélida Murillo de Cuero, dado el hecho de que la citada dama cuando fue elegida Concejal de Villavicencio hacía parte de la Junta Directiva de las Empresas Públicas en su calidad de principal.

"La diversidad de disposiciones que conforman los estatutos de las Empresas Públicas de Villavicencio (Acuerdos números 028, 023, 028, 015, 026, 006 de los años 1963, 1965, 1967, 1975 y 1976 respectivamente) nos dan una clara y transparente idea de las importantes funciones de la Junta Directiva que se establecen en un cúmulo de literales que comprenden desde la elección del Gerente General hasta la creación de los empleos que se juzguen necesarios para el conveniente funcionamiento del establecimiento y señalar sus funciones y suprimir y refundir empleos.

"Al respecto el Honorable Consejo de Estado en diferentes oportunidades se ha expresado de la siguiente manera: "Los miembros de las Juntas Directivas de entidades descentralizadas, cualquiera que sea el orden a que pertenezcan, ejercen autoridad en el sentido y alcance señalados en la sentencia transcrita, por cuanto dirigen y administran por lo general un servicio público, adoptan las plantas de personal de la entidad, así como los planes de las mismas, aprueban la celebración de contratos, en algunos casos designan ciertos funcionarios, expiden los estatutos del organismo, en fin ejercen un conjunto de funciones propias de quienes detentan autoridad, lo que implica la posibilidad de ejercer influencia, en beneficio personal, sobre los usuarios del servicio público prestado por la entidad". (Consejo de Estado, sentencia, noviembre 30 de 1981)".

— II —

A. En la oportunidad procesal, la parte impugnadora se refirió a la diferencia que existe entre Establecimientos Públicos y Juntas y expresó:

"Dentro de nuestro ordenamiento, el origen histórico de este tipo de Juntas se remonta a la Ley 4a de 1913 que en su artículo 331 dispone: "La Administración Nacional y las del Departamento, Provincia y Municipio, pueden auxiliar sus trabajos con el concurso de Juntas o Comisiones patrióticas, en ramos especiales, y en su caso pueden dotar los empleados subalternos que dichas Juntas o comisiones necesiten".

"Como es evidente, no se trata de una división administrativa, ni de una nueva organización estatal o conformación de un ente típico del cual se puedan deducir actuaciones administrativas. Simplemente se respondía al sano criterio olvidado después por tanto tiempo, de que los ciudadanos por el sólo hecho de su condición cívica, tienen un deber de colaboración, o "auxilio" para con la administración de la cual ellos hacen parte necesaria como sujetos gobernados. En el estupendo estilo de los antiguos redactores de nuestras leyes, hoy también ya harto olvidado no da pena decir, e incluso se dice con orgullo, que se trata de una "comisión patriótica".

"Pero es más, desde el punto de vista estrictamente técnico dichas Juntas no tienen el carácter de establecimiento ni administran el servicio por medio de actos que creen o desconozcan derechos subjetivos de los particulares y mucho menos que con fuerza legal creen situaciones de carácter general o reglamentaria. El derecho desde tiempo inmemorial, con simple sentido común distingue entre "consejo" y "orden" de modo que reserva este último tipo de Directivas para lo que es estrictamente jurídico. Y frente a las órdenes, o mandatos, en un estado de derecho se reservan todas las acciones en defensa de los interesados que puedan encontrar vulnerados sus derechos. No ocurre lo mismo frente a los Consejos y asesorías pues si ellos no pueden crear ni una situación general ni individual, ¿por qué habría de establecer el derecho una oposición frente a lo que de otro modo ha sido un concurso que el ciudadano ha prestado? Por sutil que parezca este punto, o simplemente doctrinario, tiene consecuencias prácticas de indudable valor. El demandante no ha connotado un sólo acto de la Junta que constituya el ejercicio de un imperio frente a los ciudadanos y mal podría citar cuando los consejos y la labor de la asesoría de la Junta no se traducen en actos administrativos que obliguen a los ciudadanos. Y si lo anterior es así, mal fundamentada está la retórica que dice objetar la elección de un miembro de la Junta porque tenga privilegios o ventajas cuando en el fondo no ha hecho sino prestar un auxilio, cumplir con un deber cívico o como dice en forma insuperable el legislador de 1913, ofrecer su concurso en "una comisión patriótica".

B. El Ministerio Público expuso en esta instancia:

"Dos son los temas del debate que nos ocupa:

"1o. Excepción de ineptitud de la demanda

"2o. Inhabilidad de los señores Narciso Matus y Hélida Murillo de Cuero, para ser elegidos como concejales del municipio de Villavicencio.

"Nos referimos por separado a cada uno de ellos.

"1o. *Excepción de ineptitud de la demanda.*

"La excepción propuesta por las partes impugnadoras se fundamentó en dos aspectos: defectos formales de la demanda y trámite equivocado.

"Los defectos formales de la demanda según el proponente consisten en haber solicitado la nulidad de la elección de los concejales cuando lo jurídico es solicitar la nulidad del acto declarativo de la elección y el trámite equivocado radica en haber citado el artículo 66 del C.C.A., que consagra la acción simple de nulidad cuando el trámite adecuado es el especial señalado en los artículos 189 y ss. del mismo código.

"Defectos formales. La jurisprudencia ha señalado que en el sistema contencioso electoral que regula el Código Contencioso Administrativo, la acción de nulidad electoral solo cabe contra el acto por medio del cual se declara la elección, de manera tal que si se demanda acto diferente, la acción no sería eficaz al resultado que con ella se persigue y por tanto no estaría llamada a prosperar.

"Esta doctrina sin embargo no es aplicable al caso controvertido, como quiera no se trata de un vicio que afecte el escrutinio y por consiguiente el acto de declaración de la elección, sino de la inhabilidad del candidato por razón de una causal que constituye, según el actor, impedimento para ser elegido. En este evento, el legislador claramente dispuso en el artículo 202 del Código Contencioso Administrativo:

"Cuando un candidato no reúne las condiciones constitucionales o legales para el desempeño de un cargo, fuere inelegible o tuviere algún impedimento para ser elegido, podrá pedirse la *nulidad de la elección* hecha en su favor y la cancelación de la respectiva credencial ante la jurisdicción contencioso administrativa". (Subraya la Fiscalía).

"Pero si aún, en gracia de discusión se consideran imprecisos los términos de la demanda, tal imprecisión no afecta en nuestro sentir la relación jurídica en forma tal que no pueda producir sus efectos, toda vez que como lo entendió el Tribunal de instancia, el contexto de la pretensión indica claramente que el objetivo de la acción es la nulidad de la declaratoria de elección acusada.

"Efectivamente se lee en la demanda: "Demando ante el Honorable Tribunal Administrativo del Meta... la nulidad de la elección de concejales del municipio de Villavicencio... de acuerdo con la declaratoria de concejales electos hecha por la comisión escrutadora de la ciudad de Villavicencio, mediante acta contenida en formulario E37-A (diez folios) de la Registraduría Nacional del Estado Civil, de fecha marzo 18 de 1982".

"Estas someras consideraciones nos llevan a conceptuar que el fenómeno impeditivo del pronunciamiento de fondo no existe.

Trámite equivocado. La acción electoral es una acción pública de nulidad reglamentada especialmente por las normas de procedimiento contenidas en el capítulo XX del Código Contencioso Administrativo bajo el título "De los juicios Electorales".

"Ello implica que la nulidad de una elección o nombramiento deba tramitarse por este especial procedimiento, no por el ordinario a que se refieren los artículos 124 a 139 del Código Contencioso Administrativo.

"La excepción propuesta empero, no tiene ningún respaldo en el expediente, como quiera que el demandante hizo mención expresa en su libelo de los artículos 189 y siguientes (capítulo XX) del Código Contencioso Administrativo, Ley 28 de 1979 y Ley 85 de 1982 (sic), con lo cual señaló sin lugar a dudas la vía jurisdiccional intentada. La cita inicial que hace el actor del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo no es en forma alguna indicativa del procedimiento a seguir, pues esta norma consagra la acción genérica de nulidad (contra actos administrativos de la órbita municipal), y dentro de este género encontramos el juicio especial electoral. Tampoco encontramos comprobada esta excepción.

"2o. Inhabilidad de los señores Narciso Matus y Hélida Murillo de Cuero.

"Sostiene la jurisprudencia que en materia electoral la elegibilidad es la regla general y la inelegibilidad la excepción y por consiguiente, los motivos de inhabilidad deben estar señalados expresamente en la Constitución o la ley y deben aplicarse en forma restrictiva.

"La demanda cita como fundamento de derecho del ejercicio de la acción el artículo 7o. de la Ley 89 de 1936 que prescribe:

"Desde la sanción de la presente ley, ningún contratista de obras públicas municipales, ni sus apoderados, podrán ejercer el cargo de Concejeros Municipales mientras conserven el carácter de contratistas o apoderados".

"Dichas personas y los administradores de servicios municipales, no podrán ser elegidos Concejeros Municipales".

"Queda así adicionado el artículo 172 de la Ley 4a de 1913".

"Como el concepto de la violación está referido al segundo inciso, nos ocuparemos de él.

"Según la doctrina el servicio público es una parte muy importante de la actividad administrativa pero no abarca toda la actividad del Estado. Son varios los criterios a seguir para definir el servicio público y para identificar la actividad que puede obtener este calificativo, pero los que nos llevan a unas mayor precisión son los caracteres de los servicios que proporcionan prestaciones concretas individuales que no solamente satisfacen al individuo sino al interés general.

"La Constitución Nacional en varias de sus normas emplea expresiones de servicio público" y "servicios públicos" unas veces en sentido amplio y general que incluye la totalidad de la actividad estatal y otra en sentido restringido respecto a actividades determinadas de satisfacción de necesidades concretas. En este segundo sentido encontramos los artículos 18, 39 y 182 de la Carta, este último de mayor interés en el caso sometido a estudio, por tratarse de la determinación de los servicios que de acuerdo con la ley corresponden a los municipios, o lo que podemos denominar servicios públicos municipales.

"El artículo 7o. de la Ley 89 de 1936 no es explícito al consagrar la prohibición, pues no precisa su alcance en cuanto al concepto de servicios públicos, pero por interpretación concordante con el artículo 182 de la Constitución y teniendo en cuenta que se trata de una inhabilidad o regulación prohibitiva, estimamos debe aplicarse en el sentido restrictivo, no en el amplio de la actividad estatal completa.

"Tendríamos entonces que estarían inhabilitados y serían por ello inelegibles los administradores de servicios públicos a cargo del municipio, en la medida en que proporcionen prestaciones concretas a los administrados para satisfacer no solamente sus necesidades sino el interés colectivo.

"En segundo término, debemos anotar que establecida por el artículo 7o. de la Ley 89 de 1936 la prohibición de ser elegido como concejeros municipales los administradores de servicios públicos, sin especificar que la inhabilidad deviene de haber tenido tal calidad con anterioridad a la elección, como sí lo hacen otras disposiciones que regulan —inhabilidades similares, cabe entender que el ejercicio de la función de administrador tiene que ser coetáneo con la fecha de la elección para que surja la inelegibilidad y que el ejercicio anterior a la elección no inhabilita para someterse al voto popular.

"Mencionadas estas premisas, entraremos a analizar si el vicio que por inhabilidad se invoca aparece comprobado respecto a las elecciones de los señores Matus Torres y Murillo de Cuero.

"Inhabilidad del señor Matus Torres.

"La demanda presenta como fundamento de hecho de la nulidad impetrada, la calidad que el señor Narciso Matus Torres tenía al momento de la elección como miembro activo de la Junta Municipal de Hacienda.

"Dentro del proceso encontramos pruebas que acreditan que escrutados los votos emitidos el 14 de marzo de 1982, el 18 de marzo siguiente el señor Matus fue declarado concejal electo del municipio de Villavicencio (Meta). Al hacerse parte en el proceso, el señor Matus por intermedio de su apoderado judicial admitió como cierto el hecho de haber tenido la calidad de miembro de la Junta Municipal de Hacienda a la fecha de la elección, admisión que de conformidad con el artículo 197 del Código de Procedimiento Civil tiene valor de confesión por tratarse de un hecho alegado por el demandante y aceptado por la parte contradictoria. Esta confesión sumada en secuencia lógica a la comprobación de su elección como integrante de la Junta realizada por el cabildo el 24 de noviembre de 1980 (folio 81 expediente 1579), a la prueba de haber tomado posesión como tal el dos de diciembre del mismo año (folio 75 expediente 1579) y a la constancia de venir asistiendo a las deliberaciones como delegado del Concejo, expedida por el Alcalde Municipal de Villavicencio el 5 de febrero de 1982, o sea, nueve días antes de la fecha de la elección, constituye en sentir de la Fiscalía prueba suficiente del elemento fáctico que sustentó la demanda.

"Queda por analizar si este hecho así comprobado, constituye o no motivo de inhabilidad que vicie la elección recaída en el señor Matus. Aun cuando el impugnador y la Fiscalía han argumentado que la Junta Municipal de Hacienda es un organismo netamente asesor en asuntos fiscales y de hacienda y

que la Junta no pertenece a entidad descentralizada sino que integra la administración central, lo cierto es que no se aportó el expediente prueba de su conformación y funciones y por ello carecemos de elementos de juicio para verificarlo, pero también para determinar que la Junta se ocupa de la administración de servicios públicos a cargo del municipio, elemento que según ya anotamos es, en nuestra opinión, esencial para que surja la inhabilidad que haría inelegible al candidato.

"Por estas razones, consideramos que en su caso no prospera el vicio de nulidad y que por consiguiente no debe accederse a declararla.

"Inhabilidad de la señora Hélida Murillo de Cuero.

"Se comprobó en el proceso que la señora Murillo de Cuero fue declarada concejal electo del municipio de Villavicencio para el período de 1982 a 1984; que el 27 de abril de 1981 fue elegida como miembro principal de la Junta de Empresas Públicas, el 5 de mayo del mismo año tomó posesión y el 5 de febrero de 1982 asistía a sus deliberaciones (folios 2, 3, 10, 32 expediente 1579). Al igual que en el caso del señor Matus, completa estas pruebas la confesión que a través de apoderado hizo respecto a que la calidad de miembro de la Junta estaba vigente nueve días después, o sea, en el momento de la elección.

"Examinadas las normas orgánicas de la entidad Empresas Públicas de Villavicencio, se determina que se trata de un establecimiento público descentralizado del orden municipal, creado para la administración de los servicios municipales de energía eléctrica, teléfonos, acueducto alcantarillado, plazas de mercado, matadero y aseo y que su administración está encomendada a una Junta Directiva y a un Gerente.

"Como integrante de la Junta Directiva de la entidad la señora Murillo de Cuero hacía parte de la administración de la empresa y ésta atiende dentro de la forma de descentralización administrativa por servicios, servicios públicos concretos a cargo del municipio.

"Estas consideraciones son suficientes para que la Fiscalía opine que la señora Murillo de Cuero incurrió en la inhabilidad consagrada por el artículo 7o. de la Ley 89 de 1936 y por consiguiente que debe ser declarada la nulidad de su elección.

"Por las razones puntualizadas la Fiscalía solicita a la H. Sala revoque el fallo apelado en cuanto declara la nulidad de la elección hecha en favor de Narciso Matus Torres y la confirme en cuanto a la que afecta la elección de la señora Hélida Murillo de Cuero. Igualmente que ordene al Tribunal hacer la declaratoria de elección de quien según los escrutinios deba reemplazar a la concejal cuya elección se anula y expedir la credencial a quien resulte elegido".

— III —

LA SALA CONSIDERA

1. Como bien lo observó el Tribunal en la parte motiva de la sentencia, la excepción propuesta por la opositora carece de fundamento porque en la demanda claramente se pidió la declaración de nulidad de la elección recaída

en Narciso José Matus Torres y Hélida Murillo de Cuero, "de acuerdo con la declaratoria de Concejales electos hecha por la Comisión Escrutadora de la ciudad de Villavicencio, mediante acta contenida en formulario E-37A (diez folios), de la Registraduría Nacional del Estado Civil, de fecha marzo 18 de 1982". Y la circunstancia de que se hubiera invocado en el libelo el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo es inocua pues el *a quo* le dio al asunto el trámite especial previsto en la ley, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 del Código de Procedimiento Civil.

2. Es cierto que Narciso José Matus Torres, al momento de ser elegido Concejal de Villavicencio, hacía parte de la Junta de Hacienda Municipal pero no se demostró en el proceso que los integrantes de ella sean, en realidad, administradores de servicios públicos municipales y como sólo a éstos se refiere la prohibición contenida en el artículo 7o. de la Ley 89 de 1936, se revocará la decisión del Tribunal.

3. La situación de la señora Hélida Murillo de Cuero, también elegida Concejal Principal, es distinta porque ella pertenecía a la Junta Directiva de la Empresa de Servicios Públicos de Villavicencio y la Sala Plena de esta Corporación ha dicho:

"Si los miembros de las juntas administradoras municipales están o no inhabilitados para ser concejales. Recíprocamente con el fin de preservar la independencia de los concejales y de impedir que sirvan intereses subalternos, el Art. 7o. de la Ley 89 de 1936 dispone que desde la sanción de la presente ley ningún contratista de obras públicas municipales, ni sus apoderados, podrán ejercer el cargo de concejero municipal mientras conserven el carácter de contratista o apoderado". Y así mismo, dispone que estos individuos como "los administradores de servicios públicos municipales, no podrán ser elegidos concejeros municipales"; la ley prohíbe que los contratistas, sus apoderados y quienes administran servicios municipales sean elegidos concejales para impedir que utilicen la influencia que se derive de cualquiera de esas situaciones contraria al interés público, para ser elegido. Trata de precaver los efectos nocivos del tráfico ilegal de influencias para lograr la investidura de concejal y preservar la autonomía y el carácter público de la corporación edilicia. Es evidente que los miembros de las juntas administradoras de servicios o sectores del territorio municipal como los de las juntas directivas de los establecimientos públicos, son administradores de servicios públicos municipales, y por lo mismo están comprendidos en la prohibición prescrita por el Art. 7o. de la Ley 89 de 1936: no pueden ser elegidos concejales.

"Los concejales pueden ser reelegidos porque no existe prohibición constitucional o legal (Art. 245 del C. de R. P. y M). Pero, si ilegalmente ejercieran cualquiera de los cargos últimamente mencionados, estarían comprendidos por la prohibición del Art. 7o. de la Ley 89 de 1936, no a causa de su actual investidura de concejales, sino por ser "administradores de servicios públicos municipales".

. . . . . .

"Los miembros de las juntas administradoras de servicios o sectores del territorio municipal, como los de las juntas directivas de los establecimientos

públicos municipales, están comprendidos por la causal de inhabilidad prescrita por el artículo 7o. de la ley 89 de 1936. En consecuencia, si a pesar de la prohibición, fueren elegidos concejales, los actos de elección son nulos, por violación del mencionado precepto". (Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 27 de febrero de 1978. Expediente 389).

4. Las Empresas Públicas de Villavicencio fueron creadas y organizadas como establecimiento público autónomo encargado de la dirección, administración y prestación de los servicios municipales de energía eléctrica, teléfonos, acueducto, alcantarillado, plaza de mercado, matadero y aseo, con patrimonio propio independiente (Acuerdo No. 028 de 1963). Y en los Estatutos, expedidos mediante el Acuerdo No. 23 de 1965, se señalaron, entre otras, las siguientes funciones de la Junta Directiva: Aprobar para períodos anuales el presupuesto de ingresos y gastos, adoptar los planes para el desarrollo de los servicios y aprobar los informes y estudios que para el efecto se preparen: disponer que se hagan estudios o investigaciones en relación con los servicios y su ampliación elegir Gerente General; crear los empleos que juzgue necesarios, señalar funciones y suprimirlos y refundirlos; fijar las asignaciones y dotaciones del personal: aprobar o improbar los nombramientos y remociones de personal que haga el Gerente; modificar los reglamentos de los servicios y dictar nuevas reglamentaciones; modificar las tarifas de los servicios o adoptar nuevas; ordenar la ejecución de obras dentro de los planes que han adoptado y tomar toda clase de decisiones en relación con ellas; aprobar, improbar o modificar las normas generales que han de regir el empleo, las escalas de salario y la administración de personal, preparadas y presentadas a su consideración por el gerente, y, en general "tomar las medidas que tiendan a la realización del establecimiento, pues se entiende que ella es un órgano general de dirección con facultades para la ejecución de todos los actos tendientes al cumplimiento de sus efectivos.

De lo anterior se deduce que los miembros de la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Villavicencio, vinculados al ejercicio de funciones administrativas y, por lo tanto, administradores de servicios, están sometidos a las responsabilidades, incompatibilidades y prohibiciones establecidas por la ley. Y como la señora Murillo de Cuero pertenecía a esa Junta cuando fue elegida Concejal es claro que violó lo dispuesto en el artículo 7o. de la Ley 89 de 1936 y su elección quedó viciada de nulidad.

5. El artículo 37 de la Ley 85 de 1981 dispone: "Cuando se decrete la nulidad de la elección porque los candidatos no reunían los requisitos y calidades exigidos por la Constitución y la ley o porque violaron prohibiciones contenidas en las mismas normas, en la sentencia se impondrá a los afectados la pena de interdicción para el ejercicio de cualquier cargo público por un término igual al período de la corporación para la cual habían sido elegidos, contado a partir de la fecha de ejecución de la respectiva providencia".

El período de los Concejos Municipales es de dos años (Ley 85 de 1916, artículo 176).

6. Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. Se declara no probada la excepción propuesta por la parte impugnadora.

Segundo. Se revoca el numeral Primero de la sentencia apelada en cuanto declaró la nulidad de la elección de Narciso José Matus Torres y se confirma en lo demás.

Tercero. Se revoca el numeral Segundo de la sentencia apelada en cuanto ordenó la cancelación de la credencial expedida a Narciso José Matus Torres y dispuso su reemplazo por Tito Alberto Castro Barreto; se confirma respecto de la cancelación de la credencial de Hélida Murillo de Cuero y se modifica en el sentido de que ésta será reemplazada por el suplente hábil de la respectiva lista de candidatos elegidos.

Cuarto. Se modifica lo dispuesto en el numeral Tercero en el sentido de imponer a la señora Hélida Murillo de Cuero la pena de interdicción para el ejercicio de cualquier cargo público por el término de dos (2) años, contado a partir de la ejecución de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase

Samuel Buitrago Hurtado, Presidente; **Jorge Dangond Flores, Aydée Anzola Linares, Carlos Betancur Jaramillo, Eduardo Suescún Monroy, Jorge Valencia Arango,** Con salvamento de voto; **Enrique Low Murtra,** Salva el voto; **Carmelo Martínez Conn,** Con salvamento parcial de voto; **Gustavo Humberto Rodríguez,** No asistió; **Bernardo Ortiz Amaya, Ignacio Reyes Posada, Joaquín Vanín Tello,** Con salvamento de voto; **Alvaro Orejuela Gómez, Mario Enrique Pérez V., Roberto Suárez Franco, Jacobo Pérez Escobar.**

Darío Quiñones Pinilla, Secretario general.

Se deja constancia que esta providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

ELECTORALES. INHABILIDADES CONCEJALES. JUNTAS MUNICIPALES. Quien ejerce el cargo de una Junta Municipal no está desempeñando el cargo de "administrador de servicios" municipales. Una cosa es ser miembro de una Junta Administradora y otra ser Administrador.

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D.E., veinte de mayo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Actor: **José Guillermo Contreras Gacharná y otros.**

Referencia: Radicación 11.001

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE LOW MURTRA

En casos análogos al de autos he salvado voto. A los argumentos esgrimidos en esas oportunidades quiero añadir lo siguiente:

1. Es regla general en todo nuestro derecho constitucional que todo ciudadano puede ser elegido como concejal mientras no se encuentre en una causal expresamente señalada de inhabilidad o inelegibilidad. Por tanto, estas causales exceptivas son de interpretación restrictiva. No caben en este campo interpretaciones extensivas. A mi modo de ver quien ejerce el cargo de miembro de una junta municipal no está desempeñando el cargo de "administrador de servicios" municipales. Puede decirse que la junta es administradora, pero también el Concejo es administrador, y en consecuencia la excesiva interpretación que hace el proveído que antecede lleva a condenar a los concejales incluso contra su propia reelección. No puede nunca olvidarse que una cosa es ser miembro de una junta administradora. Otra ser administrador. No es legítimo al intérprete hacer equivalentes estos términos.

2. El proveído que antecede tiene un sentimiento moral, que además es muy subjetivo. Al hacer tal apreciación rebasa las esferas que le han sido asignadas al Consejo de Estado y confunde imperdonablemente las razones de iure condendo con las de iure condito. El Consejo no ha sido establecido en defensa de la moral, ni su mismo sentido etiológico le permite ponerse al servicio de la moral. ¡No! Su finalidad es la defensa del derecho y de la ley. Porque la moral en sí puede tener un sentido objetivo si se acepta que ella deriva esencialmente de la ley natural o un sentido subjetivo de alcance Kantiano, si quien a ella se refiere es de aquellos que consideran desueto el iusnaturalismo. Personalmente no creo que pueda un juez dictar sentencia buscando inspiración en su propio imperativo categórico, ni está permitido al juez rebasar el ámbito y alcance de la ley para según su criterio, definir lo permitido o lo prohibido. ¡No! las prohibiciones en forma expresa nacen de la ley y es el legislador el único que puede crear prohibiciones o limitaciones a los derechos ciudadanos. Basar la justicia en la moral subjetiva del intérprete es volver al derecho caprichoso de los inquisidores de épocas superadas por el devenir irreversible de la historia.

3. Por lo demás quiero reiterar lo que dije en salvamentos de voto del 13 de julio y del 8 de mayo de 1981. En tales oportunidades sostuve: a) que las modificaciones constitucionales y legales que sufrió la administración pública desde 1936 subrogaron las normas de la Ley 89 de 1936 haciéndola inaplicable al caso de autos; b) que conforme al inciso 2o., numeral 8o. del artículo 307 de la Ley 4a. de 1913 el cargo de concejal es incompatible con cualquier empleo remunerado, por tanto no es posible ser concejal y empleado de la administración municipal al mismo tiempo, pero, no existe prohibición para que los concejales desempeñen el cargo de miembros de las juntas administradoras de los servicios públicos. Sostuve entonces y lo reitero: "las personas que hacen parte de las juntas Directivas de las Entidades que prestan servicios municipales, no pueden catalogarse por un solo hecho como empleados o funcionarios públicos. Concretamente los artículos 3o. del Decreto 2400 de 1968 y 18 del Decreto 3130 del mismo año así lo establecen... Tampoco puede decirse que las personas a quienes el Gobierno o las Corporaciones Públicas confieren su

representación en las Juntas o Consejos Directivos de las Empresas Descentralizadas son administradores de servicios públicos ya que para el ejercicio de esa función concreta se requiere la condición de empleado o funcionario público".

Por lo demás reitero mi admiración y respeto por los consejeros que han suscrito la providencia de cuyo contenido me separo.

Atentamente,

Enrique Low Murtra

ELECTORALES. INHABILIDADES. CONCEJALES. ART. 7o. Ley 89 de 1936. Al hablar este art. de "dichas personas y los administradores de servicios públicos municipales", se está refiriendo al empleado público persona natural y no al miembro de la Junta Directiva de la entidad que presta el servicio.

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D.E., veintisiete de mayo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Actor: **José Guillermo Contreras Gacharná y otros.**

Referencia: Expediente número 11.001

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO CARMELO MARTINEZ CONN

Comparto la sentencia en cuanto revocó la del Tribunal Administrativo del Meta en relación con el señor Narciso Matus Torres a quien se le había anulado su credencial como Concejal de Villavicencio, pero me aparto de ella en cuanto anuló la credencial de la señora Hélida Murillo de Cuero, como Concejal de Villavicencio, por las razones que a continuación expongo y que la Sala conoce puesto que es un criterio sostenido en distintas oportunidades.

Dispone la Constitución Nacional en su artículo 196 que:

"En cada Distrito Municipal habrá una *corporación administrativa* de elección popular que se denominará Concejo Municipal, y estará integrada por no menos de seis ni más de veinte miembros, según lo determina la ley, atendida la población respectiva. El número de suplentes será el mismo de los Concejales principales, y reemplazarán a estos en caso de falta absoluta o temporal, según el orden de colocación en la respectiva lista electoral.

"La ley determinará las calidades e incompatibilidades de los Concejales y la época de sesiones ordinarias de los Concejos". (Lo subrayado es nuestro).

Si conforme a la norma de la Carta, los Concejos Municipales son "Corporaciones administrativas", es lógico concluir que para cumplir mejor con esta función que la Constitución Nacional les asigna, deben tomar asiento en las juntas que administran los distintos servicios municipales, como son los de agua, mercado, energía, teléfonos, etc. y si esto es así, ninguna incompatibilidad de orden legal puede establecerse y menos aún por vía de interpretación doctrinaria del artículo 7o. inciso 2o. de la Ley 89 de 1936, pues es claro que esta norma inhabilita a las personas naturales que ejerzan las funciones de administradores.

El artículo 7o. de la Ley 89 de 1936 expresa:

"Desde la sanción de la presente ley, ningún contratista de obras públicas municipales, ni sus apoderados, podrán ejercer el cargo de Concejero Municipal, mientras conserven el carácter de contratista o apoderado.

"Dichas personas *y los administradores de servicios públicos municipales*, no podrán ser elegidos Concejeros Municipales". (Lo subrayado es nuestro).

El fenómeno de descentralización de los servicios con el fin de una mejor y eficaz prestación de los mismos, creando al efecto empresas descentralizadas con capital propio y autonomía, es muy posterior a la fecha en la que se dictó la Ley 89 de 1936, por lo que es lógico pensar que el legislador de entonces quiso evitar que los empleados públicos que administraban los servicios municipales, aprovecharan la influencia que el ejercicio de su cargo les podría dar ante la opinión pública, para hacerse elegir en los Concejos Municipales, por lo que no es lógico extender tal prohibición a quienes en su condición de Concejeros Municipales hacen parte de las juntas encargadas de aprobar la política general de la respectiva entidad con miras a la prestación del servicio, pues toda prohibición es de interpretación restrictiva.

Es conocida de vieja data la doctrina de esta Corporación en el sentido de que cuando la función se ejerce por una junta, el miembro que participa en sus deliberaciones no tiene el carácter de funcionario, pues funcionario es siempre una persona natural. Por tanto, si conforme a la ley que elevó a norma legal esta doctrina, funcionario es siempre una persona natural, es claro que el artículo 7o. de la Ley 89 de 1936 al hablar de "dichas personas y los administradores de servicios públicos municipales", se está refiriendo al empleado público persona natural y no al miembro de la junta directiva de la entidad q ue presta el servicio.

Las anteriores consideraciones que invariablemente he sostenido en relación con este aspecto de la cuestión, me llevan a separarme de la decisión mayoritaria, pero creo que la sentencia debió revocarse íntegramente.

Señores Consejeros,

Carmelo Martínez Conn.

ELECTORALES. INHABILIDADES. CONCEJALES. ART. 7o. Ley 89/36. Cuando este art. habla de "administradores de servicios públicos municipales" no se está refiriendo a los miembros de las Juntas Directivas de establecimientos públicos y de empresas industriales y comerciales del mismo orden. No son equivalentes. Marco de referencia institucional dentro del cual se dictó el mencionado art. 7o.

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Actor: **José Guillermo Contreras Gacharná y otros.**

Referencia: Expediente No. 11.001

SALVAMENTO DE VOTO DE JOAQUIN VANIN TELLO

No comparto la sentencia dictada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 17 de mayo del presente año, en donde confirmó del fallo de primera instancia la declaración de nulidad de la elección de la señora Hélida Murillo de Cuero como concejal de Villavicencio y la cancelación de la respectiva credencial, y lo modificó en el sentido de imponer a la misma señora "la pena de interdicción para el ejercicio de cualquier cargo público por el término de dos (2) años", con fundamento en lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 85 de 1981.

Creí que un nuevo examen de esta cuestión constituía una buena coyuntura para rectificar la jurisprudencia del Consejo de Estado montada sobre la extensión de la norma prohibitiva contenida en el artículo 7o. de la Ley 89 de 1936, que se refiere a "los administradores de servicios públicos municipales" y que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha aplicado a los miembros de juntas directivas de entidades descentralizadas del mismo orden territorial.

Pero la Sala ha reiterado su jurisprudencia en el caso de la señora Hélida Murillo de Cuero, que cuando fue elegida para el Concejo Municipal de Villavicencio era miembro de la Junta Directiva de la Empresa de Servicios Públicos de dicho municipio.

Desde luego que comparto el criterio de moralización que ha sido el principal inspirador de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia, el cual tiende a evitar que personas colocadas en situación de privilegio por razón de su participación en la dirección o en la administración de los servicios públicos, establecidos en beneficio de la comunidad y costeados por ella, los utilicen como señuelo para atraer electorado, como medio para captar votos, con indiscutible e injustificada ventaja sobre los demás candidatos y en detrimento del buen funcionamiento de la Administración Pública, de la equitativa prestación de tales servicios y de la igualdad de oportunidades para acceder a los puestos de elección popular, lo que contraría el sistema democrático de gobierno que ha acogido el pueblo colombiano, en sus líneas fundamentales y en sus lógicas proyecciones.

El anterior criterio fue expresado en la sentencia del 3 de diciembre de 1982, proferida por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo, con ponencia de quien suscribe este salvamento de voto, (publicada en extractos de 1982, pág. 918), en los siguientes términos:

"Empero, existen muchas otras posibilidades de aprovechamiento electoral no solo de los servicios que el Estado debe prestar a la comunidad sino también de los puestos y los dineros públicos, prácticas que habrán de ser extirpadas porque también, aunque no con la brutalidad de la coacción física, al quebrantar el principio de la igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos y dignidades que tienen origen en la voluntad popular y al ultrajar la libertad y la dignidad del voto, enturbian o adulteran las propias fuentes del poder público, merman y falsean nuestra democracia en su forma política de ser.

"En otras épocas del discurrir de nuestra vida democrática la necesidad imperiosa consistía en evitar que mediante actos abusivos de autoridad se ejerciera coacción sobre el electorado con el fin de trasladar de la esfera de la libertad a la del temor del derecho de votar por uno u otro candidato, por una u otra lista.

"Pero la coerción de la fuerza ejercida por la autoridad o por colectividades o grupos prácticamente ha cedido el terreno en el condicionamiento ilegal de la voluntad popular o en su adulteración, a formas insidiosas, que para utilizarlas no se requiere estar investido de autoridad o de jurisdicción ni tener el carácter de empleado público. Y bien que se mantenga la inhabilidad para quienes tal carácter o investidura tienen o han tenido durante cierto tiempo, con el fin de preservar la verdad y pureza de nuestra democracia, en las fuentes mismas del poder, contra cualquier intento de influir en la voluntad del electorado o de sectores del mismo mediante el aprovechamiento de las ventajas que otorga el empleo que se ejerce o que en época próxima a las elecciones fue ejercido.

"Será cada día más urgente defender la libre y democrática expresión de la voluntad de elegir y el principio de la igualdad de oportunidades para ser elegido, no tanto contra la coacción física por actos de autoridad, sino contra la amenaza de destituir a una comunidad o a sectores de ella de su derecho a que el Estado les preste los servicios que necesitan, si no votan en la forma como se quiere condicionarlos o contra el halago consistente en la oferta de prestarlos si dan su voto como se les pide, porque quien o quienes lo demandan administran o prestan servicios públicos o intervienen en su administración o prestación.

"No se trata desde luego del caso de quienes legítimamente ofrecen o prometen servir si son elegidos, sino de quienes por intervenir o haber intervenido recientemente con relación a la elección de corporaciones de origen popular, en la administración o prestación de servicios públicos, se colocan en situación de ventaja respecto de los demás aspirantes al favor popular y pueden conseguir que la necesidad desvíe el voto del auténtico querer de quienes tienen derecho a él, con lo cual se socava un valioso pilar de nuestra democracia y de nuestra organización política, jurídica y administrativa, como es la libre expresión de la voluntad del pueblo.

"Un miembro de Junta o Consejo Directivo de un establecimiento público o de una empresa oficial no tiene ciertamente una autoridad tal que pueda usar para coaccionar al electorado o a grupos de electores; pero sí goza del privilegio de participar en la dirección y administración de un servicio o de un conjunto de servicios públicos y en esa condición está en capacidad de influir, en mayor o menor grado, en su actual o potencial electorado, para mantener el uno o conquistar el otro". (Expediente No. 872. Electoral. Actor: Jaime Rodelo Núñez. Ponente consejero: Joaquín Vanín Tello).

Pero en la sentencia antes citada se dèjó en claro que a falta de texto legal que estableciera la prohibición para que un miembro o ex-miembro de Junta Directiva pudiera ser elegido como Congresista, el problema se situaba en la esfera de creación del derecho positivo y no de su interpretación, en los dominios del constituyente y no del juzgador, que no tiene misión distinta de interpretar y aplicar el derecho creado y no establecer inhabilidades y consiguientes nulidades mediante reglas de naturaleza jurisprudencial.

En el caso de los miembros de juntas directivas de organismos descentralizados del orden municipal y distrital, es cierto que una larga y desconcertante experiencia enseña que es necesario que el legislador establezca la prohibición a que se refiere la jurisprudencia del Consejo de Estado. En esa necesidad encarna un valor ético, sentido por parte importante de la comunidad. Existe la reprobación a esa situación y se supone la aspiración a que ese valor ético sea elevado a la categoría de una norma legal. Lo inaceptable es que se convierta jurisprudencialmente ese valor en una regla positiva de derecho, que se sustituya en esa forma lo que actualmente no puede tener más alcance que el de una sanción social sin expresión orgánica y coercitiva, por la sanción social jurídicamente organizada y respaldada por la fuerza.

Entonces la cuestión que se planteó ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el proceso electoral que se acaba de fallar, había que analizarla, esclarecerla y juzgarla a la luz, no intererida por criterios extra o metajurídicos, de las disposiciones legales que establecen inhabilidades, como también nulidades y sanciones respecto de conductas y actos violatorios de los correspondientes preceptos de carácter prohibitivo.

El texto del artículo 7o. de la Ley 89 de 1936, en que se fundamentan los fallos de primera y segunda instancia, es el siguiente:

"Desde la sanción de la presente ley, ningún contratista de obras públicas municipales, ni sus apoderados, podrán ejercer el cargo de Concejeros Municipales mientras conserven el carácter de contratistas o apoderados.

"Dichas personas y *los administradores de servicios públicos municipales*, no podrán ser elegidos Concejeros Municipales (subrayo). "Queda así adicionado el artículo 172 de la Ley 4a. de 1913".

No creo que cuando la disposición antes transcrita habla de "administradores de servicios públicos municipales" se esté refiriendo a los miembros de las Juntas Directivas de establecimientos públicos y de empresas industriales y comerciales del mismo orden. No son equivalentes. Podría argumentarse, en contra del criterio de la Sala, que si el legislador hubiera querido referirse a los integrantes de tales Juntas Directivas expresamente les habría menciona-

do. Pero sucede, como lo dije durante la discusión de la ponencia, que la norma ni expresa ni tácitamente podía referirse a miembros de Juntas Directivas Municipales por cuanto en esa época el fenómeno de la descentralización por servicios era de escasa ocurrencia en el país, prácticamente desconocido, hasta el punto que se citaban entonces muy pocos ejemplos, como el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, la Universidad Nacional y aun la Federación Nacional de Cafeteros; y hasta el punto también que el Código Contencioso Administrativo, expedido en 1941, es decir, cinco años después de la Ley 89 de 1936, lo ignora totalmente.

Mejor conocido era el sistema de las Juntas Administradoras de Servicios Públicos, que no implicaban ningún fenómeno de descentralización y que se crearon en virtud de la facultad concedida a los Concejos Municipales por el Código de Régimen Político y Municipal, en los siguientes términos: "Son atribuciones de los Concejos: ...19). Crear juntas para la administración de determinados ramos del servicio público, cuando lo juzgue conveniente, y reglamentar sus atribuciones". Es claro que no se puede asimilar a una de tales juntas la directiva de un organismo descentralizado, establecimiento público o empresa oficial.

Existían también los administradores de servicios públicos municipales: administradores de plazas de mercado, del acueducto, del matadero, etc. Mucho menos a estos cargos pueden asimilarse las calidades de miembros de Junta Directiva de entidades descentralizadas.

Ese fue el marco de referencia institucional dentro del cual se dictó el artículo 7o. de la Ley 89 de 1936. No puede ampliarse mediante una asimilación de cargos, ni siquiera con un criterio de actualización de las previsiones del legislador de 1936, aplicando el método histórico de interpretación de la ley, para ponerlas en consonancia con las circunstancias y los problemas de ahora, como lo habría hecho aquél si hubiera legislado hoy.

Esa consideración y ese procedimiento son posibles y aceptables respecto de otro tipo de normas, pues siendo la que se comenta de carácter prohibitivo, es de derecho estricto, restringida en su interpretación y en su aplicación; no admite la extensión de sus alcances, ni que se incluya, por analogía, en sus previsiones, casos y sujetos no contemplados en ella.

En suma, no puede haber ni prohibición, ni nulidad, ni pena sin ley.

El anterior principio no admite excepciones. Sobre todo cuando de lo que se trata es de establecer una inhabilidad como excepción a la regla general en cuanto a vocación y aptitud legal para prestar un servicio a la comunidad, como es el que implica el cargo de Concejero municipal, y más aún de producir un hecho tan grave cual es la nulidad de una elección, en contra de la voluntad popular expresada en las urnas, y la imposición de una pena de interdicción que no solo impide, por tiempo considerable, a la persona que la sufre, el acceso a los cargos públicos, sino que causa daño a su reputación, sin que hubiera sospechado siquiera que estaba afectada de esa inhabilidad. Ciertamente la ignorancia de la ley no sirve de excusa; pero en este caso se trata de la ignorancia de una ley inexistente, porque la que existe no se refiere a miembros de juntas directivas de establecimientos públicos y empresas oficiales de carácter municipal.

Finalmente, precisa reiterar que no se desconoce la necesidad de que se establezcan en la ley cortapisas a la utilización de los servicios públicos con fines electorales, como tampoco se ignoran ni subestiman los alcances éticos del problema. La razón y los fines de este salvamento de voto se insertan en una esfera estrictamente jurídica.

Joaquín Vanín Tello.

Bogotá, junio 14 de 1983.

ELECTORALES. INHABILIDADES JUNTA DIRECTIVA DE ORGANISMOS OFICIALES DESCENTRALIZADOS. La calidad de miembro de dicha Junta no confiere la calidad de empleado público.

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR JORGE VALENCIA ARANGO

Actor: **José Guillermo Contreras**

Referencia: Expediente 11.001 Electoral

Me aparto de la sentencia anterior, por considerar que ella ha debido revocar, en su totalidad, la decisión apelada, para en su lugar, denegar la totalidad de las pretensiones deducidas en el libelo inicial del litigio, por las razones que he venido exponiendo desde hace siete años y que se resumen así:

a) *La calidad de miembro de la Junta Directiva de Organismos Oficiales descentralizados, no confiere la calidad de empleado público.*

Así dice para lo nacional, el artículo 18 del Decreto 3180 de 1968: "De la calidad de los miembros de las Juntas o Concejos. Los miembros de las Juntas o Concejos Directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del estado, aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleado público. Su responsabilidad lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes de la materia y por las normas del respectivo organismo".

Y a personas que ejercen funciones públicas sin ser empleados públicos, se refiere para efectos del régimen disciplinario, el Art. 26 literal b, numeral 3o., Ley 25 de 1974.

Por tanto si no son *empleados públicos*, mal puede sostenerse que quedan comprendidos dentro de las previsiones de los artículos 10 de la Ley 5a. de 1919, 27 de la Ley 92 de 1920.

"b) Tampoco me parece hermenéutica aceptable, decir, como lo hace la sentencia, que las normas que dicen quiénes son empleados públicos nacionales no pueden aplicarse al régimen departamental o municipal, porque para tales entidades no han sido dictados.

En cambio la norma prohibitiva penal, sancionadora de la Ley 5a. de 1929 de restrictiva interpretación, se le aplica a los miembros de Juntas Directivas Municipales, tomándolos como empleados públicos, sin que haya una sola norma legal que permita calificarlos como tales.

"c) Por las mismas razones, los artículos 171, ordinal 3o., 306 ordinal 8o. del C. de R.P. y M., de la Ley 28 de 1922, no pueden aplicarse a casos como el de autos, por no tratarse de *cargos públicos.*

"d) Si los Concejos Municipales pueden crear, a iniciativa del Alcalde establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales, aunque la ley que regula tal actividad no se haya dictado, no entiendo porqué no puede el Concejo, determinar que en las Juntas Directivas de tales organismos haya representantes de la Corporación elegidos por ella, porque la ley no se haya dictado, que es lo que dice la sentencia.

"e) Por otra parte no entiendo que si los Concejos Municipales son organismos 'administrativos' y pueden crear de su seno Juntas Administradoras Locales, al ejercer sus atribuciones constitucionales se inhabiliten para la reelección.

Dice el Artículo 196 de la Constitución Política:

"En cada Distrito Municipal habrá una Corporación Administrativa de elección popular que se denominará Concejo Municipal, y estará integrada por no menos de seis ni más de veinte miembros, según lo determine la ley, atendida la población respectiva. El número de suplentes será el mismo de concejales principales, y reemplazarán a estos en caso de falta absoluta o temporal según el orden de colocación en la respectiva lista electoral.

"La ley determinará las calidades o incompatibilidades de los Concejales y la época de sesiones ordinarias de los Concejos.

"Los Concejos podrán crear Juntas Administradoras locales para sectores del territorio municipal, asignándoles algunas de sus funciones y señalando su organización dentro de los límites que determine la ley".

(Salvamento de voto. Sala Plena. Exp. 706. Actor: Jorge Alonso Rendón Uribe).

Bogotá, junio 3 de 1983.

Jorge Valencia Arango.

ELECTORAL. DEMANDA. AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA. NOTIFICACION. PRUEBAS. PETICION. LEY 85 DE 1981. Art. 40 Interpretación.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Bogotá, junio ocho de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Enrique Low Murtra**

Actor: **Jorge Manuel Pardo Acosta**

Referencia: Radicación No. 1.015 Electoral

El apoderado del señor Atanasio García-Herreros Mantilla interpone recurso de súplica contra el auto de 19 de mayo de 1983 que declaró la nulidad de lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda inclusive y solicita que la nulidad se decrete a partir de la diligencia de notificación de ese auto.

El recurrente trae a colación tres importantes argumentos:

a) Que la irregularidad por él mismo observada fue que el auto admisorio de la demanda no se notificó en debida forma, por edicto, como lo ordena el artículo 40 de la Ley 85 de 1981.

b) Que el auto admisorio ordena su modificación la que debe proceder conforme a ley. El error no es del auto admisorio de la demanda sino de la diligencia de notificación. La nulidad por tanto debe proceder a partir de ese momento.

c) El auto que decretó la nulidad y dispuso nuevamente admitir la demanda, auto objeto del recurso de súplica, cometió una equivocación pues dispuso que durante la fijación en lista no es posible solicitar pruebas en los términos que se expresa en el artículo 40 de la Ley 85 de 1981 cuando es claro que tales términos obedecen, ante todo, a un "lapsus calami". Añade el memorialista:

"...en el nuevo acto admisorio que se profiere se incorporó el "lapsus calami" contenido en el numeral 3o. del artículo 40 de la Ley 85 de 1981 que consiste en la prevención de que durante el término de fijación en lista *no* pueden solicitarse pruebas. Ya esa honorable corporación ha expresado que se trata de un auténtico lapsus y que el recto sentido del precepto es el inverso, o sea que la fijación en lista es precisamente la oportunidad procesal clásica para pedir pruebas en todos los procesos contenciosos administrativos, incluyendo el electoral. No quiero extenderme sobre esto que me parece tan claro y que resulta corroborado por el artículo 168 de la Ley 26 de 1979, cuando expresa que al día siguiente de la desfijación en lista se ordenará practicar las que hubiesen solicitado las partes, obviamente dentro de dicho término de fijación en lista, o por el demandante en el propio escrito de su demanda.

"Pero como quiera que en el nuevo auto admisorio se previene que durante la fijación en lista no se podrán solicitar pruebas, es necesario que tal prevención no se convierta en ley del proceso de la cual se derivaría una situación análoga a la que se ha pretendido remediar con la declaración de nulidad.

Todo podría ponerse en orden si se declara la nulidad, pero solo a partir de la notificación personal del Señor Fiscal para que así sus efectos sólo incluyan la diligencia de notificación por estado y toda la actuación posterior".

Asiste plena razón al recurrente:

a) La notificación del auto admisorio de la demanda a la persona nombrada o elegida se ha definido por ley como una garantía procesal de carácter esencial en los juicios electorales. Así se llenó un prolongado vacío legislativo que no sólo llevó a un gran debate entre los autores sino también causó peligrosas vacilaciones de la jurisprudencia. Hecha esta definición, no puede hoy adelantarse un proceso judicial si no se notifica a la persona nombrada o elegida que contra ella cursa una demanda. Y la notificación debe hacerse por edicto en los términos que establece el artículo 40 de la Ley 85 de 1981. Este punto lo reconoce el auto recurrido al anotar: "la nulidad solicitada es procedente en razón de lo dispuesto en el ordinal 3o. del artículo 113 del Código Contencioso Administrativo".

b) También asiste razón al recurrente cuando observa que la falla no es del auto admisorio de la demanda sino de la actuación de la secretaría puesto que en ese auto se ordena su notificación. No se explica allí cómo debe hacerse la notificación puesto que ésta es función de las oficinas auxiliares que deben proceder conforme lo establece la ley. La equivocación, humana y excusable, fue de la secretaría y no vicia el auto admisorio.

c) Finalmente la Sala está de acuerdo con el recurrente cuando observa que el artículo 40 de la Ley 85 de 1981 incurrió en un error de transcripción cuando observó que durante la fijación en lista *no* se pueden pedir pruebas. Esta equivocación legislativa se ha destacado en numerosas providencias. Cuando existe una oscuridad en la ley ésta debe resolverse con los principios que sabiamente consagra la Ley 153 de 1887 para el caso. La norma posterior prevalece sobre la anterior; deben mirarse en su conjunto las varias disposiciones para darle un sentido armónico a cada pieza legislativa; el sentido finalístico tiene cabida cuando la ley no es clara. Estas breves reflexiones han llevado al Consejo a interpretar el artículo 40 de la Ley 85 de 1981 en el sentido de que las pruebas pueden solicitarse dentro del término de fijación en lista y no cercenarle al Ministerio Público o a la persona cuyo nombramiento se discute su derecho de solicitar las pruebas que considere pertinentes.

d) Se observa cómo en efecto la notificación se hizo por estado el día 23 de abril de 1983 (folio 20) cuando lo propio era notificar por edicto como lo ordena la ley. Cabe pues anular toda la actuación procesal a partir de esa notificación.

Por lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la sección cuarta de su Sala de lo contencioso

RESUELVE:

1. Revócase el auto suplicado.

2. Declárase la nulidad de todo lo actuado a partir del 23 de abril de 1983 fecha en que se realizó la notificación por estado.

3. La secretaría practicará la notificación por edicto del auto admisorio de la demanda dictado el 21 de abril de 1983.

4. Reconócese al señor Atanasio García-Herreros Mantilla como parte opositora en este proceso.

5. Reconócese personería al doctor Carlos Galindo Pinilla como apoderado de la parte opositora en este proceso.

Cópiese, publíquese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Bernardo Ortiz Amaya, Carmelo Martínez Con, Enrique Low Murtra. Darío Quiñones Pinilla. Secretario.

ELECTORAL. DEMANDA. COPIA DEL ACTO ACUSADO. La Ley exige bien que se acompañe copia del auto acusado, bien que se solicite su remisión al proceso para considerarlo antes de estudiar la admisión de la demanda, pero puede aceptarse que si el libelista solicita que se envíe un oficio al funcionario responsable para que envíe copia del acto acusado aun cuando tal petición aparezca en el capítulo de pruebas, si cumplió con el requisito de ley.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Bogotá, junio ocho de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Enrique Low Murtra**

Referencia: Radicación No. 1.020. Electoral. Apelación del auto del tribunal del Valle. Nulidad de elección de tesorero y personero del Municipio de Florida. Demandantes: Gilberto Ochoa Vidal y Joiber Enrique Payán M.

El tribunal administrativo del Valle del Cauca inadmitió la demanda presentada por el apoderado judicial de los señores Gilberto Ochoa Vidal y Joiber Enrique Payán Montoya para obtener la nulidad de la elección de los señores Tesorero y Personero del Municipio de Florida.

El tribunal consideró que no podía admitirse la demanda porque a ella no se había acompañado copia auténtica del acto acusado sino una reproducción mecánica del mismo "sin su debida autenticidad" al tenor del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil.

El apoderado de los actores alega:

"De conformidad con el artículo 127 del C.C.A., el tribunal *tiene la obligación de solicitar los documentos que se piden con la Demanda, antes de proferir el auto admisorio de la misma.*

"En el caso concreto solicité en el acápite de Pruebas del libelo de la demanda, oficiar por intermedio de la Secretaría del Tribunal al Concejo Municipal de Florida, a fin de que enviara la copia del Acto acusado, correspondiente a la sesión realizada el 5 de diciembre de 1982, en horas de la tarde por un grupo de concejales que ilegalmente eligieron Personero y Tesorero Municipales. Es de anotar, que el Tribunal no tuvo en cuenta dicha solicitud, no obstante que era un deber suyo tramitarla de conformidad con la norma arriba mencionada".

Dice el tribunal sobre este aspecto:

"...En el acápite de Pruebas, como consta en el libelo y el mismo actor lo manifiesta en el recurso de reposición, pidió se allegara dicha acta, pero resulta que no es esta la petición de que habla el artículo citado. Las oportunidades procesales son de estricto cumplimiento por ser normas de orden público. En consecuencia, no es para el período probatorio que se deja el análisis del acto acusado; es necesario acompañarlo con la demanda o pedir al sustanciador con manifestación expresa, que el acto "no ha sido publicado, o se deniega la expedición de la copia o la certificación sobre publicación, con indicación de la oficina donde se encuentra el original, o del periódico en que se hubiese publicado, a fin de que se pida por el sustanciador antes de admitir la demanda".

La Sala encuentra que hay un excesivo rigorismo en el argumento del a quo:

En primer término tratándose de una acción pública de nulidad electoral los formalismos del procedimiento son menos exigentes pues en estas acciones hay un interés superior que es la pureza del sufragio, bien directo o bien indirecto. Se trata de cuestiones en las que se involucran altas aspiraciones del Estado; en ellas juegan los principios fundamentales de la democracia, y de la organización jurídica del país. Desde luego, es importante, ceñir el proceso a la ley, pues es conveniente que se cumplan siempre las fórmulas propias de cada juicio, pero ello no quiere decir que se debe extremar el principio de la legalidad procesal al punto de buscar contenidos casi sacramentales en los actos de las partes. Menos cuando se trata de una acción que puede impetrar cualquier ciudadano.

2. La ley exige bien que se acompañe copia del acto acusado, bien que se solicite su remisión al proceso para considerarlo antes de estudiar la admisión de la demanda, pero puede aceptarse que si el libelista solicitó, como en el caso de auto, que se enviara un oficio al funcionario responsable para que envíe copia del acto acusado aun cuando tal petición aparezca en el capítulo de pruebas, sí cumplió con el requisito de ley. Puede considerarse como válida su demanda a fin de garantizarle al interesado su derecho de acción. La ubicación de una petición en una u otra parte del libelo, si bien contribuye a interpretar con mayor precisión el alcance de una demanda y su ceñimiento estricto a la ley, no constituye factor definitivo para desconocer la esencia del asunto, ni puede ser un factor que lleve a denegarle a un ciudadano la acción judicial.

3. Ciertamente que la admisión de la demanda y la práctica de pruebas se realizan en momentos procesales distintos y que en el juicio actúa el fenómeno

de la preclusión, según el cual hay una orden inviolable donde cada acto procesal se funda en una etapa precedente y da base para una subsiguiente desde el momento en que se pone en juego a la jurisdicción hasta producirse la sentencia. Sin embargo, no creo que en este caso pueda invocarse tan sabio principio pues se está apenas en el estudio de la demanda y ni siquiera se ha causado su admisión. Por ello, cree la Sala que bien puede solicitarse la copia del acto acusado como lo pide el libelista. Con ella en manos podrán estudiarse los otros presupuestos procesales para determinar si es o no admisible la demanda.

En consecuencia el Consejo de Estado por medio de la sección cuarta de su Sala de lo contencioso,

RESUELVE:

1. Revócase el auto apelado y en su lugar se dispone solicitar a la secretaría del Concejo Municipal de Florida para que envíe al tribunal administrativo del Valle copia del acta de la sesión realizada el día 5 de diciembre de 1982. La solicitud la hará el tribunal.

2. Recibido este documento el tribunal administrativo del Valle estudiará nuevamente el expediente para considerar si procede o no la admisión de la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese, devuélvase el expediente al tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Los Consejeros:

Bernardo Ortiz Amaya, Carmelo Martínez Conn, Gustavo Humberto Rodríguez, Enrique Low Murtra.

Darío Quiñones Pinilla. Secretario.

ELECTORALES. CONCEJOS MUNICIPALES. PROHIBICION EN ELECCIONES. El artículo 171, numeral 10o. del C.R.P. y M. prohíbe a los concejos Municipales "nombrar a ninguno de sus miembros para algún destino lucrativo, ni a los parientes de éstos dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad".

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.E. dieciséis de junio de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Alvaro Orejuela Gómez**

Demandante: **Luis Angel Martínez Sendoya**

Referencia: Juicio Exp. No. 977 Electoral

El señor Luis Angel Martínez Sendoya, en ejercicio de la acción pública solicita del Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima que previo el trámite del proceso electoral, se declare que son nulos los actos de elección de los señores Gilberto Salas Sánchez y Carlos Arturo Conde Cabezas, como Personero y Contralor Municipales del Guamo, realizada por el Concejo Municipal de esa ciudad con fecha 14 de agosto de 1982.

En la demanda se exponen los siguientes hechos:

"En la sesión ordinaria correspondiente al día viernes catorce (14) de agosto último, el Concejo Municipal del Guamo eligió como Personero y Contralor Municipal —respectivamente— a los señores Gilberto Salas Sánchez y Carlos Arturo Conde Cabezas, quienes tomaron posesión de sus respectivos cargos.

"El señor Gilberto Salas Sánchez, Personero elegido, no podía serlo por ser Concejal principal en el actual período; y el señor Carlos Arturo Conde Cabezas, Contralor elegido, tampoco podía serlo por ser hermano legítimo del Concejal suplente Luis Alfredo Conde Cabezas.

"Los actos acusados son, por tanto, ostensiblemente violatorios de la Constitución y de la Ley y deben ser anulados por esa jurisdicción.

"Como ciudadano colombiano, estoy legitimado para promover esa acción en interés de la ley".

Como normas violadas se invocan los artículos 197 de la Constitución Nacional y 171, numeral 18, del Código de Régimen Político y Municipal.

En el concepto de violación se indica que al proferir los actos acusados, el Concejo Municipal del Guamo desconoció esas normas por cuanto eligió a uno de sus Miembros y al hermano de uno de éstos para ocupar destinos lucrativos.

El Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima accedió a las peticiones de la demanda y decretó la nulidad de la elección de los señores Gilberto Salas Sánchez y Carlos Arturo Conde Cabezas, como Personero y Contralor Municipales del Guamo, respectivamente, por medio de la sentencia de fecha 24 de septiembre de 1982, que fue apelada por el mandatario judicial del actor.

Surtido el trámite de la segunda instancia y no advirtiéndose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a dictar el fallo correspondiente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Se discute en ese proceso la legalidad de la elección de los señores Gilberto Salas Sánchez y Carlos Arturo Conde Cabezas, como Personero y Contralor Municipal del Guamo, en su orden, efectuada por el Concejo Municipal de esa localidad, el 14 de agosto de 1981.

Como fundamento de la impugnación se aduce la calidad de Concejal principal del Guamo del señor Gilberto Salas Sánchez, elegido Personero, y el parentesco —hermano legítimo— del señor Carlos Arturo Conde Cabezas, designado como Contralor, con el Concejal suplente señor Luis Alfredo Conde Cabezas.

En el juicio se comprobó que los mencionados ciudadanos fueron elegidos Concejales Municipales del Guamo, principal y suplente, respectivamente, para el período constitucional 1980-1982 y que durante ese lapso el Concejo Municipal nombró como Personero a uno de sus miembros —el señor Salas Sánchez— y Contralor Municipal al señor Carlos Arturo Conde Cabezas, hermano legítimo del Concejal Suplente, Luis Alfredo Conde Cabezas.

De este modo se advierte claramente la violación del artículo 171, numeral 10, del Código de Régimen Político y Municipal que prohíbe a los Concejos Municipales "nombrar a ninguno de sus miembros para algún destino lucrativo, ni a los parientes de éstos dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad...".

Por lo anterior resulta acertada la decisión del fallo recurrido que declaró la nulidad de la elección de los señores Gilberto Salas Sánchez y Carlos Arturo Conde Cabezas como Personero y Contralor Municipales del Guamo, y, por consiguiente, de acuerdo con lo expresado en un concepto de fondo por la Fiscalía Cuarta de la Corporación, esta Sala lo confirmará.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima, con fecha veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos ochenta y dos (1982).

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el nueve (9) de junio de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Joaquín Vanín Tello, Alvaro Orejuela Gómez, Aydée Anzola Linares, Ignacio Reyes Posada.

Darío Quiñones Pinilla. Secretario.

Título VII

Revisión de Impuestos

CAPITULO I

APELACIONES

PODER. PRESENTACION PERSONAL. Artículo 145 Decreto 1651/61. La intención del legislador al exigir la presentación personal de los poderes, no es otra diferente a la de tener certeza de la autenticidad del documento.

AUTENTICACION DE LA FIRMA DEL SUSCRIPTOR DEL DOCUMENTO ante un Notario con presentación personal es equivalente a la presentación personal de tal documento ante la autoridad tributaria.

VIA GUBERNATIVA. El indebido agotamiento sólo tiene ocurrencia en los eventos en que hay ausencia de esa presentación personal.

IMPUESTOS. EXPLORACIONES Y EXPLOTACIONES PETROLIFERAS. REGIMEN TRIBUTARIO. Ley 10 de 1961. CONTRATO ADMINISTRATIVO. Art. 1602 C.C. CLAUSULAS: Clases: las que son de su esencia, las que son de su naturaleza y las que son accidentales. TEORIA DE LA IMPREVISION. Y el denominado "Hecho del príncipe". Art. 38 Ley 153 de 1887. El mandato de este artículo, según el cual en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, hace referencia a las leyes civiles, no a las tributarias que son administrativos y de orden público y se refiere también a los coetáneos en el contrato, no a los posteriores, pues éstas pueden ser de aplicación inmediata si son de orden público. Ni la entidad administrativa contratante, ni el gobierno nacional, están facultados para fijar indefinidamente en los contratos las tarifas impositivas ni para exonerar a los contribuyentes, puesto, que se trata de una atribución específica del Congreso Nacional conforme lo manda la Constitución Nacional en sus artículos 43, 76-13, 206 y 210.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Bogotá, D.E. once de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Gustavo Humberto Rodríguez**

Actor: Sociedad Chevron Petroleum Company of Colombia. Apelación de la sentencia de 7 de mayo de 1977 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Fallo.

Referencia: Expediente No. 4.929

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca remitió a esta Corporación el proceso de la referencia para que conozca de la apelación interpuesta contra su sentencia del 7 de mayo de 1977, por medio de la cual revisó la operación administrativa que determinó el tributo sobre la renta y complementarios a pagar por el año gravable de 1979, determinado a Chevron Petroleum Company of Colombia, con Nit. 60.008.805, el cual fijó en la cantidad de $39.585.459.oo, que la Dirección General de Impuestos Nacionales mediante su Resolución R-03066-H del 3 de junio de 1975 había fijado en $44.241.927.oo.

En la demanda se solicitó se diera aplicación al Decreto legislativo No. 2140 de 1955 (en vez de la Ley 10 de 1961), se limitara el agotamiento conforme al Art. 5 del Decreto 2140 de 1955, se iniciaran deducciones por agotamiento sobre participaciones petrolíferas, se incrementara el patrimonio básico para la liquidación del impuesto de exceso de utilidades, y se aplicara el artículo 10 del Decreto 2140 de 1955.

En su concepto, la Fiscalía 6a. de esta Corporación consideró que hubo falta del debido agotamiento de la vía gubernativa, al carecer el poder especial para actuar ante las autoridades tributarias de la presentación personal por parte del otorgante, y en consecuencia solicita que se revoque el fallo apelado y en su lugar se declare que no hay lugar a pronunciamiento de mérito.

Para ello, la Fiscalía considera que examinados los antecedentes administrativos se encuentra que el poder conferido al apoderado de la actora para actuar en la vía gubernativa tan solo tiene el reconocimiento de la firma del signatario, señor Guillermo Rocha en la Notaría 13 del Círculo de Bogotá (fol. 120), pero se omitió la presentación personal ante las autoridades tributarias. Y que con base en lo dispuesto en el artículo 145 del Decreto 1651 de 1961, en el 65 del C. de P.C. y en el 125 del C.C.A., tal presentación resulta ser un requisito ineludible, por lo cual esta Sección Cuarta el 24 de octubre de 1980 estimó que su omisión produce indebido agotamiento de la vía gubernativa (Exp. 6781, actor Cía. de Seguros La Fénix de Colombia, ponente Dr. Bernardo Ortiz Amaya), con las consecuencias propias de no reconocimiento de la personería adjetiva del reclamante.

SE CONSIDERA:

1. *El poder otorgado.*

En efecto, tal como lo sostiene la Fiscalía, esta Sección se ha pronunciado en la sentencia aludida y en otras posteriores, en el sentido de que la presentación personal por el signatario del poder constituye formalidad esencial para efecto del aludido reconocimiento por lo cual en aquella ocasión consideró que si la vía gubernativa fue indebidamente agotada por la parte interesada no nació para ella el derecho a ejercitar la acción de revisión de impuestos y por lo tanto ni el Tribunal ni el Consejo de Estado adquirieron competencia para decidir la cuestión por sentencia de mérito".

La Sección ha examinado el cuaderno de antecedentes administrativos y ha corroborado que a folio 120 aparece el poder otorgado por la contribuyente en las condiciones descritas por la Fiscalía.

Sin embargo, ha sido reiterada la tesis de que esta jurisdicción no entra a analizar los puntos que no se controvirtieron en la vía gubernativa, la cual se repite en ocasión, pues se advierte que en este proceso no hubo tal controversia.

Pero como la Fiscalía en varias ocasiones ha invocado el fallo en cuestión, resulta oportuno hacer algunas aclaraciones.

Se anota que el criterio adoptado por la Sección en relación con el punto en cuestión tiene su respaldo en la disposición del Art. 145 del Decreto 1651 de 1961, según el cual los memoriales de interposición de recursos o de otorgamiento de poderes deberán presentarse personalmente ante las oficinas de impuestos nacionales, ante cualquier autoridad judicial o administrativa de la república, o ante un Notario, de lo cual se dejará constancia escrita en el respectivo memorial con anotación de la fecha, norma que en lo sustancial es repetida por el artículo 65 del C. de P.C.

Sin embargo, es necesario hacer algunas precisiones para evitar equívocos en la interpretación del aludido artículo 145. ¿Cuál puede ser la intención del legislador al exigir la presentación personal de los poderes? No puede ser otra diferente a la de tener certeza de la autenticidad del documento, esto es, la de tener seguridad sobre la correspondencia o identidad entre el autor aparente, suscriptor del documento, y el real, o sea quien efectivamente lo ha suscrito. Lo que persigue la ley no puede ser la comparecencia física del signatario a la oficina pública tributaria correspondiente, sino esa certeza mencionada, dado que igualmente autoriza la presentación ante cualquier autoridad judicial o administrativa, o ante un Notario.

Establecido ese fin, cabe preguntar si la autenticación de la firma del suscriptor del documento ante un Notario con presentación personal resulta ser equivalente a la presentación personal de tal documento ante la autoridad tributaria, y la respuesta debe ser afirmativa. Como la autenticidad no se presume en el documento privado, es forzoso darle esa cualidad mediante el empleo de alguno de los mecanismos autorizados por la ley, porque solo a través de la autenticidad se puede apreciar la intención del suscriptor expresada en el contenido del documento suscrito. Se trata, entonces, de una forma subsidiaria de obtener esa autenticidad, siempre y cuando que la constancia dejada por la Notaría haga saber que para esos fines hubo también presentación personal del suscriptor. Conforme a los términos del artículo 145 comentado, esa "presentación personal" se exige en todos los casos, cualquiera que sea el funcionario ante quien se presente el documento.

De suerte que el agotamiento indebido de la vía gubernativa solo tiene ocurrencia en los eventos en que hay ausencia de esa presentación personal. En ese sentido se aclara la sentencia comentada.

La diligencia de autenticación de firmas hecha ante Notario tiene su equivalencia en la figura del reconocimiento surtida ante el juez, de que se ocupa el C. de P.C. Art. 252, figura ésta que pretende darle autenticidad, conforme lo indica tal norma. Por lo demás, el reconocimiento de la firma hará presumir cierto el contenido, como preceptúa el artículo 273 del C. de P.C., si el reconocimiento tuvo presentación personal.

En síntesis, cuando quiera que obre constancia, como en este proceso, de que el reconocimiento de la firma del signatario se hizo con presentación personal suya ante el Notario, habrá que concluir que están satisfechas las exigencias del citado artículo 145.

II, LOS MOTIVOS DE INCONFORMIDAD

1. *La sentencia apelada.* En ella se analizan los siguientes motivos de inconformidad.

a) *La aplicación del Decreto legislativo 2140 de 1955 en lugar de la Ley 10 de 1961.* El Tribunal no accedió a esta petición de la demandante porque consideró que la Ley 10 de 1961 es de orden económico-social, tal como se ve en su texto. Notifica el régimen tributario petrolero; crea una situación jurídica objetiva y, por ende, impersonal. Esta debe ser *idéntica* para todos los que se hallen en las mismas condiciones de hecho, debe ser *permanente*, o sea que aplicada a un caso concreto, subsiste y se puede ejercer respecto de otros de manera indefinida; debe ser modificable por la ley o el reglamento, de tal manera que el titular *no puede* exigir lo contrario, o sea que no se modifique, caracteres éstos que son propios de las leyes.

Esta premisa la sienta el Tribunal por cuanto que el demandante sostiene que en el contrato de concesión Zulia No. 837 (escritura pública No. 4304 de 5 de noviembre de 1968, Notaría 3a. de Bogotá), revisado por el Consejo de Estado, y en firme, se estipuló en su cláusula 2a. que tal convenio queda regido de manera absoluta e incondicional por diversas leyes, allí relacionadas, y algunos decretos como el 2140 de 1955, y las leyes vigentes al tiempo de su celebración, al tenor de lo dispuesto en el Art. 38 de la Ley 153 de 1887, razón por la cual debe aplicarse el aludido decreto legislativo a la tasación impositiva de la demandante, por el año fiscal de 1970, como se venía aplicando por las autoridades tributarias, y no la Ley 10 de 1961, la cual empezó a aplicarse una vez conocido el concepto de 11 de marzo de 1972 de la Sala de Consulta del Consejo de Estado. En consecuencia, tienen cabida, para el caso, los principios tutelares del contrato civil, contenidos en el Código de la materia.

Para refutar este planteamiento sostiene el fallo apelado que tales principios (C.C. Art. 1602; ley 153 de 1887, Art. 38) son ciertos y evidentes pero propios del derecho privado, y el contrato en cuestión es administrativo, cuyos efectos difieren de los propios de los convenios civiles, porque fue celebrado por la Administración y con el objeto estatal de explorar los recursos naturales del subsuelo. Que particularidad del contrato administrativo "es que la administración puede, en el curso de su ejecución, modificar el alcance de las prestaciones a efectuar por el co-contratante, bien para aumentar las asignaciones o para disminuir las suyas", por razones de servicio público, sin incidir en lo ya cumplido cuando se trata, como en este caso de un contrato de tracto sucesivo. Que por ello es preciso darle aplicación al Art. 30 de la Carta según el cual cuando resulten en conflicto los intereses de los particulares con la necesidad reconocida por la ley, el interés privado deberá ceder al público, de lo cual se concluye que en tales casos el Estado puede unilateralmente modificar una cláusula contractual, como la que aquí se examina. Luego si el Estado modificó en la Ley 10 de 1981 el régimen tributario de las exploraciones y explotaciones petrolíferas, es obvio que la administración debe aplicar sus normas y no las del Decreto 2140 de 1955, vigente cuando se celebró el contrato.

El demandante, a su turno, se apoyó en los salvamentos de voto al aludido concepto dados por los Consejeros Luis Carlos Sáchica y Alejandro Domínguez, según los cuales la derogación de la ley, no afecta las situaciones jurídicas autorizadas por ella. Pues bien, si se contrata con el Estado bajo el amparo de la ley tributaria que establece incentivos para que se contrate, mientras el contrato rija, se aplica la ley bajo la cual se contrató, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 36 de la Ley 155 de 1887.

Para resolver este punto se considera:

La doctrina foránea (Agustín Gordillo, Contratos administrativos, Buenos Aires, 1977, págs. 9 y ss.) ha explicado la evolución histórica de la caracterización de los contratos administrativos, para identificarlos y diferenciarlos de los civiles, señalando varias etapas: a) la antigua, en la cual, al no ser aceptada la noción de contrato administrativo, los que celebraba la administración se regían por los principios y reglas del derecho común, confusión que aún se conserva en algunos pocos países, como Alemania. b) La clásica, en la cual se abrió paso la figura del contrato administrativo, paralelamente al civil, y aquel se le señalaron ciertos caracteres distintivos la absoluta subordinación del contratista, el cual quedaba en inferioridad y desigualdad jurídica con la administración, la que tiene poderes de supremacía para señalar cláusulas exorbitantes del derecho común, para señalar su procedimiento y modificar sus cláusulas, y c) La moderna, en la cual se ha morigerado la desigualdad jurídica del contratista, acogiendo para el contrato administrativo algunas de las normas del derecho común.

Desde luego, cada país, según su legislación, se encuentra dentro de alguno de estos estadios. En Colombia, particularmente desde la expedición del estatuto contractual nacional contenido en el Decreto-ley 150 de 1976 se determinaron legislativamente los tipos de contratos administrativos, los sistemas de contratación, sus procedimientos, las cláusulas exorbitantes del derecho común, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los proponentes, los requisitos para la perfección de los contratos. Con todos estos preceptos se consagró una indudable subordinación del contratista frente a la entidad contratante, que se conservó, y aun se acentuó con el Decreto-ley 222 de 1983, que sustituyó a aquél estatuto.

Sin embargo, algunos principios del derecho común se han conservado. Sí, en el artículo 14 del Decreto-ley 150 de 1976 —reproducido en el 15a. del Decreto-ley 222 de 1983— se establece que son requisitos para que nazcan las obligaciones los señalados en el artículo 1502 del C.C., o sea los del consentimiento sin vicios, la causa y el objeto lícitos. De igual manera, para algunos contratos administrativos se autorizó el reajuste de precios, en guarda del equilibrio financiero de la convención. Y reglas como la del artículo 1609 del C.C. (exceptio non adimpleti contractus) se siguen considerando aplicables.

Pero ya en la legislación anterior se consagró la cláusula de caducidad administrativa, como ocurrió en el C.C.A. (Ley 167 de 1941), Arts. 254 y ss. aplicable entre otros a los contratos que celebre la administración para la explotación de un bien del Estado. Es claro que esta cláusula constituyó un avance hacia la caracterización del contrato administrativo por cuanto le imprimió la sujeción el derecho público en algunas de sus reglas. Correlati-

vamente significó la inaplicabilidad del principio consagrado en el artículo 1602 del C.C., que considera a todo contrato legalmente celebrado como ley para los contratantes y que no permite ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

En la doctrina y la jurisprudencia francesas también se ha planteado este problema, y allí se ha considerado que es inaplicable el artículo 1134 de su Código Civil, según el cual las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes. Comentando esta norma, Vedel anota que ella le da a los contratos caracteres de obligatoriedad, *inmutabilidad* e *igualdad* de los contratantes, y agrega:

Ahora bien, la jurisprudencia, sistematizada quizá de forma excesiva por la doctrina, rechaza, al menos en forma absoluta, los tres principios enumerados para los contratos administrativos, admite que, en ciertos casos, la Administración puede desentenderse de sus obligaciones y anular el contrato unilateralmente, sin falta del co-contratante, lo cual pone en entredicho el carácter *obligatorio* del contrato; así mismo, al otorgar a la Administración el derecho de modificar en forma sustancial las condiciones de la ejecución del contrato, pone en tela de juicio su *inmutabilidad*; finalmente, al conceder a la Administración privilegios particulares, ignora el principio de la *igualdad* de los contratantes (Vedel Georges, Derecho Administrativo, Madrid, 1980, pág. 204).

No obstante, es del caso anotar que las anteriores consideraciones — hechas en razón de que el demandante invoca la aplicación del artículo 1602 del C.C.— dicen en relación con los efectos atinentes a la materia del respectivo contrato administrativo, en cuanto concierne a su ejecución, en lo que es de su esencia, cuyas cláusulas no deben sufrir variación, desde el punto de vista privatista, y son susceptibles de alteración, vistas desde el enfoque del derecho publicista. El principio dominante es el de que cuando predomina el interés público, las necesidades de orden público hacen imperiosa su prevalencia sobre el individual en la nueva ley. Es que en estos contratos la Administración tiene prerrogativas exorbitantes del derecho común, aunque el contratante tiene el derecho al respeto del equilibrio financiero. Armonizar las dos nociones es el problema.

Pero, como se sabe, conforme a la disposición contenida en el artículo 1501 del C.C., en todo contrato se distinguen cláusulas que son de su esencia, de las que son de su naturaleza y las que son accidentales, entendiendo por las últimas aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen y que se le agregan por medio de cláusulas especiales. De suerte que si estos altos intereses generales hacen posible en ocasiones la mutación de las dos primeras especies de cláusulas, esa posibilidad adquiere el grado de certeza cuando se trata de las accidentales.

Trasladando estos conceptos al caso controvertido se tiene: incuestionablemente el contrato suscrito por la actora es de naturaleza administrativa en razón de ser sujeto interviniente un órgano de la administración y tener por objeto la prestación de un servicio público. Siendo ello así, es forzoso considerar que la cláusula 2a. invocada por el demandante, según la cual se sometería el contrato a lo dispuesto en materia tributaria por el Decreto 2140 de 1955,

entonces vigente, resulta ser una cláusula accidental susceptible de modificación, porque ni la entidad administrativa contratante, ni el gobierno nacional, están facultados para fijar indefinidamente en los contratos las tarifas impositivas ni para exonerar a los contribuyentes, puesto que se trata de una atribución específica del Congreso Nacional, conforme lo manda la Constitución Nacional en sus artículos 43, 76-13, 206 y 210. Son circunstancias ajenas a la persona pública contratante las que modificaron el régimen tributario, y las que conducen a la inobservancia de la citada cláusula 2a. Entra en juego la teoría de la imprevisión y del denominado "hecho del príncipe", que opera sobre las tres especies de cláusulas.

Comentando estos temas dice el mismo Vedel: "En efecto si la decisión que constituye el hecho del príncipe emana de una autoridad *extraña a la persona moral del contratante* (por ejemplo, el aumento de los impuestos del Estado que gravan al concesionario de un servicio público municipal), el hecho del príncipe opera como una circunstancia exterior a los contratantes, y el problema planteado se resuelve, en el caso de que suponga cambios en el equilibrio financiero, apelando a la teoría de la *imprevisión*" (ob. cit. pág. 211).

Ante estas tesis, pierde fuerza el argumento de la actora de que el contrato en cuestión fue revisado por el Consejo de Estado y se encuentra "firme". Su legalidad es indiscutible en la fecha en que se suscribió, y en cuanto al punto en discusión, mientras estuvo vigente el Decreto 2140 de 1955.

Es notorio que el Decreto 2140 de 1955 concedió incentivos tributarios para las compañías petroleras, en tanto que la Ley 10 de 1961, posterior al contrato, los eliminó al derogar aquel estatuto. Obviamente el legislador tuvo razones de orden público para hacer la eliminación. Se afirma por el demandante que así fue pactado en el contrato. Pero es obvio, además, que la administración no puede pactar privilegios tributarios indefinidos, cuando al pactar desconoce las futuras circunstancias económico-sociales que podrán hacer variar la decisión legislativa. El mandato del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, según el cual en todo contrato se entienden incorporadas las leyes *vigentes* al tiempo de su celebración, hace referencia a las leyes civiles, no a las tributarias, que son administrativas y de orden público. Y se refiere también a las coetáneas en el contrato, no a las posteriores, pues éstas pueden ser de aplicación inmediata si son de orden público.

Se concluye, entonces, que esta petición no podía ni puede prosperar, y en este punto la sentencia apelada debe ser confirmada.

b) *Limitación del agotamiento.*

Resuelto el punto anterior, que es el central y neurológico, de cuya solución dependen casi todos los demás, se analiza el referente al agotamiento o deducción extraordinaria, alegado por la actora. A este efecto, se transcribe lo pertinente del concepto de 11 de marzo de 1972 expresado por el Consejo de Estado:

"El Decreto 2140 de 1955, que se dictó con el propósito de estimular la industrial del petróleo, dividió el territorio nacional en sector occidental y sector oriental, y para cada uno de ellos reglamentó en forma distinta los estímulos.

"Para las explotaciones de petróleo del sector occidental, el decreto en su Art. 5o. creó el factor especial de agotamiento o deducción extraordinaria del 15%, adicional a la deducción normal del 10% en las condiciones y dentro de los límites allí indicados.

Para el sector oriental, y exclusivamente para las explotaciones de petróleo de esta región, el artículo 13 del decreto estableció que la deducción normal por agotamiento se concediera por todo el tiempo de la producción y sin sujeción al monto de inversiones efectivas, a la tasa del 28% del valor bruto del producto natural, excluyendo expresamente la deducción extraordinaria del 15% que estableció el Art. 5o. del decreto para la región occidental...

Como la administración limitó el valor de la deducción al 45% de la renta líquida, conforme al Art. 24 de la Ley 10 de 1981, la actora solicita en su demanda que se limite la deducción al 50% de la renta líquida computada antes de la deducción de agotamiento, de conformidad con el Art. 5o. del Decreto 2140 de 1955.

Dado que, según está explicado, la aplicable es la ley 10 de 1961, debe confirmarse la decisión negativa del Tribunal.

c) *Reserva para pensiones de jubilación.*

Los funcionarios de la Administración sostuvieron que la Compañía no había presentado dentro del término legal la documentación para obtener la deducción por concepto de la aludida reserva, pues el término venció el 22 de agosto de 1971, conforme al Decreto 884 de 1971, en tanto que la documentación se presentó el 22 de octubre del mismo año.

Pero como lo señala el Tribunal, es evidente que el Art. 1o. del Decreto 1501 de 1971 amplió expresamente en dos meses el aludido término, por lo cual la Compañía tiene derecho a tal deducción en cuantía de $844.000.oo.

d) *Agotamiento sobre participaciones petrolíferas.*

En su declaración de renta, la actora declaró como renta participaciones petrolíferas recibidas de varias compañías petroleras, y alegó el derecho al 10% de tal producción como deducción por agotamiento, conforme al Art. 5o. del Decreto 2140 de 1955, repetido por el 23 de la Ley 10 de 1961. Dada esa identidad de normas, es obvio que el Tribunal haya accedido a esta petición, que la Sala encuentra conforme a derecho.

e) *Areas improductivas.*

También se ajusta a derecho la decisión del Tribunal consistente en aceptar esta petición de la actora. En efecto, el artículo 25 de la Ley 10 de 1961 reconoce el derecho a amortizar el costo de las zonas improductivas con cargo a la renta de las que producen, pues entre ellas hay una incuestionable relación causal de las inversiones. No ha debido, pues la administración restar del patrimonio líquido la cantidad de $167.320.843, correspondiente a inversiones en áreas improductivas para establecer el patrimonio básico para la liquidación del impuesto de exceso de utilidades.

f) *Patrimonio básico.*

Este punto no fue reclamado por la actora en la vía gubernativa. En consecuencia no es susceptible de consideración en la contenciosa.

g) *Impuesto máximo de renta.*

La actora solicita se dé aplicación al artículo 10 del Decreto 2140 de 1955. Como no tiene aplicación este decreto, conforme está explicado ampliamente, se ajusta a derecho la decisión del Tribunal, de negarlo.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia que ésta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Gustavo Humberto Rodríguez, Bernardo Ortiz Amaya, Enrique Low Murtra M., Carmelo Martínez Conn.

Jorge A. Torrado, Secretario.

IMPUESTOS. LIQUIDACION DE REVISION. RECURSO DE REPOSICION. ART. 24 Decreto 2821 de 1974. Es posible subsanar algunos de los requisitos omitidos con ocasión de la reposición del auto que desecha el primer recurso. En el memorial de recurso debe expresarse en forma concreta los motivos de inconformidad, pero que no es necesario en tal ocasión sustentar el recurso plenamente y traer las pruebas pertinentes, pues todo ello puede cumplirse con ocasión de todo el trámite gubernativo.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Bogotá, dieciocho de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Enrique Low Murtra**

Demandante: **Embotelladora de Santander S.A.**

Referencia: Radicación 7.402. Apelación de la sentencia del Tribunal de Santander sobre impuestos de renta por el año de 1974.

El Tribunal Administrativo de Santander no hizo pronunciamiento de mérito en el juicio de revisión de impuestos impetrado por la sociedad Embote-

lladora de Santander S.A. en relación con la operación administrativa de liquidación del impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1974. La sentencia del tribunal ha sido apelada por el apoderado legal de la sociedad actora.

ANTECEDENTES:

1. A la sociedad Embotelladora de Santander S.A. se le practicó una inspección ocular sobre los libros de contabilidad en relación con su obligación fiscal por el año gravable de 1974. Resultado de esta visita fue la glosa sobre los pagos efectuados por la sociedad actora a la sociedad industrial de Gaseosas S.A. en cuantía de $620.199.76, suma que, al sentir de los funcionarios administrativos, debía desestimarse por cuanto tales pagos no podían considerarse como necesarios por la naturaleza del negocio. Se trata de pagos relacionados con la prestación del servicio de asesoría, pruebas químico físicas, análisis microbiológicos, control de calidad, estudios de mercadeo y ventas de productos. Al comparar tales gastos con el objeto social de la empresa, la oficina administrativa concluyó que "la prestación de servicios no es una actividad propia de la misma, en razón de lo cual la deducción solicitada por la contribuyente no puede ser aceptada".

2. La actora, por memorando recibido el 5 de enero de 1977 contestó la glosa expresada por la administración arguyendo que tales gastos sí constituían verdaderas expensas necesarias.

3. Al practicar la liquidación de revisión la administración adicionó la base del tributo no solo con el rechazo referido en el acta de inspección contable sino también con otras partidas de gastos que fueron igualmente desestimadas: a) pagos médicos y de drogas por $782.473 por cuanto tales "gastos deben ser cubiertos por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales" y b) $110.585 por concepto de vacaciones en cuanto los pagos por vacaciones son deducibles tan solo en cuanto han sido efectivamente pagadas. Esta liquidación se practicó el 9 de septiembre de 1977.

4. Por medio de memorial presentado el 5 de enero de 1978, la contribuyente interpuso recurso de reposición el cual se limitó a impugnar la desestimación hecha por la administración en relación con la partida de $620.199.76. Aunque en su enunciado dice la actora que impugna todos los factores de la liquidación de revisión, en su contexto, se limita a objetar uno de ellos, como queda dicho (folios 1-4 cuaderno antecedentes administrativos).

5. Por esta razón, la administración dictó el auto 0139 del 30 de abril de 1979 en el cual hace el siguiente raciocinio:

"De conformidad con el artículo 24 del Decreto 2821 de 1974, el recurso de reposición contra las liquidaciones deberá cumplir las siguientes condiciones:

"1o. Que se formule por escrito, con expresión concreta de los motivos de inconformidad.

"2o. Que se presente una liquidación privada en la cual se incluyan los factores no discutidos de la oficial, junto con la prueba de haberse pagado su

valor. Si todos los factores estuvieren impugnados, bastará en este caso acreditar el pago de la liquidación privada anexa a la declaración.

"3o. Que se interponga dentro de la oportunidad legal, y

"4o. Que se acredite la personería adjetiva, cuando fuere el caso.

"El inciso final de la misma disposición establece que cuando no se cumplan cualesquiera de los requisitos allí señalados, el funcionario del conocimiento desechará el recurso mediante auto.

"Ahora bien, del estudio del expediente se concluye que el contribuyente de autos no cumplió el requisito previsto en el numeral 2 de la norma comentada, toda vez que el recurrente dejó de impugnar los siguientes factores:

"1. Las deducciones rechazadas por concepto de médico y drogas en la suma de $782.473.

"2. El valor de las vacaciones consolidadas en la cantidad de $110.585.

"3. Otros gastos no deducibles por la suma de $20.405.

"En razón que estos factores consecuencialmente afectan de manera directa la base gravable de renta, al no haber sido impugnados, dicha base se incrementa en el mismo valor y por ende se reflejan en un mayor impuesto de renta; por lo tanto ha debido elaborar una nueva liquidación privada incluyendo los factores no discutidos y además acompañar los respectivos recibos de pago sobre el impuesto determinado en la nueva liquidación privada.

"Ante la omisión del memorialista, este despacho procedió a practicar la nueva liquidación privada de que trata el numeral 2 del artículo 24 del Decreto 2821 de 1974, en los siguientes términos:

"Renta gravable determinada en la liquidación de revisión recurrida.	$ 9.574.091	IMPUESTO
"Menos, deducciones rechazadas según inspección contable.	$ 620.200	
"Renta líquida gravable	$ 8.953.891	$ 3.581.556
"Menos descuentos tributarios		$ 8.788
"Total a cargo de la Sociedad		$ 3.572.768

"Al verificar los comprobantes de pago sobre el impuesto de renta por la vigencia de 1974 que fueron allegados al informativo, se tiene que éstos tan solo acreditan pagos por el mismo concepto en la cantidad de $3.244.729. Al comparar esta suma con la cantidad fijada en la liquidación proforma practicada por esta oficina, vemos que le faltaría acreditar el pago oportuno de la parte insoluta de su obligación tributaria en la cantidad de $328.039 para dar por cumplida la referida formalidad procesal".

6. El apoderado de la actora acudió a la administración en reposición contra este auto en el cual sostuvo:

"En el presente caso se presentan los siguientes problemas de orden jurídico que pongo a la consideración de esa División:

"1o. De acuerdo con lo afirmado en el literal c) que aparece en la parte relativa con los presupuestos procesales, se expresó que se discutían todos los factores de la de revisión. Se dijo textualmente:

"Se demuestra la cancelación total de la liquidación privada, *en atención de que se discuten todos los factores de la revisión*, con las copias y fotocopias de los siguientes comprobantes:

"De manera que al referirse al recurso relacionado con la desestimación hecha en la inspección contable, se estaba haciendo una discusión parcial de la impugnación total hecha al acto administrativo de la liquidación. Vale decir, faltaba proponer la discusión de los demás factores que conforman la liquidación de revisión.

"2o. La discusión total, enunciada como factor procesal en el recurso, puede completarse con ocasión del presente recurso de reposición contra el auto de desecho, con base en la doctrina contenida en la providencia de 28 de julio de 1977, proferida por el H. Consejo de Estado, conforme a la cual y de acuerdo con lo previsto en el numeral 2o. del artículo 27 del Decreto 2821 de 1974,... desechado inicialmente el recurso por falta de presupuestos procesales, exigidos, al interponer el nuevo recurso de reposición puede el contribuyente completar las pruebas con los requisitos que hayan sido insuficientemente cumplidos, para que la Administración quede obligada a entrar a resolver en el fondo las peticiones del reclamante...".

"La anterior doctrina fue acogida en todas sus partes en la Circular No. 1 de septiembre 22 de 1977, emanada de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

"3o. En este orden de ideas, el requisito procesal relacionado con la discusión de todos los factores de la liquidación de revisión, se cumple si se tiene en cuenta que se propone la nulidad de la misma por las consideraciones siguientes:

"a) *La liquidación de revisión se notificó con posterioridad al término señalado en el artículo 11 del Decreto 2821 de 1974:*

"La Declaración de Renta fue presentada por la sociedad el día 8 de mayo de 1975. De manera que, habiendo sido notificada el día 9 de septiembre de 1977, se hizo fuera de los términos establecidos en artículo mencionado. En efecto:

"El inciso 3o. del artículo 7o. del Decreto en cita, establece que cuando se adiciona la declaración, el término para practicar la liquidación de revisión se contará a partir de la fecha de la última adición. Pero ocurre que las normas posteriores que se refieren a la declaratoria en firme de la liquidación privada y su modificación son del siguiente tenor:

"Artículo 11. La liquidación privada quedará en firme si transcurridos dos (2) años *desde su presentación*, no se hubiere notificado la liquidación de revisión (Subraya el apoderado).

"Artículo 15. Las liquidaciones privadas podrán modificarse de oficio, por una sola vez, dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha de la declaración de renta o de ventas.

"Se aprecia claramente que ninguna de las dos disposiciones hace referencia a la "última adición", configurándose en consecuencia una contradicción con el artículo 7o. del citado Decreto.

"En tales casos es procedente acudir a las reglas de interpretación contenidas en la Ley 153 de 1887, en especial la expuesta en el artículo 5o., según el cual:

"2o. Cuando la disposición tenga una misma especialidad o generalidades, y se hallan en un mismo código, preferiría la disposición consagrada en el artículo posterior.

"Por tanto, siendo obviamente posteriores los artículos que hacen referencia a la declaración en firme de la liquidación privada, acorde con las reglas de hermenéutica jurídica, deben primar sobre el anterior, lo que equivale a decir, que el término de los dos años deben contarse desde la fecha de la presentación de la declaración, tal como lo ordena en forma perentoria el artículo 11 del Decreto en mención.

"Consecuencia de todo lo dicho es la de que, en el caso sublite, si se toma la fecha que aparece en la liquidación consignada por la Administración de Impuestos ésta se surte fuera de los términos señalados en el susodicho artículo 11, lo cual produce de plano igualmente la confirmación de la liquidación privada presentada por la sociedad.

"b) *La aclaración presentada por la sociedad correspondiente al ejercicio gravable de 1974, presentada el 4 de noviembre de 1975, jurídicamente no es una adición:*

"Evidentemente no se trata de una adición pues no existió modificación de las bases gravables sino únicamente el envío de requisitos eminentemente formales.

"Por otra parte, es preciso tener en cuenta que la Administración, para efectos de los términos no podía basarse en la fecha de su presentación (noviembre 4 de 1975), toda vez que se hizo fuera de los seis (6) meses consagrados en el artículo 7o. del susodicho Decreto 2821 de 1974. Así lo ha consagrado la Dirección General de Impuestos en el concepto No. 036 de diciembre 9 de 1977:

"

"3o. Las informaciones suministradas por fuera del término legal para adicionar pueden considerarse como confesiones en determinadas circunstancias con las incidencias fiscales que tal calificación implica. (Art. 74 del Decreto 1651/61 y 12 del Decreto 2821/74. *En síntesis no pueden ellas variar el término consagrado para la liquidación de revisión"* (Subraya el libelista).

"Por consiguiente, es otra razón de más para que, no existiendo término de adición legal, se declare que la liquidación de revisión fue practicada fuera de los dos años establecidos en el artículo 11 del Decreto 2821 de 1974.

"4o. Por último, resta observar que la situación de la sociedad que represento se halla contemplada en la Circular No. 008 de junio 21 de 1978, expedida por la Dirección General de Impuestos Nacionales, según la cual:

"Ha de entenderse cumplido el requisito procedimental del pago cuando el contribuyente acredita el pago de la liquidación privada anexa al denuncio fiscal, en los siguientes casos:

"1o. Cuando el contribuyente impugna totalmente la liquidación de revisión pero al sustentar el recurso sólo pruebe parcialmente los hechos en que se funda.

"Una cosa es la expresión de los motivos de inconformidad, la impugnación, otra la sustentación y las pruebas pertinentes para la procedencia de los pedimentos consignados en el memorial correspondiente.

"2o. Cuando el interesado concretamente expresa los motivos de inconformidad pero no los fundamenta, no los sustenta, o lo hace parcialmente. La formalidad requerida por el artículo 24 del Decreto 2821 de 1974 está limitada a la "expresión concreta de los motivos de inconformidad", en consecuencia es ilegal exigir presupuestos diferentes a los contemplados en la ley.

"3o. Cuando el contribuyente solicita la nulidad de la liquidación de revisión y en subsidio se reconozca los factores desestimados de la liquidación privada aunque solo fundamente parcialmente su pedimento y no proceda la nulidad.

"4o. Cuando el interesado expresamente anota en el memorial de reclamo que "impugna todos los factores distintos de la liquidación privada", *aunque los mismos no se fundamenten*" (Subraya el apoderado).

"Precisamente la compañía manifestó en forma expresa que impugnaba todos los factores de la liquidación oficial, en razón de lo cual solamente cancelaba el total de la liquidación privada, para los efectos del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 24 del Decreto 2821 de 1974".

7. El funcionario administrativo denegó el punto sosteniendo:

"Al respecto, este despacho considera que su situación no ha variado, dado que en su memorial de impugnación tan solo manifiesta enunciativamente que discute todos los factores de la revisión, en esta forma es inadmisible su pedimento toda vez que el numeral 1o. del artículo 24 del mismo estatuto expresamente establece: "Que se formule por escrito, *con expresión concreta* de los motivos de inconformidad".

"En el caso de autos, el memorialista omitió objetar concretamente las deducciones rechazadas por concepto de pagos a médicos y drogas, vacaciones consolidadas y otros gastos no deducibles por la cantidad de $913.463.oo, cantidad que afecta directamente la base gravable de renta y se refleja en un mayor impuesto sobre la renta; por consiguiente sigue subsistiendo el mismo impedimento procesal indicado en el auto recurrido".

DEMANDA:

El apoderado de la actora acudió ante la jurisdicción solicitando la revisión de la operación administrativa. De su demanda se destacan los siguientes apartes:

"1o. *Cumplimiento de los requisitos procesales contemplados en el artículo 24 del Decreto 2821 de 1974.*

"La División de Auditoría por intermedio de la Sección de Análisis y Crítica de Documentos, sostiene que en razón de que la compañía omitió objetar concretamente las deducciones rechazadas por concepto de pagos a médicos y drogas, vacaciones consolidadas y otros gastos no deducibles, por valor de $913.463.oo, se origina un mayor impuesto que no se canceló con motivo del recurso.

"Sin embargo, se cuidó de analizar las argumentaciones expuestas apoyadas con base en jurisprudencia del H. Consejo de Estado y Circulares de la Dirección General de Impuestos Nacionales, en las cuales se demostraba que con ocasión de los recursos de reposición contra los autos de desecho se podían completar los requisitos señalados en la disposición en comento.

"Por ello estimo que ninguna razón asistió a la Sección de Análisis y Crítica de Documentos, para no decidir de fondo sobre el motivo de inconformidad expuesto, con el argumento de que como inicialmente no se interpuso el recurso de reposición con el lleno de la formalidad prevista en el numeral 2o. del artículo 24 del Decreto 2821 de 1974, no era posible satisfacer esta exigencia en el segundo recurso, pues al interpretar el numeral 2o. del artículo 27 de este Decreto, el H. Consejo de Estado dijo:

"Ahora bien, el numeral 2o. del artículo anteriormente transcrito no especifica a cual recurso se refiere, lo que da pie para considerar que desechando inicialmente el recurso por falta de los presupuestos procesales exigidos, al interponer el nuevo recurso de reposición puede el contribuyente completar las pruebas con los requisitos que hayan sido insuficientemente cumplidos, para que la Administración quede obligada a entrar a resolver en el fondo las peticiones del reclamante.

"No puede entenderse dicha norma en el sentido de que sólo pueden cumplirse esos requisitos en el primer memorial de reclamo, pues puede ocurrir que habiendo sido formulado éste con suficiente anticipación al vencimiento del término de los cuatro (4) meses establecidos por el artículo 19 del mismo decreto, la administración dictó el primer auto con posterioridad a ese término, impidiendo en esa forma que la parte interesada pueda corregir las deficiencias anotadas dentro de la oportunidad legal para que su reclamo pueda ser estudiado en el fondo.

" .....

"Como la ley al hablar de la estimación del mérito de las pruebas señala que deben tener en cuenta por haberse acompañado "al memorial de recurso o pedido en éste" y tanto el primero como el segundo son recursos, desde el punto de vista procesal con igual categoría, no puede el intérprete hacer más exigente este término cuando la ley no ha hecho el distingo, exigencia que sólo va en perjuicio de los derechos del contribuyente contrariando la norma general de que la interpretación más favorable al contribuyente debe ser la aconsejable para la defensa de sus propios intereses" (Sent. julio 23 de 1977; Consejero ponente: Dr. Bernardo Ortiz Amaya).

"Esta jurisprudencia fue acogida en todas sus partes por la Dirección General de Impuestos en la Circular No. 010 de septiembre 22 de 1977.

"Igualmente, es de vital importancia tener en cuenta que precisamente con el fin de armonizar la anterior jurisprudencia relacionada con el artículo 27 y el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 24 del Decreto 2821 de 1974, la misma Dependencia Administrativa dictó la Circular No. 008 de junio 21 de 1978, en la cual se dieron los siguientes criterios de forzoso cumplimiento para los funcionarios de impuestos, y que señalan las pautas a seguir en caso concreto de la sociedad que represento.

"Establece la Circular citada:

"Ha de entenderse cumplido el requisito procedimental del pago cuando el contribuyente acredita el pago de la liquidación privada anexa al denuncio fiscal, en los siguientes casos:

"1o. Cuando el contribuyente impugna totalmente la liquidación de revisión pero el sustentar el recurso sólo prueba parcialmente los hechos en que se funda.

"Una cosa es la expresión de los motivos de inconformidad, la impugnación, otra la sustentación y las pruebas pertinentes para la procedencia de los pedimentos consignados en el memorial correspondiente.

"2o. Cuando el interesado concretamente expresa los motivos de inconformidad pero no los fundamenta, no los sustenta, o lo hace parcialmente. La formalidad requerida por el artículo 24 del Decreto 2821 de 1974 está limitada a la expresión concreta de los motivos de inconformidad", en consecuencia es ilegal exigir presupuestos diferentes a los contemplados en la ley.

"3o. Cuando el contribuyente solicita la nulidad de la liquidación de revisión y en subsidio se reconozca los factores desestimados de la liquidación privada aunque solo fundamente parcialmente su pedimento y no preceda la nulidad.

"4o. Cuando el interesado expresamente anota en el memorial de reclamo que "impugna todos los factores distintos a la liquidación privada", aunque los mismos no se fundamenten.

"A la sociedad debe aplicarse las consecuencias de la Circular transcrita de acuerdo con las siguientes apreciaciones:

"En el memorial de reposición en el punto pertinente a los presupuestos procesales, se dijo textualmente:

"Se demuestra la cancelación total de la liquidación privada, en atención de que se *discuten todos los factores de la de revisión...* (Subraya el demandante).

"En esta situación debe entenderse surtido el cumplimiento del requisito del pago con la cancelación de la liquidación privada, ya que se da la hipótesis contemplada en el ordinal 4o. que establece:

"Cuando el interesado expresamente anota en el memorial del reclamo que "impugna todos los factores distintos a la liquidación privada", aunque los mismos no se fundamenten.

"Pero es más:

"Asimismo, la sociedad al solicitar la nulidad de la liquidación de revisión en el memorial de reposición al auto de desecho, en cumplimiento a lo ordenado en el artículo 29 del Decreto 2821 de 1974, formulación procedente y valedera según la jurisprudencia del H. Consejo de Estado anteriormente transcrita, se colocaba en la situación contemplada en el ordinal 3o. de la Circular en mención, según el cual:

"Debe entenderse efectuado el pago según la liquidación privada, "cuando el contribuyente solicita la nulidad de la liquidación de revisión y en subsidio se reconozcan los factores desestimados en la liquidación privada aunque solo fundamente parcialmente su pedimento y no proceda la nulidad".

"De todo lo anteriormente expuesto y de acuerdo con ordenamientos de la Dirección General de Impuestos, se concluye sin lugar a dudas que la sociedad inicialmente con la cancelación de la privada dio cumplimiento a la exigencia procesal contemplada en el numeral 2o. del artículo 24 del Decreto 2821 de 1974.

"2o. *Nulidad de la liquidación por haberse practicado fuera del término previsto en el artículo 11 del Decreto 2821 de 1974 y consecuencialmente confirmación de la liquidación privada.*

"La declaración de renta fue presentada por la sociedad el día 8 de mayo de 1975, siendo por consiguiente el 8 de mayo de 1977 el plazo preclusivo para practicar la de revisión. Se dice lo anterior por cuanto la declaración presentada el día 4 de noviembre de 1979 no constituye ninguna adición, pues no existió modificación de las bases gravables sino únicamente el envío de requisitos eminentemente formales. En consecuencia, mal puede extenderse a dicha fecha el plazo para contar los dos años que tiene derecho la Administración para modificar la liquidación privada, como lo hizo en el presente caso al notificarla el día 9 de septiembre de 1977.

"Entonces, al practicarse con posterioridad a la fecha que tenía de conformidad con el artículo 11 del Decreto 2821 de 1974, se hizo cuando ya carecía de competencia para dictarla, lo cual produce su nulidad por dicho motivo, según el mandato del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, aplicable como norma supletoria de procedimiento.

"En tales condiciones debe declararse en firme la liquidación privada presentada por la compañía.

"3o. *Nulidad del auto No. 0330 de julio 31 de 1979:*

"Evidentemente, la Sección de Análisis y Crítica de Documentos no podía dictar en la fecha el auto mencionado, por cuanto con ello se desconocía el término probatorio consagrado en el artículo 48 del Decreto 1651 de 1961, según el cual:

"Dentro de los dos meses siguientes a la interpretación de los recursos los interesados deberán sustentarlos y pedir y presentar pruebas. En el caso de que sea necesario obtener pruebas fuera del país, el término podrá prorrogarse hasta por cuatro meses más. *Vencidos* estos términos el negocio debe fallarse teniendo en cuenta los elementos probatorios allegados; no obstante, el contribuyente podrá pedir y presentar pruebas y alegatos hasta el día anterior a aquel en que se reparta el expediente para proyectar el fallo de fondo" (Subraya el actor).

"*No podrá fallarse el recurso* mientras no se haya vencido el término probatorio de que disponga el contribuyente a menos que éste lo renuncie expresamente" (Subraya el actor).

"Esta norma de forzosa aplicación por ser procedimiento y como tal de orden público, ha debido aplicarse al caso de la sociedad que represento, pues la reforma efectuada por la expedición del Decreto 2821 de 1974, la modificó parcialmente dejándola vigente en lo concerniente con el término para presentar alegatos.

"Así las cosas, habiéndose presentado el recurso de reposición el día 21 de junio de 1979, no podrá fallarse antes del 21 de agosto, en razón del término consagrado en la norma transcrita. De manera que al fallarse con anterioridad a dicho término (julio 31), se incurrió en la nulidad prevista en el ordinal 6o. del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, el cual establece:

"El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

"....

"6o. Cuando se omiten los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión.

"Por lo anterior es por lo que solicito al H. Tribunal se decrete la nulidad del auto mencionado con las consecuencias que de ella se derivan.

"4o. *Aplicación del Silencio Administrativo Positivo:*

"Se tiene en este orden de ideas que habiéndose interpuesto el recurso con el lleno de los requisitos procesales, es de forzosa aplicación la ficción de favorabilidad de que trata el artículo 9o. de la Ley 8a. de 1970, máxime que, como ya se vio, es nulo el auto No. 0330 de julio 31 de 1979, lo cual da por resultado que hasta la fecha el recurso de reposición no ha sido decidido legalmente.

"Por consiguiente, deben accederse a las peticiones consignadas en el recurso como son: nulidad de la liquidación de revisión y dejar sin efecto la adición a la renta por valor de $620.199.76.

"5o. *Subsidiariamente, se estudien de fondo los planteamientos hechos en el memorial de reposición:*

"En el caso muy improbable de que el H. Tribunal no acepte las consideraciones relacionadas con la invalidez de los actos administrativos por violaciones directas a claras normas de procedimiento, solicito se analice el punto no resuelto por las causas anotadas, referente al rechazo del pago efectuado a la sociedad Industrial de Gaseosas S.A., el cual, se hizo con desconocimiento de

los principios señalados en el artículo 45 del Decreto No. 2053 de 1974, relacionado con las deducciones denominadas expensas necesarias, pues es proporcional y necesario dentro de las limitaciones previstas en la ley".

FALLO DEL TRIBUNAL

El Tribunal consideró que no se daban los presupuestos fácticos para la aplicación del silencio administrativo positivo y que tampoco era del caso considerar las pretensiones de mérito de la actora pues ésta no había agotado debidamente la vía gubernativa.

Dijo así:

"Para que se entienda reclamados los factores de la liquidación de revisión no basta que en forma abstracta o indefinida se afirme por el contribuyente estar en desacuerdo con el acto regulador del tributo. No es suficiente semejante presentación del reclamo, porque el legislador exigió que la controversia se incoara con *"expresión concreta* de los motivos de inconformidad" (Art. 24-1 Decreto 2821 de 1974), para que las dependencias encargadas de desatarlas pudieran conocer inequívocamente la insatisfacción del recurrente y evaluarla comparando los argumentos de los liquidadores, con los que el afectado haya presentado en apoyo de su interés. La concreción de la discordancia tiene un relieve procesal adicional, de gran trascendencia para el sistema fiscalista: aquellos factores que originaron un mayor impuesto que no sean motivo de expresa impugnación por el interesado se tomarán en cuenta para realizar una liquidación para reclamar que el contribuyente deberá pagar antes de presentar el recurso, pues en la parte en que no son discutidos los tributos adquieren firmeza y se hacen definitiva inmediatamente exigibles.

"No vale aducir en contra que en una circular de la Dirección General de Impuestos (No. 008 de 1978) se haya reconocido como suficiente el pago de la privada cuando el interesado expresa que impugna todos los factores distintos a la privada aunque no los fundamente. Tal criterio puede tener cierta fuerza vinculante para los subordinados jerárquicos de la Dirección, pero no para la jurisdicción que precisamente revisa sus actos. Para el Juez no pasa de ser una interpretación de las normas, que puede o no compartir, según la solidez de la argumentación.

"El Tribunal se aparta de lo expresado en dicha Circular, respecto de este particular asunto, porque si la Ley exigió que la manifestación, especificación o declaración de la insatisfacción del contribuyente debía hacerse en forma *concreta* (dícese de cualquier objeto *considerado en sí mismo*, con exclusión de cuanto pueda serle extraño o accesorio —RAL—), no puede el intérprete convertir esa obligación en una ambigua o equívoca formulación de la impugnación, facilitando con ello que se soslaye el principio que a continuación consignó el mismo legislador de que se paguen, como condición previa esencial del reclamo, los tributos en la cuantía en que no hayan sido objeto directo del ataque del contribuyente (Decreto 2821 de 1974, Art. 24-2).

"No es cierto, como lo pretende la demanda, que la jurisprudencia haya reconocido que los motivos de inconformidad no expresados en el recurso inicial puedan irse formulando a medida que transcurre la vía gubernativa, y menos

aún que tal cosa se haya admitido cuando la adición de los términos iniciales del debate tiene como finalidad y consecuencia que un pago de impuestos fallido en la cuantía se torne en suficiente y apto, para efectos de la procedibilidad del reclamo. Si bien se ha dado una interpretación favorable para el tributante a los Arts. 24 y 27 del Decreto 2821 de 1974, para permitirle que subsane omisiones puramente formales con ocasión de los recursos subsiguientes (ej. personería, prueba del pago), la presentación misma del objeto del litigio no ha tenido ese tratamiento, como no lo han tenido los requisitos propiamente sustantivos, tales como el pago mismo.

"Basta aquí recordar lo que el H. Consejo de Estado —Sección Cuarta— en sentencia de febrero 21 del año en curso señaló:

"Sobre este punto cabe aclarar que el Consejo de Estado ha aceptado que el reclamo por la vía gubernativa debe considerarse como bien propuesto si dentro de su trámite se acredita que el interesado ha pagado oportunamente los impuestos derivados de su liquidación privada, pues es un asunto probatorio que puede subsanarse si se presenta la prueba del pago oportuno. Pero no ocurre lo mismo en cuanto al interesado no ha manifestado las razones de su disentimiento con la liquidación oficial ni ha señalado los factores que modificaron su liquidación privada y que considera como inaceptables, pues en esas condiciones la deficiencia ya no se relaciona como un mero aspecto probatorio sino que afecta la sustancia del reclamo y la razón de ser del mismo" (Actor Pedro Nel Barragán, Pte. Dr. Ortiz Amaya, Rad. 6528).

"Claramente definido que el recurrente no expresó en debida forma más que un motivo de inconformidad, que ha debido efectuar liquidación para reclamar y abonar impuestos en suma superior a la liquidación privada, cosa que no hizo, sobreviene como fatal consecuencia el que no haya lugar al silencio positivo señalado por el Art. 9o. de la Ley 8a. de 1970.

"Sobre el particular expresó el Tribunal de Santander, en caso semejante:

"Así, pues el recurrente no obtuvo pronunciamiento de fondo por parte de la administración, porque no interpuso sus recursos 'con el lleno de las formalidades legales'.

"Y por la misma razón no tiene derecho a que se declare fallada en su favor la reclamación, porque cuando la Ley 63 de 1967, en su artículo 36 estableció esta forma ficta de decidir los recursos, para apremiar a la administración en su tarea de decidirlos regularmente, la condicionó como salvaguardia de los intereses de los contribuyentes que habían hecho uso de los recursos *'con el lleno de las formalidades legales'*. En el punto, la ley 8a. de 1970 se limitó a reducir el término para decidir, mas no suprimió la calificación del recursos. Mal puede empezar a correr contra la administración el lapso apremiante de dos años, a partir de la interposición del recurso, cuando este adoleció de irregularidades que, en el caso de ser decidido a tiempo, impondrían su inadmisión por carencia de presupuestos procesales (Sent. agosto 30 de 1979, Actor Pedro Nel Barragán).

"Los anteriores razonamientos fueron íntegramente compartidos por el Consejo, según se ve en el fallo ya mencionado.

"Es bueno explicar que desde la iniciación del debate hasta la conclusión definitiva del mismo no transcurrieron dos años, y que la súplica del silencio positivo se hizo bajo la consideración de que el auto que agotó la vía gubernativa se produjo con violación de la ley, en forma tal que el reclamo debe entenderse sin pronunciamiento válido oportuno. Pero encontrándose ausente el supuesto de regularidad de los recursos, es inoficioso entrar en consideraciones sobre el segundo extremo de la prescripción, el cronológico".

APELACION

Al sustentar su apelación, el apoderado de la actora sostuvo, entre otras cosas:

"Insisto ante esa superioridad sobre el hecho de que la sociedad que represento sí dio cumplimiento a los requisitos señalados para hacer viable el estudio del recurso de reposición.

"Cabe anotar primeramente que la compañía con ocasión del memorial inicialmente presentado, se allanó a la exigencia de que trata el ordinal 1o. del artículo 24 del Decreto 2821 de 1974, ya que expresamente afirmó en la parte relacionada con los presupuestos procesales que cancelaba el total de la liquidación privada, en atención de que se discutían *todos* los factores de la de revisión. La manifestación efectuada en esa forma indicaba sin lugar a dudas que se ponía en tela de juicio la validez misma de la liquidación de revisión entendida como una totalidad de diversos factores numéricos, vale decir, que desde el primer momento se estaba proponiendo su anulabilidad en forma implícita.

"Por lo anterior fue por lo que la Dirección General de Impuestos en la Circular No. 008 de junio 21 de 1978, ordenó a los funcionarios seguir las siguientes pautas en lo que hace referencia al cumplimiento del requisito procedimental del pago cuando el contribuyente acredita el pago de la liquidación privada:

"1o. Cuando el contribuyente impugna totalmente la liquidación de revisión pero al sustentar el recurso sólo prueba parcialmente los hechos en que se funda....

" .....

"4o. Cuando el interesado expresamente anota en el memorial de reclamo que "impugna todos los factores distintos a la liquidación privada", aunque los mismos no se fundamenten.

"Precisamente las hipótesis contempladas en la Circular transcrita eran de forzosa aplicación para el caso sub-judice por parte de los funcionarios de impuestos.

"Sobre el particular, afirma el Tribunal que si bien es cierto que el criterio expuesto puede tener fuerza vinculante para los subordinados jerárquicos de la Dirección, no lo es para la Jurisdicción que revisa sus actos.

"No comparto este criterio por las razones que comedidamente me permito exponer a continuación:

"a) A partir del Decreto 074 de 1976, la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos tiene la facultad legal para interpretar, con carácter obligatorio para todos los funcionarios, las disposiciones legales y reglamentarias referentes a los tributos de competencia de la Dirección de Impuestos.

"Dichas Instrucciones o Circulares contienen, por tanto, la interpretación autorizada por la ley y el reglamento y se entienden incorporados a la disposición explicada, pues el intérprete no hace más que dar la definición de la norma materia de su estudio.

"Los anteriores conceptos quedaron plasmados en la Circular No. 009 de agosto 8 de 1978, vigente por no haber sido anulado por las autoridades contencioso-administrativas.

"b) Esa superioridad por auto de diciembre 13 de 1976, definió la existencia de los actos administrativos y las circulares como tales, en los términos siguientes:

"Acto Administrativo es la unilateral expresión de voluntad de la administración por medio de la cual se crea, en forma obligatoria, una situación jurídica de carácter general, impersonal o abstracta o bien, de carácter subjetivo, individual y concreto.

"Fácilmente se adiverte que la simple opinión de un funcionario en un caso particular (contenida en los oficios acusados) no tiene virtualidad ninguna de obligatoriedad, desde luego que no obliga a las autoridades tributarias inferiores, ni a los particulares, como sí ocurre con las circulares enderezadas a producir efectos generales en cuanto a la forma de aplicar la legislación tributaria. Distinta es la situación que se contempla cuando lo que es simple opinión se concreta y aplica para decidir un caso particular, hipótesis en la cual surge un acto administrativo de carácter subjetivo, o bien, cuando se adopta en una circular como criterio dirigido a los funcionarios públicos encargados de aplicar las leyes tributarias, caso en el cual se configura un acto administrativo de contenido general".

"c) En el juicio de revisión de impuestos el contribuyente promueve la acción para que se revise la operación administrativa, con fundamento en que se ha violado determinadas disposiciones en perjuicio de sus intereses económicos. Dentro de estas disposiciones se encuentran los procedimientos señalados en la ley, los reglamentos y en las Circulares (con fuerza de ley, estas últimas dada su obligatoriedad y generalidad).

"Por tanto se tiene que la violación del ordenamiento tributario es evidente por parte de los funcionarios administrativos, pues no sólo desconocieron ostensiblemente un mandato de sus superiores, sino que, además, no hicieron pronunciamiento alguno sobre la Circular invocada como fundamento del recurso de reposición.

"Este quebrantamiento del proceso constituyó el fundamento de la demanda de revisión de los impuestos incoada por la sociedad y, por ello fue por lo que el desconocimiento de las Circulares mencionadas formaron parte del Capítulo denominado Disposiciones violadas y concepto de la violación.

"El desacuerdo del Tribunal con la Circular de la Dirección General de Impuestos no viene al caso, pues no es un concepto personal e independiente del funcionario respectivo para crear una situación jurídica subjetiva, sino que es una opinión o interpretación de carácter general y abstracto susceptible de ser demandada ante la jurisdicción contenciosa por violación de la ley.

"El Tribunal mediante el juicio de revisión de impuestos ha debido analizar la actuación de los funcionarios frente a las disposiciones legales, si sus decisiones se ajustaron a las normas del proceso tributario frente a los planteamientos de la compañía y, lo más importante, si se atuvieron en un todo a las interpretaciones legales que estaban obligadas a aplicar. No se estaba discutiendo la legalidad de la Circular que fijaba pautas relativas con los presupuestos procesales, ya que, por contener interpretaciones de carácter abstracto y general son válidas mientras no lo declare en contrario la jurisdicción contenciosa.

"Por todas las consideraciones anteriores es por lo que en la sentencia apelada se ha debido revisar la actuación de la oficina de Análisis y Crítica de Documentos, en cuanto a la aplicación de la Circular invocada, pues de no hacerse así los contribuyentes quedarían desamparados y carecerían de la certeza necesaria relativa con las reglas de juego que deben aplicarse en la tramitación de sus recursos".

Luego se refirió a los otros puntos del libelo.

CONCEPTO FISCAL

La señora fiscal sexto ante esta Corporación acoge los puntos de vista del tribunal y sostiene que la sentencia del a quo debe confirmarse.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La jurisprudencia de esta Sala ha sido fundamentalmente amplia al interpretar el alcance del artículo 24 del Decreto 2821 de 1974. Se ha querido así proteger el derecho de defensa del contribuyente. Por esta razón ha sostenido reiteradamente que es posible subsanar algunos de los requisitos omitidos con ocasión de la reposición del auto que desecha el primer recurso. Ha sido igualmente amplia al sostener que en el memorial de recurso debe expresarse en forma concreta los motivos de inconformidad, pero que no es necesario en tal ocasión sustentar el recurso plenamente y traer las pruebas pertinentes, pues todo ello puede cumplirse con ocasión de todo el trámite gubernativo.

No obstante, no puede dársele al recurso el alcance que el actor pretende darle, en su muy interesante alegato, tanto en la demanda como en la instancia. Estas son las razones:

1. Una cosa es "expresar en forma concreta" los motivos de inconformidad, otra muy distinta es limitarse a decir que se impugnaron todos los factores de la liquidación de revisión, pues en este segundo evento no se están impugnando concretamente los puntos de discrepancia, sino se está haciendo un aserto de alcances genéricos. Al leer el memorial del 5 de enero de 1978 es claro que el único cargo concreto que se está haciendo se refiere al rechazo de $620.199.76. No puede el lector encontrar en ese memorial otros elementos

para entender que también está impugnando los otros puntos que fueron rechazados por el funcionario liquidador.

2. Ciertamente tiene mucha razón la Dirección de Impuestos Nacionales cuando dice que "cuando el interesado expresa concretamente los motivos de inconformidad pero no los fundamenta, no los sustenta o lo hace parcialmente", debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto con el requisito procedimental. La Sala en esto se aparta del Tribunal: Esta circular es correcta y tiene fuerza vinculante. Lo que ocurre es que en el asunto de autos no procede dar aplicación al criterio contenido en la circular pues ella bien dice que deben expresarse en forma concreta los motivos de inconformidad. La Sala considera que cuando se impugnan genéricamente "todos los factores" de la liquidación de revisión, nada está impugnando en forma *concreta*, pues concreto, al tenor del Diccionario de la Academia de la Lengua, es "cualquier objeto *considerado en sí mismo*, con exclusión de cuanto pueda serle extraño o accesorio" y concretar es "reducir a lo más esencial y seguro la materia sobre que se habla o escribe".

3. Tampoco cabe en este caso el argumento de la actora en el sentido de "haber completado el recurso" con ocasión de la reposición del auto que negó inicialmente las pretensiones de la actora. Tal argumento, ingenioso en verdad, no es aplicable en el caso de autos. Sí ha sostenido esta Sala, de manera reiterada que con ocasión de la segunda reposición pueden completarse los recursos formales omitidos en el primer recurso. Pero también es claro que aquí no se trató de cumplir requisitos formales sino, como salga a la luz con evidencia absoluta, se trata de una modificación sustancial al recurso; de impetrar una causal no alegada con el único objeto de cubrir el requisito formal omitido al momento de impetrar el recurso inicial. Lo que se hizo fue cambiar el alcance de la reposición inicial: modificar su esencial.

En consecuencia 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.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al tribunal de origne. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sensión de la fecha.

Bernardo Ortiz Amaya, Carmelo Martínez Conn, Gustavo Humberto Rodríguez, Enrique Low Murtra.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

OBLIGACION TRIBUTARIA. ¿Quién debe hacer el pago? Lo debe hacer el contribuyente o sujeto pasivo de la obligación tributaria. El Estado es ajeno a cualquier pacto entre particulares por el cual una persona se obligue para con otra al pago del crédito fiscal. No desconoce dicho pacto, pero es irrelevante frente al fisco, no le puede comprometer.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Bogotá, dieciocho de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Enrique Low Murtra**

Demandante: **Sociedad Norwich Colombiana S.A.**

Referencia: Radicación 7.428. Apelación de la sentencia del Tribunal de Cundinamarca sobre impuestos de renta por el año de 1973.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca se declaró inhibido para hacer pronunciamiento de fondo en relación con la demanda incoada por el representante legal de la Compañía Norwich Colombiana S.A., para obtener la revisión de la operación administrativa de liquidación del impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1973. La sentencia del a-quo ha sido apelada por el apoderado de la actora.

ANTECEDENTES:

Mediante escrito fechado el 29 de abril de 1976, en la Administración de Impuestos de Bogotá, el apoderado de la sociedad impugnó la liquidación número 113781-8 del 29 de diciembre de 1976, con la cual se le determinaron los impuestos de renta y complementarios por el año gravable de 1973 en $6.363.865. En tal oportunidad, el apoderado de la actora presentó como prueba del pago de su liquidación privada que había ascendido a $4.185.189, recibos de pagos por un valor total de $4.343.219.

El recurso se desató primero por la Resolución 4035 del 19 de octubre de 1976 de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, y luego por la Resolución 1410-R del 22 de marzo de 1978 de la Dirección General de Impuestos Nacionales que revocó la anterior y desechó el recurso por estimar que el requisito del pago previo de la liquidación privada no se había cumplido porque el recibo número 416085 relacionado por la sociedad actora, por la suma de $243.215 pertenece a pagos de la firma Norwich Pharmacal Company de Panamá S.A. que es una persona jurídica distinta de la actora.

DEMANDA:

El actor, al impetrar la revisión de la operación administrativa, trae a colación dos argumentos: 1. Que la liquidación privada sí fue debidamente acreditada: a) porque la sociedad Norwich Pharmacal Company de Panamá Sucursal de Colombia fue absorbida por la empresa actora y por consiguiente cualquier pago que figurara a nombre de esa compañía "se imputó a favor de" la actora; b) porque la oficina de cuentas corrientes ha expedido certificados de

paz y salvo a favor de la empresa; c) el recibo número 416085 del 12 de febrero de 1973, objetado por la Dirección de Impuestos Nacionales corresponde a un pago hecho por el cheque 018 girado por la actora de su cuenta del First National City Bank el 6 de febrero de 1973.

2. Alega igualmente el demandante que al rechazarse el recurso de reposición en la resolución de la Dirección de Impuestos Nacionales se violó el Decreto 2821 de 1974, artículo 26, porque se le cercenó su derecho que le otorga a todo contribuyente tal disposición. Dijo así el actor:

"Rechazo ilegal del recurso y por consiguiente inexistencia de fallo de fondo. El inciso final del artículo 26 del Decreto 2821 de 1974 antes transcrito señala con absoluta claridad que si el contribuyente no cumple cualquiera de los presupuestos procesales para la aceptación de la demanda, se debe desechar el recurso por medio de auto y otorgar recurso de reposición, lo cual tiene como finalidad preservar el derecho de defensa. Cabe destacar que la ley no establece distinción entre la primera y la segunda instancia, lo que significa que en cualquiera de ellas donde ocurra la desestimación debe concederse la reposición. En el presente caso la Dirección de Impuestos Nacionales desechó el recurso y negó la reposición basándose en lo dispuesto por el artículo 22 del mismo decreto pero esta actuación es ilegal. En efecto, este artículo reglamenta lo relacionado con la ejecutoria de las providencias que "resuelvan" los recursos de reposición o de apelación o sea aquellos proveídos que deciden los planteamientos de fondo y no los autos que niegan la demanda por considerar que no se cumplen requisitos formales para su procedencia. La ejecutoria de los autos la regula precisamente el inciso final del comentado artículo 26 cuando dice:

"Negada la reposición quedará agotada la vía gubernativa". O sea que en una u otra instancia la providencia que desecha la reposición tiene que dar el recurso para que la vía gubernativa quede agotada".

FALLO DEL TRIBUNAL

El Tribunal se declaró inhibido para hacer pronunciamiento de mérito con base en el siguiente argumento:

"Como de autos se establece que este requisito no ha sido satisfecho por el demandante, se tiene que concluir que se ha configurado el fenómeno de la ineptitud de la demanda, habida consideración de que carece de uno de los presupuestos que para su viabilidad consagra el citado artículo 86 del C.C.A.

"Conviene aclarar que ni en la vía gubernativa, ni ahora ante la Contenciosa, la accionante ha demostrado que el pago ingresado a la Administración Tributaria, según recibo oficial No. 416085 de febrero 12 de 1973, que obra a folios 59 y 251, crayón azul de los antecedentes administrativos, a nombre de Norwich Pharmacal Company de Panamá, Sucursal de Colombia con Nit. 60.002.821 haya sido imputado por las agencias del Gobierno, al gravamen que por el ejercicio fiscal de 1973 debía cancelar, en cubrimiento de su liquidación privada, la sociedad Norwich Colombiana S.A., con Nit. 60.032.364; punto que por lo demás fue materia de litis en la Dirección de Impuestos Nacionales.

"Por otra parte, obran en autos los documentos de 20 y 29 de diciembre de 1977, en virtud de los cuales, el Jefe de Cuentas Corrientes de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, en contestación a los oficios Nos. 23577 y 21151 librados por el Jefe de grupo de Sustanciación de la Dirección de Impuestos Nacionales, certifica a manuscrito, los pagos que en cuantía de $4.150.006, por el año de 1973, efectuó la sociedad Norwich Colombiana S.A. con Nit. 60.032.364.

"Al efecto, en sentencia de diez y seis de mayo de mil novecientos ochenta (1980) el H. Consejo de Estado, ha expresado:

"La Sala comparte las anteriores consideraciones del a-quo y la nueva liquidación, que es correcta, pero con las siguientes aclaraciones y rectificaciones:

"No es cierto que no se acrediten al proceso recibos de pago, ya que éstos pueden verse a folios 62 a 84 del cuaderno de antecedentes administrativos.

"De no ser ello así y dado que en cambio no existe certificación sobre el particular expedida por la Sección de Cuentas Corrientes, sino simples anotaciones manuscritas (folio 59) la demanda ha debido rechazarse o, en último caso, generar un pronunciamiento inhibitorio por incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 84 y 86 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el parágrafo del artículo 9o. de la Ley 8a. de 1970.

"La afirmación del señor apoderado de la actora, de que "no es necesario pago alguno para ir al contencioso según el parágrafo del artículo 9o. de la Ley 8a. de 1970", es inaceptable porque lo que dicho parágrafo expresa en forma absolutamente clara, no es que no sea necesario pago alguno, sino "hacer la consignación del impuesto que hubiere liquidado la Administración", excepción que en manera alguna exonera la obligación de demostrar por lo menos el pago de la liquidación privada inicial o especial, según el caso, lo cual es totalmente diferente. En consecuencia, es por estar acreditado en autos que se pagó la liquidación especial que la Sala acepta la decisión del fallador a-quo.

"Como el pago acreditado alcanza a la cantidad de $3.865.194.oo que es superior a la determinada como definitivamente a cargo deberá modificarse en lo pertinente la parte resolutiva a fin de ponerla en consonancia con la motivación del fallo".

APELACION

El actor, al interponer su recurso de apelación, trae recibos de pago correspondientes a los impuestos y sanciones por los años gravables de 1974 y 1975 y arguye que de conformidad con el artículo 105 del Decreto 1651 de 1961 al hacer la imputación de pagos, debe darse prelación a las deudas más antiguas, argumento que lo lleva a reiterar que la actora sí agotó debidamente la vía gubernativa.

CONCEPTO FISCAL

Dijo así la señora fiscal:

"Los funcionarios fiscales de segunda instancia en el desarrollo de confrontación de los recibos de pago aportados por la sociedad libelista para

demostrar el pago de la privada, cuyo valor era de $4.185.189, establecieron que un recibo el No. 416085 por $243.213, pertenecía a un contribuyente diferente, la sociedad Norwich Pharmacal Company de Panamá, con lo cual el valor cancelado y demostrado se reducía a $4.150.006, que no cubría la totalidad de la privada. Aspecto comprobado plenamente y ratificado por el apoderado en el memorial de apelación cuando acepta, de otra parte, que la sociedad contribuyente está en deuda con la Administración de Impuestos por el año gravable de 1973.

"Establecido entonces que el requisito del pago previo ordenado por el artículo 24-2 del Decreto No. 2821 de 1974, no se encuentra satisfecho, se estima en consecuencia que en la formulación de los recursos la actora no cumplió con las formalidades establecidas por el artículo 24 del Decreto 2821 de 1974 y, en consecuencia, no puede entenderse como bien agotada la vía gubernativa, lo que a su vez, inhibe un pronunciamiento de fondo en la jurisdicción contencioso administrativa.

"Por otra parte, no es viable la aplicación de sobrantes por los años de 1974 y 1975 para los efectos buscados por el accionante, pues ni es la jurisdicción la encargada de efectuar tales aplicaciones, ni resultaría oportuno hoy para obtener como resultado la interposición adecuada del recurso.

"Comparte así esta Fiscalía el fallo del a-quo y solicita muy respetuosamente su confirmación".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Hay varios argumentos que conducen a esta Corporación a confirmar la decisión del a-quo:

1. *Imputación del pago.*

a) Sostiene el libelista en primer lugar que el pago hecho por la sociedad Norwich Pharmacal Company de Panamá y que aparece en el recibo 416085 por $243.213 debería imputársele a la actora por haber ésta absorbido a aquélla, tanto en deudas como en créditos. No obstante, tanto la ley tributaria como la doctrina han establecido, con claridad, que el pago debe hacerse a nombre del contribuyente y no de un tercero. Este tema lo explica el profesor Ramírez Cardona en los siguientes términos:

"a) ¿Quién debe hacer el pago? El pago lo debe hacer el contribuyente o sujeto pasivo de la obligación tributaria. El Art. 2o. de la Ley 52 de 1977 preceptúa: "Son contribuyentes o responsables directos del pago del tributo los sujetos respecto de quienes se realiza el hecho generador de la obligación sustancial". Son deudores solidarios del crédito fiscal, aquellos sujetos que sin ser los contribuyentes específicos, se encuentran vinculados con ellos por la misma situación jurídica. La solidaridad implica colocar a varias personas en la misma situación jurídica. La solidaridad implica colocar a varias personas en la misma situación de hecho y de derecho del contribuyente y por lo tanto la obligación surge para todas ellas en igualdad de circunstancias. Es el caso de los socios de sociedades de hecho, de los comuneros de la comunidad organizada, de los herederos en la sucesión ilíquida frente al impuesto de renta.

"Solo por excepción la solidaridad se extiende a sujetos no vinculados por la misma situación jurídica. Es el caso de los retenedores. El retenedor solamente es solidario en el pago del crédito fiscal por el valor que le corresponde retener. A quien se debe hacer la retención es el sujeto del crédito fiscal. La ley, sin embargo, para un recaudación más oportuna y eficaz, debido a la vinculación de segundo grado que con este tiene el retenedor, le da categoría de deudor solidario.

"Para el Estado es ajeno cualquier pacto entre particulares por el cual una persona se obligue para con otra al pago del crédito fiscal. No desconoce dicho pacto, pero es irrelevante frente al fisco, no lo puede comprometer. La obligación tributaria, en cuanto nace de la ley, y no de un acuerdo de voluntades, establece quién es el sujeto obligado al pago de la prestación, no susceptible de modificaciones entre particulares. El tercero, en todo caso, que paga el impuesto por el sujeto pasivo, se subroga en los derechos del Estado. Pero solamente en cuanto al derecho de crédito y a las garantías de orden sustancial. La referida subrogación no puede serlo sobre los derechos y garantías procedimentales como son los relacionados con el juicio de jurisdicción coactiva y las ventajas especiales que la ley otorga al fisco para ejecutar a sus deudores.

"Asimismo, carece de valor jurídico el pacto con entes públicos por el cual se exonera de la obligación tributaria a los particulares que figuran como contratantes. Y, de otra parte, carecen también de valor las estipulaciones por las cuales se compromete un ente público al pago de los impuestos u obligaciones fiscales que pueden derivarse para el contratante con ellas, del acto o contrato respectivo. La cláusula del "pago libre de impuestos" contraría las normas que regulan el crédito fiscal, tratándose de contratos donde una de las partes sea una entidad pública, porque ello redunda en una disminución de la base gravable principalmente, sin contar con las consecuencias de orden presupuestario.

"Con mayor razón una cláusula semejante es inútil frente al Estado en un contrato entre particulares. Establece el Art. 16 del C.C. que "no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres".

"El sujeto obligado al pago del crédito fiscal es el jurídicamente incidido por la ley o sujeto de iure, y no el económicamente incidido o sujeto de facto. Este, debido al fenómeno de la traslación, frecuente en los impuestos al gasto o indirectos, es quien soporta el valor pecuniario del tributo. No obstante, para el derecho tributario, importa el primero, pues es a quien puede exigirle la prestación a título de impuestos. Salvo que la ley obligue en subsidio o solidariamente, al sujeto de facto o consumidor final".

Frente al Estado como en toda obligación personal no es viable pues la sustitución de deudores sin aquiescencia del acreedor, salvo en casos especiales como el de títulos valores, expresamente tratados por la propia ley.

Cabe además añadir que el giro del cheque 018 por la sociedad actora no desvirtúa en nada la validez de la actuación administrativa como tampoco lo hace la presentación del paz y salvo, como bien lo sostiene el apoderado de la Dirección General de Impuestos Nacionales, que se hizo parte en este proceso, cuando sostiene:

"Por el hecho de que a una persona natural o jurídica se le expidan certificados de paz y salvo, no necesariamente se puede inferir de ello que a esa época no se encontraban adeudando valor alguno al fisco; así la cancelación previa de los impuestos no reclamados, debe demostrarse por medio de los recibos de pago respectivos, sin que este hecho se acredite por inferencias. Muchas veces por errores se expiden certificados de paz y salvo a contribuyentes que precisamente están adeudando al Tesoro Nacional valores por concepto de tributos a su cargo.

"El recibo de pago No. BL-416085 de febrero 12 de 1973, por $243.213.oo está expedido a nombre de la Sociedad "Norwich Pharmacal Company de Panamá S.A.", que es una persona jurídica diferente de "Norwich Colombiana S.A.", por lo cual es imposible afirmar válidamente que este recibo de pago debe imputarse a los impuestos que por el año de 1973 debía cancelar "Norwich Colombiana S.A."; la primera compañía adeudaba impuestos y los pagó, en parte, con el recibo a que se hace alusión y por el hecho de que la primera hubiese sido absorbida por la segunda, a ésta, naturalmente, no le es imputable aquel pago: si ello fuese así, pues querría decir que "Norwich Colombiana S.A.", no sólo adeudaba sus impuestos sino también los de "Norwich Pharmacal Company de Panamá S.A.", de lo que vendría a producirse un hecho por demás grave para la sociedad recurrente convertido en la insuficiencia de pago para recurrir contra la liquidación reclamada, por la falta de cancelación de los gravámenes no discutidos de las dos sociedades. Reitero, la absorción de una sociedad por otra no lesiona la identidad de cada una de ellas, con anterioridad a ese hecho, respecto de los gravámenes que cada una, separadamente, adeude al Fisco".

b) Tampoco cabe hacer la imputación de pagos que solicita el actor a la luz del artículo 105 del Decreto 1651 de 1961 por dos razones: en primer término la imputación pedida es un punto traído a colación en el memorial de apelación, no en la demanda. En ésta no se invoca el artículo 105 del Decreto 1651 de 1961 como parte central de la causa petendi. No se puede olvidar que la demanda le impone al juez unos parámetros, unos límites fuera de los cuales no puede operar sin incurrir en exceso. En segundo término debe también anotarse que el artículo 105 no es aplicable a este caso por cuanto existe norma especial que regula el tema. En efecto, dice el artículo 107 del Decreto 1651 de 1961:

"Artículo 107. Las imputaciones que se hagan a determinado año gravable, en los recibos de pago del impuesto sobre la renta y complementarios, expedidos por las oficinas de impuestos nacionales o por los bancos autorizados, son de carácter provisional. Cuando en las tarjetas de cuentas corrientes de los contribuyentes respectivos, se efectúen las imputaciones definitivas, variando las que figuren en los recibos, debe darse aviso al contribuyente de las variaciones efectuadas y de los saldos que como consecuencia queden insolutos.

"Se considerará cumplido el requisito del pago previo para efectos de los recursos contra las liquidaciones del impuesto, con el efectuado para tal fin, aunque se impute definitivamente a otras deudas".

2. *Presunta violación del artículo 26 del Decreto 2821 de 1974.*

Sobre este aspecto la Sala considera igualmente válida la observación hecha por el apoderado judicial de la Dirección General de Impuestos Nacionales cuando sostiene:

"Como la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá conoció de fondo la reposición interpuesta concedió el recurso de apelación; el artículo 22 del Decreto 2821 de 1974, consagra la irrecurribilidad del proveído que resuelve tal recurso. Si en la primera instancia se hubiese negado la reposición, ésta era reponible, pero tal no es la situación planteada en este caso...".

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.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Bernardo Ortiz Amaya, Gustavo Humberto Rodríguez, Carmelo Martínez Conn, Enrique Low Murtra.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS. REGIMEN DE IMPUGNACIONES. Antes de la vigencia del Decreto 2821/74 no era aplicable al régimen de impugnaciones del impuesto sobre las ventas el período de 10 días de ejecutoria del Decreto 1651/61.

VIA GUBERNATIVA. EJECUTORIA DE PROVIDENCIAS. Término: 5 días. Decreto 2733/69.

SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO. El silencio administrativo positivo, consagrado en la Ley 8a. de 1970 solo cabe en el caso de recursos gubernativos interpuestos contra las liquidaciones del impuesto de renta y complementarios y también es claro, que por excepción no puede aplicarse en relación con recursos impetrados contra la liquidación de otros impuestos.

IMPUESTOS. DEDUCCION POR IMPUESTOS PAGADOS POR ADQUISICION DE MATERIA PRIMA INDIRECTA. Literal b) del artículo 3o. del Decreto 2049 de 1968.

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS. REGIMEN. En nuestro país existe un régimen de impuestos a las ventas de etapa única (monofásico) con características de valor agregado, y por ello debe, en cuanto es posible, deducirse al gravamen pagado en etapas anteriores. REGIMEN DE DESCUENTOS. Evolución normativa. Decreto 3288/63.

Art. 5o. Decreto 3288/63, artículo 5o., Decreto 377/65. Art. 10o., Decreto 1595/66 artículo 7o., Decreto 1881 de 1966, Decreto 1049 de 1968. Artículo 3o. Decreto 1988 de 1974. Art. 21.

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS. MATERIA PRIMA DIRECTA E INDIRECTA. Diferencias.

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS. INEXACTITUDES. La sanción por inexactitud, tanto en el impuesto a las ventas como el de renta, surge del fraude a la verdad no de errores de interpretación sobre todo en temas tan complejos como el que motivó las adiciones discutidas.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Bogotá, veinticinco de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Enrique Low Murtra**

Demandante: **Sociedad "Textiles Panamericanos S.A."**

Referencia: Radicación 5.847. Apelación de la sentencia del Tribunal de Antioquia sobre impuestos a las ventas.

El Tribunal Administrativo de Antioquia accedió parcialmente a las peticiones de la demanda y se declaró inhibido para considerar otras, en el juicio de revisión del impuesto de ventas incoado por el apoderado judicial de la sociedad Textiles Panamericanos S.A. contra las operaciones administrativas de liquidación del impuesto de ventas a cargo de la actora por los bimestres de noviembre y diciembre de 1968, enero y febrero de 1969, marzo y abril de 1969, mayo y junio de 1969, julio y agosto de 1969, septiembre y octubre de 1969, noviembre y diciembre de 1969, enero y febrero de 1970, marzo y abril de 1970.

El Tribunal sostuvo que había operado la caducidad de la acción, y que se había presentado el silencio administrativo positivo, puntos ambos sobre los cuales la Sala discrepa parcialmente del criterio del a-quo:

1. Consideró el Tribunal que en el caso de autos operaba la caducidad de la acción porque, en su sentir, tratándose del impuesto de ventas y antes del régimen del Decreto 2821 de 1974, no se aplicaban los diez días de ejecutoria sobre la providencia administrativa.

Dijo así el a-quo:

"II. El artículo 271 del Código Contencioso Administrativo confiere acción a toda persona a quien se exija un impuesto definitivamente liquidado para pedir que se revise la operación administrativa correspondiente, y se declare que no está obligada a cubrirlo, o se haga una nueva liquidación, en la cual se fije la suma a su cargo.

"Y el Art. 272 del mismo Código preceptúa que esta acción prescribe al cabo de tres meses de realizada la operación administrativa de liquidación del impuesto y que por medio de ella podrá pedirse igualmente, el reintegro o devolución de las sumas cubiertas con exceso por el contribuyente.

"En el presente caso todos los actos acusados fueron notificados personalmente al apoderado de Textiles Panamericanos S.A. en una misma fecha: 12 de febrero de 1974 y la demanda fue presentada ante este Tribunal el día 16 de mayo del mismo año.

"Al confrontar las fechas de notificación de las nombradas providencias con la presentación del respectivo libelo, surge en forma clara e indiscutible, que la acción fue propuesta cuando estaban vencidos los tres meses previstos en el Art. 272 del C.C.A., más si se tiene en cuenta que el término de ejecutoria de diez días señalado en el Art. 52 del Decreto 1651 de 1961, sólo era aplicable, antes de la vigencia del Decreto 2821 de 1974, en los asuntos de renta y complementarios.

"En efecto, el Decreto 2821 de 1974 unificó los procedimientos para todos los impuestos administrativos por la Dirección General de Impuestos Nacionales, encontrándose dentro de éstos el impuesto a las ventas, ya que en su Art. 22 determinó que la "vía gubernativa quedará agotada al ejecutoriarse la providencia dictada por las Secciones de Recursos Tributarios que resuelva el recurso de reposición y contra la cual no procedieren apelación o consulta; o al ejecutoriarse la providencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales que resuelva el recurso de apelación o consulta".

"Cuando se dictaron y notificaron las Resoluciones impugnadas, el Decreto 2821 de diciembre 20 de 1974 aún no había nacido a la vida jurídica, por tanto lo previsto en el mismo no tiene aplicación en el presente caso".

La Sala discrepa del Tribunal por cuanto al comparar las fechas de ejecutoria de las últimas resoluciones administrativas con la fecha de presentación de la demanda es claro que no ha operado la caducidad de la acción. Es claro que antes de la vigencia del Decreto 2821 de 1974 no era aplicable al régimen de impugnaciones del impuesto sobre las ventas el período de diez días de ejecutoria del Decreto 1651 de 1961. Pero igualmente es un hecho que, por vía general, el Decreto 2733 de 1959 establece cinco días de ejecutoria de las providencias administrativas. No coincide la señora fiscal sexto ante esta Corporación en esta apreciación porque considera que los cinco días de ejecutoria se aplican "para dar cabida a la vía gubernativa" y no en relación con las providencias que la agotan. Para la Sala la distinción que presenta la señora fiscal carece de justificación frente al tenor y al espíritu de la norma, y, aún en el caso de considerarse que tal distinción fuese aceptable en un plano puramente exegético, no lo es en el contexto sistemático, al armonizar el Decreto 2733 de 1959 con el artículo 272 del Código Contencioso Administrativo. De otro lado, al contar los cinco días de ejecutoria es claro que la demanda se interpuso en tiempo.

2. En relación con el silencio administrativo positivo la Sala transcribe el criterio de la señora fiscal: Dijo así:

"1o. El actor impugna las liquidaciones de revisión sobre impuestos a las ventas proferidas por la Dirección General de Impuestos Nacionales, correspondiente a varios bimestres de los años de 1968, 1969 y 1970 a cargo de la sociedad Textiles Panamericanos S.A.

"El Tribunal Administrativo, en su sentencia consideró que es viable la aplicación del silencio administrativo positivo en materia de impuestos a las ventas, por cuanto la administración de impuestos violó el contenido del artículo 14 del Decreto 3288 de 1963, en donde el fallador no tiene otra función que la de acoger el mandato legal, por cuanto la Dirección General de Impuestos Nacionales tiene una competencia temporal para revisar la liquidación privada de sus contribuyentes. Teniendo en cuenta la prevalencia de la liquidación privada sobre la oficial por aplicación de la norma citada, afirma el a-quo, debe ordenarse la revisión de la operación administrativa para los bimestres noviembre-diciembre de 1968; enero-marzo-abril de 1969; comprendidas en la liquidación de revisión No. R-00036-V de 12 de enero de 1971; liquidación de revisión No. 00037-V de 12 de enero de 1971 y liquidación de revisión No. R-00038-V de 12 de enero de 1971, respectivamente para cada uno de los bimestres.

"La Fiscalía considera que no debe confundirse el silencio administrativo que surge del no pronunciamiento de la administración de impuestos dentro del plazo de dos (2) años sobre reclamaciones contra liquidaciones oficiales o de revisión, del plazo de que dispone la administración para realizar tales liquidaciones oficiales o de revisión. En efecto:

"a) El primero no tiene cabida en materia de impuesto a las ventas por las razones que a continuación se exponen: El Decreto 1651 de 1961, se dictó en uso de las facultades extraordinarias que le otorgó la Ley 81 de 1960 al ejecutivo, para el solo propósito de regular el procedimiento gubernativo en materia de impuesto de renta y complementarios.

"Dicho estatuto procesal estableció un trámite para producir liquidaciones tanto oficiales como de revisión del impuesto sobre la renta y en su articulado determinó los recursos a que quedaban sometidas estas liquidaciones, específicamente para este tipo de impuestos.

"El artículo 9o. de la Ley 8a. de 1970 en su texto dice:

"Redúcense a dos años los términos señalados en el artículo 36 de la Ley 63 de 1967 para decidir definitivamente las reclamaciones tributarias interpuestas a partir de la vigencia de la presente ley. Si al vencerse dicho término la reclamación pendiente no hubiese sido decidida en forma definitiva, se entenderá fallada a favor del contribuyente. El término a que se refiere este artículo se contará a partir de la fecha de presentación de la respectiva reclamación".

"Este fenómeno del Silencio Administrativo Positivo en materia de impuestos, tiene asidero legal, en el artículo 9o. de la Ley 8a. de 1970, que modificó el artículo 36 de la Ley 63 de 1967. Indica este estatuto que las autoridades tributarias disponen de un lapso de dos años, para definir lo relacionado con revisiones de declaraciones de renta y complementarios, catalogando este fenómeno típico del proceso de reclamación contra el impuesto de renta, no aplicable al seguido contra las liquidaciones oficiales o de revisión del impuesto a las ventas.

"Las operaciones administrativas a cargo de la sociedad impugnadora, se refieren específicamente a impuestos sobre las ventas el cual se puede definir como aquel que tiene por objeto gravar las ventas y permutas de bienes

corporales muebles procesados y la prestación de servicios que generalmente llevan a cabo los comerciantes y productores tal como lo precisa el Decreto 3288 de 1963, hoy derogado por el Decreto 1988 de 1974.

"Es fácil comprender que no pueden confundirse las disposiciones que forman parte de las estructuras de cada figura tributaria, puesto que se atentará contra los principios básicos señalados por el artículo 5o. de la Ley 157 de 1887, por la existencia de asuntos especiales diferentes, para los cuales el legislador ha trazado reglas independientes.

"En sentencia de noviembre veintisiete de mil novecientos ochenta y uno, expediente No. 6868, actor "Sociedad Gabriel Puyana Cía. Ltda., Consejero ponente Dr. Enrique Low Murtra, haciendo alusión a la materia que se está tratando y donde la Fiscalía conceptuó lo pertinente, en su parte considerativa expresó lo siguiente:

"Es claro que el silencio administrativo positivo, consagrado en la Ley 8a. de 1970, sólo cabe en el caso de recursos gubernativos interpuestos contra las liquidaciones del impuesto de renta y complementarios y también es claro, que por exceptivo no puede aplicarse en relación con recursos impetrados contra la liquidación de otros impuestos. Basta leer el artículo 9o. de la Ley 8a. de 1970, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 63 de 1967. Estas disposiciones, que consagran el sistema del Silencio Administrativo Positivo, se refieren en forma expresa a los recursos de que trata el Decreto 1651 de 1961 y estos recursos son todos, como se infiere del tenor claro de la propia ley, contra las liquidaciones que tasan el impuesto de renta y complementarios. No cabe en el caso de otros tributos.

"Se deduce de lo dicho, la no aplicación del silencio administrativo positivo en impuesto a las ventas tratándose de reclamaciones interpuestas contra las liquidaciones oficiales o de revisión.

"b) Sin embargo, también se produce un efecto igual al del silencio administrativo procesal descrito, siendo asimilable al fenómeno del silencio administrativo sustantivo o sobre peticiones iniciales, cuando la administración de impuestos ha dejado vencer los plazos que la ley da para efectuar las correspondientes liquidaciones oficiales del impuesto sobre las ventas. En efecto, dispone el artículo 14 del Decreto 3288 de 1963:

"*Dentro de los dos años siguientes a la fecha de presentación de la relación*, el Jefe de la División de Impuestos o sus Delegados *podrán revisar oficiosamente por una sola vez las liquidaciones privadas u oficiales del impuesto*" (Subraya la Fiscalía).

"Ahora bien, al folio 204, cuaderno administrativo, aparece debidamente sellado el original de la declaración de ventas presentada por la Sociedad Textiles Panamericanos S.A. 'Pantex', correspondiente al bimestre noviembre-diciembre de 1968, ante la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín el 31 de enero de 1969.

"La Administración de Impuestos practicó la liquidación de revisión R-00036-V de 12 de enero de 1971, dejando consignada una diferencia en las ventas de la firma que modifican las bases gravables, aplicando además una

sanción por inexactitud. Este acto administrativo se notificó el 12 de julio de 1971, personalmente al representante legal de la empresa enterándolo del recurso que procedía contra el acto comunicado.

"De acuerdo a lo anterior, como la oficina de impuestos notificó al contribuyente transcurridos más de dos años, el contribuyente pidió la aplicación de la favorabilidad por pretermisión de términos de la oficina de impuestos, relacionando las normas que cita como violadas ante otras el artículo 3o. literal b) del Decreto 2049 de 1968 y el artículo 14 del Decreto 3288 de 1963; además invocó el artículo 36 de la Ley 63 de 1967 y el artículo 9o. de la Ley 8a. de 1970. Las primeras disposiciones consagran asuntos estrictamente relacionados con impuestos a las ventas y su procedimiento y las últimas prevén lo pertinente al silencio administrativo positivo respecto de las reclamaciones sobre impuesto a la renta y complementarios, tal como se expuso antes.

"En el caso de autos no podía la administración efectuar la revisión de la liquidación privada del actor en la fecha en que lo hizo pues había vencido el plazo legal para ello. Iguales efectos jurídicos se deben aplicar a los bimestres enero-febrero; marzo-abril de 1969, pues las declaraciones fueron presentadas el 31 de marzo (folio 235 cuaderno administrativo) y el 30 de mayo de 1969 (folio 208 cuaderno administrativo), y la liquidación de revisión se realizó en ambos casos el 12 de enero de 1971, notificadas de igual forma personalmente al representante de la sociedad el 12 de julio de 1971".

La exposición de la señora fiscal contiene una interesante discusión sobre dos fenómenos distintos. El silencio administrativo con carácter positivo consagrado en la Ley 8a. de 1970 que no puede aplicarse sino en el caso de recursos gubernativos contra liquidaciones del impuesto de renta y complementarios, y el fenómeno de la nulidad de las liquidaciones de los impuestos por haber sido practicada la liquidación cuando no era viable por haber precluido la oportunidad de hacerlo. Esta Sala no ha definido este último fenómeno bajo el apelativo del silencio administrativo positivo como lo hace la señora fiscal. Ha sido cuidadosa de evitar el uso de ese término para eludir confusiones. Pero lo cierto, en el caso de autos, es que algunas de las liquidaciones de revisión que practicó la administración fueron extemporáneas. Es claro el tenor del artículo 14 del Decreto 3288 de 1963 toda vez que algunas de las declaraciones de ventas se presentaron con mucha anticipación al momento en que se les practicó la liquidación de revisión. Al respecto se anota que la declaración de ventas correspondiente al período de noviembre y diciembre de 1968 fue presentada el 31 de enero de 1969, la correspondiente al período de enero y febrero de 1969 fue presentada el 31 de marzo de 1969, la correspondiente al período de marzo-abril de 1969 fue presentada el 30 de mayo de 1969. Respecto de ellas encuentra la Sala que las liquidaciones de revisión contenidas en las resoluciones 00036-V, 00037-V y 00038-V no le fueron notificadas a la contribuyente sino hasta el 12 de julio de 1971.

Respecto de las otras resoluciones impugnadas no es aplicable el argumento de la nulidad como bien lo reconoce el actor y el tribunal, pero el demandante invoca otros puntos que no fueron analizados por el Tribunal ya que consideró que se daban la caducidad de la acción. Como a juicio de la Sala no es dable aplicar la caducidad de la acción tal como ya se analizó, debe pronunciarse sobre los otros aspectos del libelo.

Estos puntos son:

1. Violación del artículo 3o. del Decreto 2049 de 1968 en armonía con el artículo 29 del Código Civil, y

2. Violación del artículo 126 del Decreto 1651 de 1961, del artículo 15 del Decreto 3288 de 1963 y artículo 28 del Código Civil.

Sobre el primer aspecto dice el libelista:

"El literal b) del artículo 3o. del Decreto No. 2049 de julio 24 de 1968 y artículo 29 del Código Civil Colombiano.

"El texto completo del artículo 3o. del Decreto citado, es el siguiente:

"Igualmente se podrá debitar la cuenta de "Impuestos a las Ventas por Pagar" a que se refiere el artículo 23 del Decreto 1881 de 1966, siempre que se dé cumplimiento a los requisitos establecidos por el artículo 8o. del mismo Decreto y por los siguientes conceptos:

"a) El valor del impuesto pagado por la adquisición de materia prima directa o sea aquella que físicamente quede incorporada o adicionada a los nuevos artículos.

"b) El valor del impuesto pagado por la adquisición de materia prima indirecta o sea aquella que sin quedar incorporada físicamente, se consuma totalmente en la producción de los nuevos artículos.

"Parágrafo. El impuesto sobre las ventas que pague por la adquisición de activos fijos puede contabilizarse como un mayor valor de éstos, caso en el cual formará parte del costo depreciable". El artículo 29 del Código Civil preceptúa:

"Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que parezca claramente que se han tomado en sentido diverso.

"Si se compara cada una de las declaraciones bimensuales de las ventas, a que se ha hecho alusión, con las liquidaciones de revisión correspondientes, se llega a la conclusión de que la Dirección General de Impuestos Nacionales, Sección Impuesto a las Ventas, no consideró materia prima directa o indirecta muchos de los artículos adquiridos por esta sociedad y absolutamente necesarios para la fabricación de los productos que constituyen su objeto social.

"Si se analiza con detenimiento el literal b) del artículo 3o. del Decreto 2049 de 1968, en armonía con el artículo 29 del Código Civil, y si se medita un poco sobre la naturaleza de los repuestos, papelería y, en general, de cada uno de los artículos declarados en las relaciones de las ventas objeto de la revisión y respecto de los cuales se dedujo el impuesto a las ventas pagado por su adquisición, se llega a la conclusión de que no existe la más mínima duda de que tales artículos constituyen materia prima directa o indirecta. En efecto: A la definición legal de "materia prima indirecta" de que trata el citado literal, le faltan ejemplos para precisar su alcance, razón por la cual resulta imperioso acudir a la regla de interpretación de la ley establecida en el artículo 29 del Título Preliminar del Código Civil, disposición ésta cuyo texto se transcribió arriba.

"En cumplimiento de lo ordenado por esta última disposición, remitiremos al significado que la expresión "Materia Prima Indirecta", tiene en la moderna ciencia contable.

"Parece evidente que dicha expresión (Materia Prima Indirecta), definida en el literal b) del artículo 3o. del Decreto 2049 de 1968, coincide conceptualmente con la expresión "Materiales Indirectos", empleada en la ciencia contable.

"El tratadista Neumar en su libro "Contabilidad de Costos" (tomo 1o. Uteha-México-Página 27) manifiesta: "Los materiales indirectos son, hablando en términos generales, los que se utilizan en las operaciones de fabricación, *pero que no pasan a formar parte del artículo manufacturado.* Por ejemplo: Son materiales indirectos los abrasivos, los aceites para pulir y los trapos de desperdicio" (El subrayado no es del texto).

"En el mismo sentido se pronuncia Lawrence en su obra "Contabilidad de Costos" (tomo 1o. - Uteha-México - Página 24): "Material indirecto es aquél que, si bien es necesario, para la fabricación del producto, se usa de tal manera que la cantidad empleada no se puede medir ni cargar directamente al producto. Ejemplo: Los materiales que se usan en la fábrica y *que no llegan a constituir parte del producto.* Como sucede con los lubricantes, el papel de lija y los desperdicios (El subrayado no es del texto).

"Según lo expuesto, los conceptos "Materia Prima Indirecta" y "Materiales Indirectos" tienen dos características esenciales:

"a) Se utilizan en la producción y

"b) No quedan incorporados físicamente al producto.

"Precisada la coincidencia entre los términos "Materia Prima Indirecta" utilizado en la ley y "Materiales Indirectos", empleados por los doctrinantes de la Contabilidad, podemos pasar a los ejemplos de materiales indirectos que nos dan los mismos Tratadistas.

"En el siguiente párrafo de Gillespie, en su libro "Contabilidad y Control de Costos" (Editorial Diana-México-Páginas 112 y 113), claramente se incluyen como materiales indirectos, es decir, como materias primas indirectas, artículos tales como "escobas" (artículos para el aseo), "cementos" (artículos para reparar edificios) y "rodamientos" (partes para la maquinaria de la fábrica). "En todas las fábricas hay determinados artículos que se utilizan para la conservación del edificio, la *maquinaria* y otros activos en condiciones tales que se hallan listos para incorporarlos o emplearlos. Estos artículos no entran de hecho a formar parte del producto, en su sentido físico, y se supone que su uso no varía necesariamente en proporción al volumen de producción. Los ejemplos de esta clase de materiales se pueden agrupar en la siguiente forma:

"a) Artículos de mantenimiento, tales como aceites, lubricantes, focos de luz eléctrica, lámparas fluorescentes, artículos para el aseo y otras mercancías que utilizan los porteros.

"b) *Partes para la maquinaria de la fábrica* y artículos que sirven para reparar los edificios.

"Usualmente todos estos materiales se cargan a gastos de fabricación *en calidad de material indirecto"* (El subrayado no es del texto). Otros Tratadistas de Contabilidad también se refieren a los repuestos como constitutivos de materias primas indirectas. Así por ejemplo Dohr-Inghram y Love en su obra "Contabilidad de Costos" (Editorial Labor-Buenos Aires-Página 583) dice:

"*Materiales Indirectos*". Aquellos que no pueden imputarse fácilmente a unidades específicas de productos o departamentos, pedidos, etc. Así como por ejemplo los *materiales para reparaciones de utensilios o herramientas*, lubricantes, carbón, etc." (El subrayado no es del texto).

"Y Neumar en su obra "Contabilidad de Costos" (Tomo 1o. Uteha-México, página 29) dice: "*Repuestos*". Es un término general y en su significado usual incluye a la vez materiales *directos o indirectos*" (El subrayado no es del texto).

"Verdaderamente bajo el concepto de materias primas se comprenden los elementos con los cuales se producen otros. Textiles Panamericanos S.A. se dedica de acuerdo con su objeto social a la producción textil. Esta misma producción necesita la utilización y consumo de todos y cada uno de los elementos que Pantex adquirió y relacionó como materia prima en las diferentes declaraciones de ventas objeto de nuestro estudio, elementos a los cuales corresponde la deducción del impuesto prepagado.

"Por su naturaleza, los diversos elementos relacionados en todos y cada una de las declaraciones de ventas aludidas anteriormente, se encuentran comprendidos dentro de la definición legal anotada arriba, dados los requerimientos técnicos de la industria textil, la diversidad y naturaleza de la maquinaria empleada en el proceso fabril, la cual exige, el consumo de variados y costosos repuestos fungibles, en razón de estar sometida dicha maquinaria y equipos a un trabajo intenso de veinticuatro (24) horas por día.

"Por definición la palabra fungible se refiere a aquellas cosas que se consumen con el uso, motivo por el cual no cabe la menor duda cuando se afirma que todos los repuestos y demás elementos relacionados en las declaraciones de ventas ya indicadas, tienen el carácter de fungibles.

"El rechazo de las deducciones hace pensar que el funcionario revisor ignora el proceso textil en el cual se utilizan partes y repuestos que por la frecuencia de su consumo en la producción de las telas, los hacen considerar como bienes fungibles. Es solamente aparente la creencia de que el repuesto se pueda considerar como artículo permanente; ellos se incorporan a la producción indirectamente, al consumirse, entendiéndose por tal la prestación del uso para el cual se ha creado, es decir, su desgaste o inutilización completa.

"El literal b) del Decreto 2049 de 1968 define la materia prima indirecta, como aquélla que se consume totalmente en la producción de los nuevos artículos, sin quedar incorporada físicamente a ellos.

"El consumo total de que habla esta norma no debe entenderse en el sentido de dejar de existir físicamente, sino más bien, de utilización o prestación del uso adecuado del bien, la cual utilización implica un desgaste más o menos acelerado del producto (repuesto, etc.) y por consiguiente, a la larga, su consumo en la producción de los nuevos artículos.

"La Ley no señala un término fatal para el consumo de la materia prima. Ninguna disposición lo expresa. Y no puede el intérprete de la norma en comento, señalar un término para la extinción de los artículos. Tal parece ser el criterio de los funcionarios que practicaron la liquidación de revisión, equivocado por demás.

"En síntesis, el tratamiento fiscal y contable que Textiles Panamericanos S.A. hizo en las declaraciones de ventas bimensuales, a que se refieren las liquidaciones de revisión indicadas, debitando la cuenta de "Impuesto a las Ventas por Pagar", con los valores del impuesto pagado por la adquisición de materia prima indirecta, comprendiendo en ésta los repuestos, papelería y demás artículos que se consumen totalmente en la producción de los nuevos, encuadra de manera perfecta en la norma que autoriza la debitación (artículo 3o. del Decreto 2049 de 1968), siendo, por lo tanto, imperiosa su aplicación.

"Por consiguiente son violatorias de las normas mencionadas en las providencias impugnadas".

LA SALA CONSIDERA:

El literal b) del artículo 3o. del Decreto 2049 de 1968 dice que es deducible el valor del impuesto pagado por la adquisición de materia prima indirecta que es aquella que, sin quedar incorporada físicamente en el producto, se consume totalmente al elaborarlo.

Ha sido parte central de este tema el sistema que ha consagrado nuestra legislación según el cual en nuestro país existe un régimen de impuesto a las ventas de etapa única (monofásico) con características de valor agregado, y por ello debe, en cuanto es posible, deducirse el gravamen pagado en etapas anteriores.

Por eso la ley, desde sus orígenes, autorizó descontar del gravamen bruto los valores pagados en la compra de materia prima.

En el artículo 5o. del Decreto 3288 de 1963 ya se consagró el régimen de descuentos. Más tarde el Decreto 377 de 1965 desarrolla el sistema de la cuenta corriente (artículo 10). Finalmente, en el artículo 7o. del Decreto 1595 de 1966 se estableció que "cuando quiera que un artículo haya sido fabricado con otros que hubiesen sido base de imposición y hubiesen pagado el correspondiente impuesto, dicho gravamen se descontará en la forma establecida por el artículo 10 del Decreto 377 de 1965. El Decreto 1881 de 1966 desarrolló en detalle el régimen de descuentos del impuesto de ventas, régimen que fue detallado por el Decreto 2049 de 1968 en su artículo 3o. tal como lo narra el libelista.

La ley distinguió la materia prima directa de la indirecta e indicó que la segunda era aquella que, sin ser incorporada al producto, se consume totalmente. Consideró la Dirección de Impuestos que no se trata de materia prima indirecta porque lo que se solicita como materia prima indirecta es una serie de elementos que no tuvieron consumo total en la producción de los nuevos artículos. Considera el funcionario administrativo que el consumo total no puede cubrir elementos como la papelería y los repuestos pues estos no desapa-

recen físicamente sino que continúan como porción de insumos en los posteriores procesos productivos.

Ciertamente, al tenor del régimen vigente aplicable a estas disposiciones, no es del caso atender las peticiones del libelo en el caso sub-lite sobre este punto. Una cosa es la materia prima indirecta que se consume físicamente, otra la que no se consume en el proceso productivo. Este punto tan espinoso fue modificado por el artículo 21 del Decreto 1988 de 1974 que, sin dejar dudas, incorporó esos costos que antes no se tenían en cuenta al tasar el impuesto sobre valor agregado. Desafortunadamente el legislador de 1968 no analizó con cuidado el problema y le dejó al intérprete una consagración perentoria: que solo eran susceptibles de descuento, en calidad de materia prima indirecta, los impuestos pagados sobre elementos consumidos totalmente.

Para aclarar el punto, durante el proceso jurisdiccional se llevó a cabo una inspección judicial y se rindió dictamen pericial, según el cual se constató lo siguiente:

"En síntesis, la imprecisa destinación de los bienes adquiridos por la empresa demandante, conforme a las relaciones sobre impuestos a las ventas, y su incompleta enunciación, de una parte, y la infundada y vaga clasificación dada a los mismos por la Administración de Impuestos Nacionales, nos impiden determinar, frente a los criterios antes enunciados, cuáles de ellos pertenecen a la categoría de materias primas y cuáles son bienes de consumo final, sobre los que no hay lugar a deducción del impuesto a las ventas pagado por Pantex".

Vale decir, no es viable, en el asunto de autos aceptar el punto solicitado por la actora pues no desvirtuó en este punto los asertos de la administración de impuestos que, en principio, están amparados por la presunción de veracidad.

En relación con el segundo punto de la litis dice el demandante:

"II. Artículo 126 del Decreto No. 1651 de 1961, artículo 15 del Decreto No. 3288 de 1963 y artículo 28 del Título Preliminar del Código Civil Colombiano.

"El primero de los citados artículos preceptúa:

"Constituye inexactitud sancionable la omisión de ingresos o bienes susceptibles de gravamen; la inclusión de costos, deducciones, exenciones especiales o pasivos inexistentes; la solicitud de exenciones por personas que no hayan sido sostenidas por el contribuyente y, en general, la utilización en las declaraciones de renta y patrimonio o en las correcciones o adiciones a ella, o en los informes suministrados a las oficinas de hacienda, de datos o factores equivocados, incompletos o desfigurados, de los cuales se derive un menor impuesto para el contribuyente.

"No configuran inexactitud los errores de apreciación y las diferencias de criterio entre las oficinas de impuestos y los contribuyentes, en cuanto a la interpretación de las leyes y reglamentos, siempre que los hechos y cifras denunciados por el contribuyente sean completos y verdaderos; las equivoca-

ciones que puedan enmendarse con base en los datos contenidos en las declaraciones de renta y patrimonio, o en las correcciones y adiciones oportunamente presentadas; ni en las deficiencias en los avalúos catastrales de los bienes inmuebles, cuando el precio declarado conste en el recibo de pago de la totalidad del impuesto predial del respectivo año gravable, o del correspondiente al segundo semestre, cualquiera que sea la fecha en que se haya efectuado el pago.

"La segunda disposición reza:

"Las inexactitudes en las relaciones de ventas presentadas por los responsables del gravamen a que se refiere el presente Decreto, conllevarán una sanción equivalente al ciento por ciento del valor del impuesto atribuible a la inexactitud".

"El artículo 28 del Código Civil, es del siguiente tenor:

"'Las palabras de la Ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará su significado legal'.

"El artículo 15 del Decreto 3288 de 1963 establece una sanción para el contribuyente que incurra en inexactitudes en las relaciones de ventas que presente.

"Ninguno de los Estatutos relacionados con el impuesto a las ventas define o explica el término Inexactitud, razón por la cual y en obedecimiento de lo mandado por el artículo 28 del Código Civil, es preciso acudir a la noción de Inexactitud que trae, expresamente, el artículo 126 del Decreto 1651 de 1961.

"Esta última disposición, en su primer inciso, indica con toda claridad, los casos constitutivos de inexactitud y en su segundo inciso expresamente establece que no configuran inexactitud los errores de apreciación y las diferencias de criterio entre las oficinas de impuestos y los contribuyentes, en cuanto a la interpretación de las leyes y reglamentos, siempre que los hechos y cifras denunciados por el contribuyente sean completos y verdaderos.

"Obsérvese bien, cómo obrando estrictamente de conformidad con el artículo 3o. del Decreto 2049 de 1968, ya citado, Textiles Panamericanos S.A. debitó de la cuenta "Impuestos las Ventas por Pagar", los valores del impuesto pagado por la adquisición de materia prima indirecta (repuestos, papelería, etc.), comportamiento éste que se deduce claramente de la correcta interpretación dada por Textiles Panamericanos S.A. al referido texto legal; de tal manera que aún suponiendo, en gracia de discusión, que la interpretación dada a aquella norma, no fuera la más acorde con su literalidad y sentido, resultaría aberrante castigar con la sanción por inexactitud a quien simplemente procede en disconformidad de criterio en la interpretación de una norma legal impositiva.

"Sabiamente, recogiendo principios generales del derecho, el inciso 2o. del artículo 126 del Decreto 1651 de 1961, aplicable no sólo por analogía el caso materia de examen, sino además en virtud del principio según el cual "donde exista una misma razón debe existir una misma norma", manda no tener como inexactitud, como se dijo antes, los "errores de apreciación y las diferencias de

criterio entre las oficinas de impuestos y los contribuyentes, en cuanto a la interpretación de las leyes y reglamentos, siempre que los hechos y cifras denunciados por el contribuyente sean completos y verdaderos".

"Si se analiza cada una de las declaraciones bimensuales de las ventas objeto de las liquidaciones de revisión, se observará claramente que esta compañía no omite cifra alguna que pueda servir de base la imposición del gravamen, ni disfraza la apariencia de algunos artículos a fin de obtener un menor gravamen. La sociedad que represento suministró, con toda claridad y honradez a la Sección de Impuesto a las Ventas, de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, todos los datos y cifras relativos a las ventas realizadas durante cada uno de los bimestres antes mencionados.

"Con todo detalle posible declaró los artículos o elementos que en su sentir constituían materia prima indirecta para efectos de debitar la cuenta "Impuesto a las Ventas por Pagar" con el impuesto pagado por la adquisición de los mismos. No hay el más mínimo asomo de malicia o de ocultamiento que permitan concluir que la sociedad obró fraudulentamente.

"Es de la naturaleza de la sanción que ella obedezca a una forma de conducta determinada, concreta, expresamente prevista en una norma legal como falta.

"En los actos impugnados no se le dice al contribuyente cuál fue la falta cometida en las declaraciones bimensuales de ventas ya relacionadas.

"Del texto de las resoluciones que se acompañan a este escrito, en virtud de las cuales se desataron los recursos administrativos interpuestos, contra las referidas liquidaciones de revisión, se alcanza a percibir que la falta consistió, a juicio de los funcionarios de impuestos, en haber llamado materia prima indirecta artículos o elementos que en sentir de ese Despacho no lo eran y por tanto en haber deducido los impuestos a las ventas pagados por la adquisición de los mismos.

"Conducta ésta que en ninguna de las disposiciones existentes sobre el impuesto a las ventas o sobre los demás tipos de gravámenes del orden nacional, se encuentra consagrada como falta merecedora de sanción.

"Por el contrario, el artículo 26 del Decreto No. 1651, referente al impuesto sobre la renta pero aplicable por analogía en materia de impuesto a las ventas, expresamente excluye aquella conducta (diferencia de criterio en la interpretación de una norma impositiva), como constitutiva de inexactitud, es decir, de falta merecedora de sanción.

"Y no se traiga a cuento lo preceptuado por el artículo 15 del Decreto 3288 de 1963, toda vez que las normas consagratorias de sanciones son de interpretación restrictiva y aplicación estricta.

"Resulta entonces francamente ilegal la sanción por inexactitud fijada a esta compañía por los actos administrativos objeto de la impugnación".

La Sala considera correctas las apreciaciones de la demanda sobre este punto. Claramente hubo de parte de la actora una explicable equivocación en

la clasificación de los artículos que denominó materia prima indirecta, pero tal equivocación no puede producir sanciones pues ella está amparada por una actitud clara de buena fe. La sanción por inexactitud, tanto en el impuesto de ventas como el de renta, surge del fraude a la verdad no de errores de interpretación sobre todo en temas tan complejos como el que motivó las adiciones discutidas.

Una breve reflexión sobre el análisis que al respecto hacen los peritos permite observar que la propia complejidad del tema se puede prestar a naturales equívocos. Dicen así los peritos:

"1. Una empresa industrial, aún desde las más sencillas hasta las más grandes compran usualmente una gran variedad de artículos. Sin embargo estos distintos tipos de artículos pueden clasificarse, muy claramente, en dos grupos según su uso económico, así:

"a) Unos son productos utilizados en el proceso técnico-económico de la producción industrial. Se identifican con el criterio de que si la planta industrial se paralizara, no sería necesario, económicamente y técnicamente adquirir estos bienes. En el lenguaje económico la demanda que hacen las industrias sobre estos bienes se denomina *Demanda Intermedia*. En la técnica de análisis macroeconómico llamado Método de Insumo-Producto debido a Wassili Leontieff (Premio Nobel de Economía en 1973) dicha demanda intermedia da lugar a lo que se denomina coeficiente técnico de insumo-producto.

"b) Otra clase de bienes son demandados por una empresa industrial no en razón de su *funcionamiento*. Tal ocurre con consumos que requiera para su simple subsistencia o para atender a compromisos que ella adquiera con terceras personas (entidades cívicas, etc.). La demanda que las empresas industriales hacen de estos bienes, al igual que cualquier otro agente económico (persona o empresa o gobierno) se denomina *Demanda Final*. En la técnica de insumo-producto esta demanda final aparece como un "Vector" adicional y diferente de la matriz de coeficientes técnicos de insumo-producto".

"2. Los bienes que constituyen el primer grupo, caracterizados en el lenguaje económico como bienes intermedios, suelen llamarse indistintamente y sin mucho rigor de vocabulario *Insumos o Materias Primas*. Estos a su vez pueden separarse en dos categorías según el papel que juegan, desde el punto de vista técnico en el proceso de producción. Estas dos categorías son:

"a) *Materias Primas Directas*. Son las que quedan incorporadas físicamente al producto final tal como ha de ser utilizado o consumido. Por ejemplo: el algodón y los colorantes en las telas, el acero en una máquina, el papel en un libro, etc. etc.

"b) *Materias Primas Indirectas*. Son las que se requieren para mantener en funcionamiento el proceso industrial, aunque no quedan incorporadas en el producto final, y también aquellas otras necesarias para el empaque, la seguridad, la preservación o el transporte adecuado del producto final. Tal es el caso de los combustibles para caldera, del agua para procesos, de los aprestos en procesos textiles, los lubricantes para el equipo mecánico, del material para empaque, etc. etc.

"3. Cuando se estableció el impuesto a las ventas y se autorizó a las empresas industriales a descontar a los impuestos que deberían pagar al erario público, los que ya hubieran pagado a sus proveedores por "Materias Primas Directas o Indirectas" se estaba reconociendo una realidad económica y un principio de justicia según el cual el fabricante no debe ser gravado dos veces por el mismo impuesto sobre un mismo bien dentro de un solo proceso. Este parece ser el espíritu de aquella norma. Por lo tanto este criterio es completamente válido para las compras de *bienes intermedios* hechos por una industria.

"4. En cuanto a las compras de *bienes de consumo final* hechos por una industria, al igual que cualquier otro agente del mundo económico, es apenas natural que sean gravados por el impuesto a las ventas en cabeza del industrial como *consumidor final de esos bienes*, desde que estos configuren el carácter de bienes de consumo final de acuerdo con los criterios explicados atrás.

"5. En consecuencia, según estos conceptos, no toda compra hecha por una industria y por la cual haya pagado impuesto de ventas a su proveedor da mérito a descontar dicho impuesto del que el industrial debe al erario; el derecho al descuento lo tienen las compras de bienes intermedios, pero no lo tienen las compras de bienes de consumo final.

"6. Para referirnos al caso concreto de Pantex, consideramos que son bienes de consumo intermedio: Algodón, poliéster, rayón, acetato, fibra acrílica, nylon, y colorantes, como materias primas directas. Además como materias primas indirectas tendrían también derecho al descuento: sal, ácido acético, materiales para engomado, aprestos para tintorería, auxiliares de teñido, materiales para lavado de hilos y tejidos, repuestos y piezas de recambio para la maquinaria, repuestos y piezas de recambio para el equipo de movimiento dentro de la fábrica, papeles para envolver la mercancía, cajas de cartón para empaque de productos, empaques de polietileno, empaques de cabuya, conos para hilos, herramientas manuales, gasolina para camiones de transporte, carbón para calderas, combustibles líquidos para calderas y máquinas, aceites y grasas lubricantes para maquinaria, metales en varias formas para el taller, artículos de ferretería para el taller, etc. etc.

"7. Por el contrario no habría lugar al descuento del impuesto de ventas pagado a proveedores por aquellos artículos que compra esa empresa como bienes de consumo final. Tales son por ejemplo: gasolina para automóviles, víveres, muebles de oficina, papelería de oficina, útiles de escritorio, repuestos para automóviles, material eléctrico para instalaciones fijas, material de iluminación para las oficinas, artículos de aseo".

Es natural que un error de apreciación o de interpretación en esta materia es fácil de ocurrir. Por ello, la legislación de 1974 modificó el sistema e incorporó en el concepto de materia prima indirecta numerosos elementos del costo que no se consumen totalmente en el propio proceso productivo. Mal puede pues sancionarse a la actora por un error de interpretación tan explicable como cierto.

Por ello cabe practicar nuevas liquidaciones y acceder al segundo cargo de la demanda en cuanto hace a las liquidaciones correspondientes a los

bimestres de mayo y junio de 1969, julio y agosto de 1969, septiembre y octubre de 1969, noviembre y diciembre de 1969, enero y febrero de 1970, marzo y abril de 1970. En relación con los otros tres bimestres discutidos, por lo expuesto atrás, quedarán en firme las respectivas liquidaciones privadas.

IMPUESTO A LAS VENTAS

SOCIEDAD PANAMERICANA DE TEXTILES

Bimestre	*Base*	*Impuesto*
Noviembre-Diciembre 1968		Queda en firme la liquidación privada.
Enero-Febrero 1969		Queda en firme la liquidación privada.
Marzo-Abril 1969		Queda en firme la liquidación privada.
Mayo-Junio 1969	El liquidado sin sanción	$ 699.498.04
Julio-Agosto 1969	El liquidado sin sanción	$ 934.916.93
Septiembre-Octubre 1969	El liquidado sin sanción	$ 875.684.35
Noviembre-Diciembre 1969	El liquidado sin sanción	$ 794.766.02
Enero-Febrero 1970	El liquidado sin sanción	$ 669.495.56
Marzo-Abril 1970	El liquidado sin sanción	$ 503.866.20

Como el contribuyente acredita los siguientes pagos:

a) Por los bimestres de noviembre y diciembre de 1968, enero-febrero de 1969 y marzo-abril de 1969, el pago de su liquidación privada más los pagos de $198.055.88 por reajuste del impuesto y sanción. Habrá que ordenar la devolución de este excedente.

b) Por el bimestre de mayo y junio de 1969 la suma de $667.385.81 más el reajuste de $33.112.23 y una sanción por este último valor. Habrá que ordenar la devolución de la sanción.

c) Por el bimestre de julio y agosto de 1969 la suma de la liquidación oficial más una sanción por $31.018.57. Habrá que ordenar la devolución de esta última suma.

d) Por el bimestre de septiembre-octubre de 1969, la suma de la liquidación oficial más una sanción por $37.496.04, suma ésta cuya devolución se ordena.

e) Por el bimestre de noviembre y diciembre de 1969 la suma de la liquidación oficial más una sanción por $27.076.49 que se ordena devolver a la contribuyente.

f) Por el bimestre de enero y febrero de 1970 la suma liquidada oficialmente más una sanción por $24.448.54 que se ordena devolver a la contribuyente.

g) Por el bimestre de marzo y abril de 1970 la suma liquidada oficialmente más una sanción por $26. 769.67 que se ordena devolver a la contribuyente.

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:

1o. Confírmanse los numerales 1o. y 2o. de la parte resolutiva de la sentencia apelada y revócase en todo lo demás.

2o. Revísanse las operaciones administrativas de liquidación de los impuestos sobre las ventas contenidas en las liquidaciones R-00044-V, R-00045-V, R-00046-V, R-00047-V, R-00048-V y R-00049-V de fecha junio 8 de 1971 y de las resoluciones Números R-00062-V, R-00063-V, R-00064-V, R-00058-V y R-00066-V del 18 de enero de 1974 por virtud de las cuales se fijó a cargo de la sociedad actora el impuesto de ventas por varios bimestres.

3o. Fíjase el impuesto de ventas de la sociedad actora por los varios períodos impugnados por los valores establecidos en la parte motiva de esta providencia.

4o. Ordénase la devolución de trescientos setenta y seis mil novecientos setenta y siete pesos con sesenta y dos centavos ($376.977.62) a favor de la sociedad actora más los intereses legales a que hubiere lugar por razón del exceso por ella cancelado.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Bernardo Ortiz Amaya, Carmelo Martínez Conn, Gustavo Humberto Rodríguez, Enrique Low Murtra.

Jorge A. Torrado Torrado. Secretario.

IMPUESTOS. LIQUIDACION OFICIAL Y LIQUIDACION DE REVISION. Diferencia del régimen, establecido en el Decreto 1651/61 con el Decreto 2821/74. Notificación personal y notificación por correo.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Bogotá, marzo dieciocho de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Enrique Low Murtra**

Demandante: **Sociedad Pavimentos Delta Ltda.**

Referencia: Radicación No. 6.943. Apelación de la sentencia del tribunal de Cundinamarca sobre impuestos de renta por el año de 1972.

El apoderado judicial de la empresa Pavimentos Delta Limitada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de 19 de noviembre de 1979, dictada por el tribunal administrativo de Cundinamarca, al decidir el juicio de revisión contra la operación administrativa de liquidación del impuesto de renta y complementarios por el año fiscal de 1972.

ANTECEDENTES

La actora, en el caso de autos, expresó su claro desacuerdo con la liquidación de revisión número 1710 que le fijó el impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1972. La Administración desechó el estudio del recurso gubernativo, porque "la parte actora no dio cumplimiento al requisito del pago de la liquidación privada, ni tampoco instauró el recurso dentro del plazo de los cuatro (4) meses, toda vez que la notificación conforme al informe oficial se surtió el 14 de marzo de 1975 y el recurso se interpuso el 16 de julio de 1975". El actor, en su reposición alegó que no existe "certeza respecto de la fecha de notificación de la liquidación, puesto que esta última", concretamente el original que le fue enviado a la sociedad, "carece tanto de fecha de expedición como de la notificación". Esta argumentación no fue aceptada por la Administración la que decidió denegar hacer estudio de fondo del expediente.

DEMANDA

Al acudir en demanda de revisión de impuestos el apoderado de la actora manifestó que es "absurdo sostener como se sostiene en las providencias objeto de la presente demanda que el recurso gubernativo fue extemporáneo cuando el acto administrativo objeto del recurso carece de fecha de su expedición como de la fecha de su notificación". También alegó el actor que la notificación de la liquidación fue irregular y, por tanto inválida.

FALLO DEL TRIBUNAL

El tribunal denegó pronunciamiento de mérito con base en los siguientes argumentos:

"De los planteamientos hechos por la demandante y de las disposiciones acusadas se desprende que dos son las cosas a dilucidar por esta Corporación. La primera, si la notificación de la liquidación de revisión de que trata el artículo 29 del Decreto 01651 de 1961 puede efectuarse por correo y la segunda si no habiéndose puesto la fecha en el original de dicho acto de revisión, ésta es inválida.

"Con anterioridad a la expedición del Decreto-ley 2821 de 1974 la liquidación de revisión establecida en el artículo 29 del Decreto 01651 de 1961 debía notificarse personalmente según el inciso tercero de esta norma en tanto que la

llamada liquidación oficial inicial podía notificarse por entrega personal o por correo (Arts. 19 y 20 del mismo Decreto 01651 de 1961).

"Bajo la vigencia del Decreto-ley 2821 de 1974, las notificaciones de las liquidaciones oficiales, de revisión y de aforo, se previeron bajo la forma establecida en los artículos 19, 20 y 21 del Decreto 01651 de 1961, por expresa disposición del artículo 18. O sea, que tanto las llamadas liquidaciones iniciales, (a las que se refería el artículo 15 del Decreto 01651 de 1961) como las de revisión y de aforo, a partir del 20 de diciembre de 1974 quedaron unificadas en lo que a notificación se refiere.

"Tal interpretación surge de un análisis contextual de los artículos 15 y 18 del Decreto-ley 2821 de 1974, toda vez que el legislador Tributario de dicho año cuando quiso distinguir la liquidación de revisión por él establecida de la del artículo 29 del Decreto 01651 de 1961 lo hizo en forma expresa bajo los términos de "la liquidación de revisión en la forma aquí establecida" o "la liquidación de revisión ahora establecida, (artículo 15) en tanto que en la norma de notificaciones no hizo distinción alguna (artículo 18).

"De otra parte, en el aspecto de la notificación de un acto está implícito el derecho de defensa de las partes, porque aquélla no tiene otro objeto o razón de ser que el conocimiento del mismo por los interesados a efectos de que puedan ejercer oportunamente los derechos que la Ley les otorga. Luego, la forma de notificación de la liquidación, personal o por correo, es en verdad un aspecto secundario porque lo que sí tiene relevancia jurídica es que el particular afectado con el acto que le fija el impuesto la conozca en tiempo.

"Y es por este aspecto precisamente por lo que no encuentra la Sala que en el caso sublite se pueda invalidar la notificación de la liquidación de revisión, porque como ya se dejó dicho, legalmente sí se podía notificar por correo y de otro la notificación se cumplió oportunamente. Es cierto que el original de la liquidación de revisión, visible al folio 1 del cuaderno principal, no tiene fecha y que en tal evento debe tomarse como tal la del día de su notificación, (numeral 1o. del Art. 13 del Decreto 2821 de 1974), la cual se llevó a cabo mediante oficio 852 del 14 de marzo de 1975, según puede leerse en la copia visible a los folios 6 a 8 del cuaderno de antecedentes administrativos.

"La demanda no controvierte que la introducción al correo se hubiere realizado el 14 de marzo de 1975 sino que fundamenta la invalidez del acto en la circunstancia de no haberse puesto en el original la constancia de su notificación.

"Si se notificó por correo y la notificación fue extemporánea, es un hecho que de haberse sucedido así hubiera sido de fácil demostración para la parte actora pues el correo habría certificado la fecha en que se introdujo la respectiva planilla. Pero, se repite, la demanda en manera alguna ha desvirtuado que la notificación por correo no se hubiere realizado el 14 de marzo de 1975, data oportuna no solo para efectos del término en que se produjo el acto mismo de la liquidación de revisión sino para el conteo del término en que debía recurrirla la sociedad contribuyente.

"En tales circunstancias, el recurso gubernativo sí resulta extemporáneo pues el término para su interposición vencía el 15 de julio de 1975 y el

memorial se presentó el 16 del mismo mes y año citados (folio 137, lápiz negro del cuaderno de antecedentes administrativos).

"Así las cosas, no hubo agotamiento de la vía gubernativa...".

APELACION

El apoderado de la actora interpuso recurso de apelación y sostuvo al sustentarlo:

"En primer término, el H. Tribunal acepta que el original de la liquidación de revisión, objeto de la demanda, carece de fecha, lo cual la invalida tal como lo sostengo con los argumentos que expuse en la respectiva demanda.

"En segundo lugar, que las copias de la mencionada liquidación, visibles a los folios seis (6) a ocho (8), tienen anotada la fecha catorce (14) de marzo de 1975 y, de consiguiente, deduce el Tribunal que la liquidación sí es válida y el recurso por consiguiente, es extemporáneo. Debo manifestar que el oficio 852 que menciona la sentencia, no se encuentra en el expediente y, en estas condiciones constituye dentro del proceso una prueba oculta.

"En las condiciones anteriores estoy seguro de que el H. Consejo de Estado revocará la sentencia del H. Tribunal, y en su lugar, entrará a estudiar las súplicas de la demanda puesto que, como es obvio, al carecer de fecha de expedición y notificación el original enviado a mi mandante, el acto administrativo y su notificación no pueden producir efectos jurídicos por las razones que expuse en la demanda y que el H. Consejo habrá de estudiar.

"En la demanda expuse los siguientes argumentos que, para terminar el presente escrito, me permito transcribir:

"Es que tanto el acto administrativo de liquidación del impuesto, así como el acto de su notificación, deben tener una fecha cierta y conocida para el contribuyente y no secreta u oculta como lo pretendieron en el presente caso los funcionarios de impuestos, pues, de tales fechas se desprenden consecuencias muy importantes para el ciudadano, como son el derecho que la ley le concede para interponer recursos en su defensa, dentro del término legal que se cuenta siempre a partir de la fecha de notificación; la obligación de pagar el tributo dentro de determinados plazos que se cuentan de la misma fecha. El derecho que tiene el contribuyente de saber con certeza, que después de transcurrido determinado tiempo, su situación jurídica frente al Fisco ha quedado definida, no puede ser modificada".

"Estos son requisitos, los de la fecha, esenciales del acto de notificación de toda providencia administrativa y con mayor razón de los actos de liquidación de impuestos, que, si no se cumplen, hacen que los mismos actos pierdan su valor legal. Todo esto es tan cierto, que el Art. 12 del D. 2733 de 1959 manifiesta en tratándose de la notificación de los actos gubernativos, que sin el cumplimiento de los requisitos que le son propios, "no se tendrá por hecha la notificación, ni producirá efectos legales la respectiva providencia, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o *utilice en tiempo los recursos legales*".

"Es desde todo punto de vista absurdo, sostener como se sostiene en las providencias objeto de la presente demanda, que el recurso de reposición fue extemporáneo, cuando el acto administrativo objeto del recurso carece tanto de fecha de expedición como de la fecha de su notificación".

"Dicen las resoluciones acusadas que, las copias que se conservan en las oficinas sí contienen tanto la fecha de expedición como de su notificación y que, de consiguiente, son válidas. Nada más absurdo. El original que presento anexo, el único que se le dio a conocer a mi poderdante, no tiene las fechas indicadas. Este es el original que tiene valor para el contribuyente y no las copias que secretamente están guardadas en los archivos oficiales".

IMPUGNACION

Por su parte, la Dirección General de Impuestos Nacionales se constituyó en parte impugnadora y sostuvo por medio de apoderado debidamente reconocido en este proceso:

"3o. La forma de surtirse la notificación de las liquidaciones de revisión o de aforo del Decreto 2821 de 1974 son las mismas existentes durante la vigencia del decreto procedimental precedente, el 1651 de 1961, o sean las contempladas en los artículos 19, 20 y 21 de este último Estatuto mencionado. Así lo consagró expresamente el artículo 18 del Decreto 2821 de 1974. Por manera que si la Sección de Auditoría le envió a la Sociedad Pavimentos Delta Ltda., el ejemplar de la liquidación de revisión No. 01710 de marzo 14 de 1975, con oficio No. 852 de esta misma fecha (véase vuelto el folio No. 8 de los antecedentes administrativos), esta actuación armoniza con las eventualidades de notificación del artículo 19 del Decreto 1651 de 1961, ya que el artículo 18 del Decreto 2821 de 1974, terminó con la dicotomía de las notificaciones de las primitivas liquidaciones oficiales iniciales, en relación con las de revisión o correctoras de una inicial oficial (artículos 24 y 29 del Decreto 1651 de 1961, en su orden).

"En estas condiciones, el envío de la liquidación oficial (de revisión o correctora de la No. 001768-B de julio 17 de 1974), surtió sus efectos legales de ser conocida oportunamente, tanto, que no vulnera los principios procesales de publicidad y contradicción para impugnarla.

"El apoderado no podía demostrar por consiguiente que no se le hubiera enviado el ejemplar de la segunda liquidación oficial, surgida de actuación oficiosa de la Sección de Auditoría de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá; por lo tanto nada hay que agregar a esta situación planteada prolijamente con el objeto de tomarla como carente de eficacia para los efectos del artículo 12 del Decreto 2733 de 1959.

"4o. Casos como el aquí cuestionado repercuten procesalmente con negatividad en el ejercicio de la acción ante lo Contencioso Administrativo, conforme a reiterada jurisprudencia del H. Consejo de Estado, de la cual ha sido ponente el ilustre Consejero Sustanciador (invoco los fallos del mes de noviembre de 1979).

"5o. Si de conformidad con el artículo 19 del Decreto 2821 de 1974 la sociedad tenía cuatro (4) meses para interponer reposición dentro de los

siguientes a la notificación, y se ha comprobado que siendo notificada el 14 de marzo de 1975 la última liquidación oficial igualmente oportuna en su práctica (14-3/75), pero por haber el representante especial de la sociedad contribuyente, instaurado el recurso el 16 de julio de 1975 debiendo hacerlo hasta el 15 de este mismo mes y año, su acción fue y continúa siendo extemporánea, y como tal, causa procesal de indebido agotamiento de la vía gubernativa, acorde con la nombrada jurisprudencia del H. Consejo de Estado y con el fallo del H. Tribunal, aquí apelado".

CONCEPTO FISCAL

El señor fiscal tercero ante esta Corporación solicita confirmación de las providencias impugnadas porque considera que, en este caso, no hubo un debido agotamiento de la vía gubernativa. Dice así el señor agente del Ministerio Público en su valiosa vista de fondo:

"El artículo 18 del Decreto 2821 de 1974 dispone que contra "los actos de liquidación de impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales, procede el recurso de reposición, el cual podrá interponerse dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación...".

"El señor apoderado manifiesta que la liquidación de revisión, que fue enviada "por correo urbano, llegó a las oficinas de la sociedad por mi representada", liquidación que "carece de la fecha en que fue practicada y tampoco tiene anotada la fecha en que se llevó a cabo su notificación", sin embargo, el señor apoderado no aclara en qué fecha la recibió ni presenta pruebas que permitan concluir que el recurso lo interpuso dentro de los cuatro meses siguientes al momento en que recibió el correspondiente ejemplar.

"En cambio, la Administración afirma "que la notificación conforme al informe oficial se surtió el 14 de marzo de 1975".

"Ahora bien, como el Auto No. A. 001886P., en donde se hace esta afirmación, está amparado, al igual que todo acto administrativo, por una presunción de legalidad, que no ha sido desvirtuada por el contribuyente, debe concluirse que el recurso contra la Liquidación de Revisión fue interpuesto extemporáneamente ya que los cuatro meses a que se refiere el artículo 19 del Decreto 2821 de 1974, contados a partir del día 15 de marzo de 1975, vencieron el 15 de julio del mismo año y el correspondiente memorial fue presentado un día después, o sea el 16 de julio.

"Así, pues, hubo un indebido agotamiento de la vía gubernativa, por esa circunstancia, la Fiscalía conceptúa que la sentencia recurrida merece ser confirmada".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala acoge los criterios del a quo y del señor agente del Ministerio Público:

1. Es incuestionable que el Decreto 2821 de 1974 subrogó parcialmente el régimen de determinación del tributo existente bajo el sistema del Decreto 1651 de 1961. Bajo este estatuto legal prevalecía la liquidación oficial universal y, por vía especial, operaba igualmente la liquidación de revisión. Tal

liquidación de revisión, la practicada bajo la vigencia del Decreto 1651 de 1961, se notificaba personalmente. La liquidación oficial corriente se notificaba por correo. Con el Decreto 2821 de 1974 se estableció el sistema de la liquidación de revisión como patrón básico de determinación del tributo y se eliminó la antigua liquidación oficial. Al fijarse el procedimiento de notificación de esta liquidación se estipuló que operaría la notificación por correo. Esta y no otra es la correcta interpretación normativa que con gran claridad se deduce de los argumentos esbozados por el a quo y por el señor agente del Ministerio Público.

2. Alega el memorialista que como el documento original que sirvió para notificar la liquidación de revisión no tiene fecha cierta, no puede decirse que hubo extemporaneidad en la interposición del recurso. Sostuvo igualmente que si esa fecha reposa en otros documentos ellos no fueron conocidos por el contribuyente, razón por la cual no le son oponibles. En el cuaderno de antecedentes administrativos aparece como fecha de la expedición de la liquidación de revisión 1710 el día 14 de marzo de 1975, (folios 195-198). Otra copia idéntica se observa a folios 6 y siguientes del cuaderno de antecedentes administrativos. Al respaldo de ambas copias se lee la leyenda "notificado - oficio 852 de marzo 14 de 1975", nota respaldada por sello y firma del jefe del Grupo de Secretaría de la Sección de Auditoría. Esta documentación hace suficiente mérito porque el actor se limita a fundar su aserto en que en el documento original no aparece fecha alguna, prueba que resulta insuficiente frente a la presunción de legalidad del acto administrativo, presunción que, en principio, tiene fuerza legal y que debe ser desvirtuada con pruebas fehacientes por el administrado que alegue que el acto administrativo está viciado de nulidad.

En consecuencia 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.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Bernardo Ortiz Amaya, Carmelo Martínez Conn, Gustavo Humberto Rodríguez, Enrique Low Murtra.

Jorge A. Torrado Torrado. Secretario

TERMINOS. DIAS HABILES E INHABILES. Por regla general los sábados, son días hábiles, pero si la administración ha dictado alguna norma general que considera inhábiles los sábados éstos no pueden contarse en los términos de la ejecutoria.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Bogotá, abril veintinueve de mil novecientos ochenta y tres.

Consejero ponente: **Dr. Enrique Low Murtra**

Demandante: **Arango Jaramillo y Cía. Ltda.**

Referencia: Radicación No. 10.174. Apelación del auto del tribunal de Caldas sobre impuestos de renta por el año de 1978.

El tribunal administrativo de Caldas inadmitió la demanda presentada por el apoderado judicial de la sociedad Arango Jaramillo y Cía Ltda. en busca de la revisión de la operación administrativa de liquidación de los impuestos de renta y complementarios por el año fiscal de 1978. El tribunal hizo estas reflexiones:

"La acción de revisión de impuestos prescribe al cabo de tres meses de realizada la operación administrativa de liquidación, contados a partir de la ejecutoria de la última providencia, que en materia tributaria es de diez días, según lo preceptuado por el artículo 52 del Decreto 1651 de 1961, contabilizados desde la notificación personal o de la desfijación del edicto, si no existen recursos o el interesado no los interpuso.

"En el caso sub-lite, se tiene que la Resolución No. RT 097 de abril 13 de 1982 dictada por la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Manizales, por medio de la cual se clausuró la vía gubernativa, fue notificada personalmente al actor el 19 siguiente (fls. 6 vto. del expediente); los diez días de ejecutoria de que habla el artículo 52 del Decreto 1651 de 1961 vencieron el 30 de dicho mes y año.

"A partir de la última fecha citada, se empieza a contar el lapso de los tres meses normados por el artículo 272 del Código Contencioso Administrativo para acudir ante esta jurisdicción en demanda de revisión de impuestos, los que, para el caso sub-examine, vencieron el 31 de julio del presente año, y como se anotó con anterioridad, la demanda se instauró el tres de agosto del mismo año, ha de concluirse que por el aspecto analizado, la acción se encuentra caducada, como así lo habrá de declarar la Corporación".

La providencia del tribunal fue recurrida en apelación interpuesta por el apoderado de la actora. No obstante, el recurrente no sustentó el recurso. La Sala encuentra sin embargo, al estudiar el expediente que existen nuevas luces en el debate que la llevan a revocar la decisión del a quo:

1. Efectivamente la resolución que agotó la vía gubernativa fue notificada personalmente al apoderado de la sociedad Arango, Jaramillo y Cía. Ltda., el 19 de abril de 1982.

2. La ejecutoria de esa providencia se cumplió no el 30 de abril de 1982 como sostiene el a quo sino el tres de mayo de ese mismo año. Ello es así porque

como la ejecutoria acaece en la vía gubernativa no deben contarse los sábados ya que son días no hábiles en las oficinas impositivas de Manizales. La Sala considera esta una buena oportunidad para precisar el alcance de las disposiciones sobre los días hábiles e inhábiles. Por regla general los sábados son días hábiles, pero si la administración ha dictado alguna norma general que considera inhábiles los sábados estos no pueden contarse en los términos de la ejecutoria. Es pues regla de excepción que se aplica al caso de autos.

3. Por tanto, la demanda debió presentarse a más tardar el 3 de agosto de 1982. Como efectivamente se presentó el tres de agosto de ese año, es claro que no se produjo la caducidad de la acción.

Por lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la sección cuarta de su Sala de lo contencioso,

RESUELVE:

Revócase el auto apelado y en su lugar se dispone la admisión de la demanda.

Devuélvase al tribunal de origen para que se le dé al proceso el curso de ley.

Cópiese, publíquese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Bernardo Ortiz Amaya, Carmelo Martínez Conn, Gustavo Humberto Rodríguez, Enrique Low Murtra.

Jorge A. Torrado Torrado. Secretario.

IMPUESTO DE RENTA. RENTA MINIMA PRESUNTA. Aplicación de este sistema especial en los términos establecidos por el Art. 77 del Decreto 2053 de 1974, en concordancia con los artículos 59 del Decreto Legislativo 2247 de 1974 y 93 del Decreto Reglamentario 187 de 1975. Lo que la ley ha establecido en forma indirecta es una función social de todo patrimonio. Todo patrimonio debe producir un mínimo: si no lo hace se presume que tal mínimo se produjo y se grava al propietario en consecuencia. Es por ello que la prueba contra esta presunción es limitadísima.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Bogotá, abril ocho de mil novecientos ochenta y tres.

Consejero ponente: **Dr. Enrique Low Murtra**

Demandante: **Sociedad Ladrillera de Bucaramanga S.A.**

Referencia: Radicación 7.534. Apelación de la sentencia del tribunal de Santander sobre impuestos de renta por el año de 1974

El tribunal administrativo de Santander, por medio de sentencia del 1o. de octubre de 1980, denegó las pretensiones de la demanda en el juicio de revisión impetrado por el apoderado legal de la sociedad "Ladrillera de Bucaramanga S.A.", en relación con la operación administrativa de liquidación del impuesto de renta y complementarios por el año fiscal de 1974. El apoderado de la actora ha interpuesto recurso de apelación contra la sentencia del tribunal.

Punto central de la contienda es la aplicación del sistema especial de renta mínima presunta en los términos establecidos por el artículo 77 del Decreto 2053 de 1974, en concordancia con los artículos 59 del Decreto legislativo 2247 de 1974, y 93 del Decreto reglamentario 187 de 1975.

La sociedad actora presentó su declaración de renta y patrimonio correspondiente al año de 1974, advirtiendo que no era del caso aplicar los artículos 77 y 59 de los Decretos 2053 y 2247 de 1974 respectivamente, por la ocurrencia de hechos constitutivos de caso fortuito o fuerza mayor que desvirtuaban la presunción consagrada en las citadas normas. Para tal efecto se alegó que más del 50% del patrimonio bruto estaba comprometido en una empresa en período improductivo, circunstancia que se demostraría posteriormente, además de solicitar una inspección ocular con peritos para demostrar este hecho. También alegó la empresa que debió reducir su capital autorizado en $2.000.000 y que hubo de realizar gastos por un valor de cuatro millones de pesos en la construcción de un horno, inversión que también fue improductiva ese año.

El día 6 de junio de 1977 la administración le practicó a la sociedad actora la liquidación 1029 determinándole la renta por el sistema especial de la renta mínima presunta, vale decir, tomó como renta el 8% del patrimonio líquido a 31 de diciembre del año anterior al gravable. (Es decir a 31 de diciembre de 1973).

Contra esta liquidación la actora interpuso los recursos de rigor siendo denegadas sus pretensiones en el trámite gubernativo.

De conformidad con el inciso 3o. del artículo 59 del Decreto 2247 de 1974 la presunción solo puede desvirtuarse si se demuestra la ocurrencia de hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito y la medida en que ellos influyeron en la obtención de la renta líquida.

La Administración, primero en la sección de recursos tributarios y luego en la dirección general de impuestos nacionales consideraron que la contribuyente no había acreditado debidamente los hechos constitutivos de caso fortuito. Dijo así: (Resolución 00412 de 1978).

"Por otra parte, según el Decreto 2322/76 se considera como período improductivo el comprendido por tres etapas a saber: 1o. Prospectación. 2o. Construcción, instalación y montaje y 3o. ensayos y puesta en marcha, observándose que en el caso que nos ocupa no se han dado a conocer los hechos con que se inició y se terminó cada una de estas etapas, estando obligado el contribuyente a suministrar estos datos; además la fecha en que termine la

etapa de prospectación deberá ser aprobada mediante certificación expedida por el revisor fiscal de la empresa. Según se dispone en el inciso final del artículo 7o. del mencionado decreto.

"Por otra parte, al estudiar el expediente se observa que la empresa en la vigencia fiscal de 1974 no estuvo improductiva, ya que efectuó las actividades comerciales propias de su naturaleza en las cuales obtuvo una pérdida comercial, lo cual no exonera a la sociedad contribuyente de la renta presuntiva, ya que como se dijo anteriormente no se ha comprobado plenamente que dicha pérdida ocurrió a consecuencia de hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito".

Y luego reiteró: (Resolución 1551 de 1979).

"En cuanto a la determinación de la renta presuntiva el funcionario de Auditoría también dio aplicación a las normas que regulan estos casos; así por ejemplo para desvirtuar la presunción consagrada en el inciso 1o. del artículo 77 del Decreto 2053 de 1974, deben demostrarse la ocurrencia de los hechos constitutivos de fuerza mayor y la medida en que ellos influyeron en la determinación de una renta líquida inferior a la renta presuntiva como lo manifiesta el funcionario de la oficina de primera instancia, y esto no ha sido demostrado ya que no hay prueba contundente y eficaz para demostrar que la empresa se hallaba en período improductivo. De otra parte este Despacho no se extiende más sobre el asunto por cuanto la Oficina de Recursos Tributarios ha sido muy clara al respecto y al no haber adición alguna al memorial interpuesto inicialmente ni pruebas diferentes a las ya tenidas en cuenta y analizadas por el Despacho de primera instancia, se continúa manteniendo lo dicho por esa Oficina".

Impetrada la demanda, el tribunal sostuvo al decidir:

"FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO

"Prescribe la misma norma en su inciso 2o. que "Esta presunción sólo puede ser desvirtuada si se demuestra la ocurrencia de hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito y la medida en que ellos influyeron en la determinación de la renta líquida inferior", y a continuación dispone:

"Se considera que hay fuerza mayor, entre otros, en los siguientes casos:

"1o. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del patrimonio bruto se encuentra comprometido en una empresa industrial o agrícola que se halla aún en período improductivo.

"2o. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del patrimonio líquido se encuentra comprometido en propiedades afectadas por prohibiciones de urbanizar o congelación de arrendamiento.

"3o. Cuando la actividad económica del contribuyente se encuentra afectada por medidas oficiales sobre precios, que determinan una disminución de la rentabilidad por debajo del ocho por ciento (8%)".

"Como la renta declarada por la sociedad contribuyente no guardaba relación con su patrimonio líquido del último día de la vigencia anterior y con

el fin de desvirtuar la presunción del artículo 59 del Decreto 2247 de 1974 desde la presentación de la declaración de renta y patrimonio manifestó que durante la vigencia de 1974 se vio abocada a situaciones de fuerza mayor como las siguientes:

"a) Haber invertido más del cincuenta por ciento (50%) de su patrimonio bruto en el montaje de un horno Migeón, secadores artificiales y los equipos correspondientes.

"b) La mala situación económica porque pasó en el año de 1974 que fue la causa para tener que sacrificar acciones reduciendo su capital autorizado en la cantidad de $2.000.000.oo.

"En el primer caso se estaría en la situación contemplada por el numeral 1o., inc. 3o. del Art. 59 del Decreto 2247 de 1974 que dice: "Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del patrimonio bruto se encuentra comprometido en una empresa industrial (...) que se halla aún en período improductivo". Lógicamente que las circunstancias de fuerza mayor corresponde probarlas a quien las alegue en su favor.

"En cuanto al período improductivo de la sociedad durante la construcción del horno Migeón, de los secadores artificiales y el equipo correspondiente, el contribuyente solo se limitó a informar de este hecho sin allegar las pruebas pertinentes sobre la delimitación de las diferentes etapas que conforman el período improductivo de acuerdo con el Art. 2o. del Decreto 2322 de 1976 ya vigente por la época en que el contribuyente fue requerido (febrero 17 de 1977) y cuando interpuso los recursos. La norma dice: "En las empresas industriales de transformación (...) se considera como período improductivo el comprendido por las etapas de:

"a) Prospectación.

"b) Construcción, instalación y montaje; y

"c) Ensayos y puesta en marcha".

Igualmente debió demostrar esas circunstancias de fuerza mayor por él alegadas, en la forma descrita por el numeral 1o., inc. 1o. del Art. 93 del Decreto 187 de 1975, aplicable a la vigencia fiscal de 1974 por disposición de su Art. 117, hoy derogado por el Art. 8o. del Decreto 2322 de 1976.

"En cuanto hace referencia a la mala situación económica de la sociedad que dio lugar al sacrificio de acciones y reducción del capital autorizado en la suma de $2.000.000, esta fue una circunstancia que tuvo ocurrencia durante el año de 1973 según lo informa el mismo contribuyente y para esa época no había entrado a regir aún el decreto que estableció la renta presuntiva y además se discute en esta litis el gravamen correspondiente al año de 1974.

"Del concepto Fiscal tomamos como parte integrante de esta providencia, lo siguiente:

"6o. A juicio de este Despacho, y sin requerir de mayores comentarios, las pruebas reseñadas en manera alguna demuestran la ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor que impidieran a la empresa la obtención de una renta

inferior a la presumida por la ley (sic). Con los documentos traídos al proceso simplemente se constata tanto la reducción del capital suscrito durante 1973, como el inicio y terminación de algunas obras por valor aproximado de tres millones de pesos. Pero, sin que aparezca a qué imprevisto irresistible obedecieron tales hechos. Es más, de las mismas pruebas surge con claridad que el horno construido no fue absolutamente improductivo durante 1974, como que logró utilizarse parcialmente. En consecuencia, si con estas pruebas es como pretende la sociedad obtener un pronunciamiento que conlleve las modificaciones de las operaciones impugnadas, como se anotó, ellas no alcanzan a demeritar la presunción que establece el Decreto 2247 de 1974 en su Art. 59, y por tanto, no procede la aceptación de la solicitud.

"7o. A lo anteriormente expuesto debe agregarse que el Decreto 187 de 1975 aplicable a la vigencia fiscal discutida por mandato de su Art. 117, establece en su Art. 93 cuál es la forma de acreditarse la fuerza mayor en los casos previstos en el numeral 1o. del Art. 59 del Decreto 2247 de 1974. Al efecto, para empresas financiadas por entidades de crédito sometidas a la vigilancia estatal, exige certificación del período de prospectación e instalación con base en el estudio de factibilidad. Y para las empresas no comprendidas en tal situación requiere el certificado expedido por el Instituto de Fomento Industrial sobre el mismo aspecto. Para el caso de estudio, la sociedad aparece como deudora del Fondo de Desarrollo Industrial de Santander, de la Corporación Financiera de Santander y del Instituto de Fomento Industrial sin que presente certificado alguno expedido por tales entidades sometidas al control del Estado, sobre las fechas de iniciación y terminación de las obras. Por este aspecto, tampoco es del caso acceder a las súplicas de la parte demandante".

"De acuerdo a lo anterior, considera el Tribunal que no habiendo probado o demostrado el demandante las circunstancias de fuerza mayor que desvirtúan la presunción de la renta que establece el Art. 59 del Decreto 2247 de 1974, se deben negar las peticiones de la demanda".

VISTA FISCAL

En idéntico sentido se pronuncia la señora fiscal sexto ante esta Corporación quien dice:

Para desvirtuar el porcentaje de renta presuntiva establecido por la ley y a partir de la reforma tributaria de 1974, se debe demostrar plenamente la ocurrencia de hecho constitutivo de Fuerza Mayor o caso fortuito y la forma como estos eventos influyeron en la determinación de una renta inferior.

"En el caso materia de estudio, la sociedad tiene como objetivos inmediatos la fabricación, distribución y expendio de ladrillos, tubos de gres y otros materiales empleados en el campo de la construcción. Dada la naturaleza de esta actividad, además, la ley exige que, cuando se pretenda demostrar imposibilidad física o jurídica para producir, es decir, cuando se pretenda desvirtuar la renta presuntiva, el contribuyente deberá adjuntar determinadas pruebas taxativamente enunciadas y exigidas por la ley, tal como la certificación del Instituto de Fomento Industrial, con el objeto de tener en cuenta la prospectación e instalación de la empresa, y así tener presente los proyectos de factibilidad, según previsiones del Consejo Nacional de Política Económica.

"Por ello, las pruebas aportadas en el presente caso no resultan suficientes para ser aceptadas, pues aunque demuestran una situación de la empresa, no se acompañaron de aquellas otras exigidas expresamente por el legislador.

"Tratándose específicamente de la industria de la construcción en otros niveles como son en el campo departamental, será la respectiva autoridad municipal quien otorgará la licencia, previa comprobación de los hechos.

"Se colige de lo expuesto, que no hay lugar a considerar que hubo violación de las normas citadas, y aún menos existen elementos probatorios para acceder a las pretensiones de la demanda, por tanto, concluye esta Fiscalía que la sentencia apelada debe confirmarse por las razones descritas".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Los argumentos esgrimidos por el tribunal y la señora fiscal son contundentes:

La ley establece una presunción: que la renta no puede ser inferior al 8% del patrimonio neto de la contribuyente, presunción no aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada pero sí a las sociedades anónimas.

Contra esta presunción, en forma limitada, caben algunos elementos probatorios dirigidos a acreditar la presencia de un caso fortuito o fuerza mayor que hizo imposible mantener el nivel mínimo presunto. En el fondo, lo que la ley ha establecido en forma indirecta es una función social de todo patrimonio. Todo patrimonio debe producir un mínimo: si no lo hace se presume que tal mínimo se produjo y se grava al propietario en consecuencia. Es por ello que la prueba contra esta presunción es limitada, diría la Sala, limitadísima, como que solo es posible acreditar fuerza mayor o caso fortuito en los términos muy restringidos del artículo 59 del Decreto 2247 de 1974. Y es más: el artículo 93 del Decreto 187 de 1975 ha limitado la prueba del caso fortuito o fuerza mayor. Dice así esta disposición:

"Artículo 93. En los casos de fuerza mayor a que se refiere el artículo 59 del Decreto 2247 de 1974, la ocurrencia de los mismos deberá acreditarse así:

"1. Cuando se trate de los previstos en el numeral 1o. del artículo citado, en relación con empresas indutriales y afines, tales como la industria minera y la industria de la construcción, financiadas por entidades de crédito sometidas a la vigilancia del Estado, la entidad prestamista certificará el período de prospectación e instalación (fecha de iniciación y fecha de terminación de dicho período) según el estudio de préstamos efectuado con base en el respectivo proyecto de factibilidad. El Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), por medio de resolución general, podría dar orientaciones precisas a las entidades prestamistas en cuanto a la determinación de dichos períodos para diferentes actividades.

"Quienes no estén en la situación descrita en el inciso anterior, podrán solicitar la respectiva certificación al Instituto de Fomento Industrial (IFI). Tratándose de la industria de la construcción, aquella deberá ser expedida por la oficina del nivel municipal que otorgue las respectivas licencias, previa comprobación de los hechos.

"...".

Como la Sala no encuentra en el expediente las pruebas tan específicas que establece el reglamento, no cabe acceder a las pretensiones del recurrente.

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.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al tribunal del origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Bernardo Ortiz Amaya, Carmelo Martínez Conn (Ausente), **Gustavo Humberto Rodríguez, Enrique Low Murtra.**

Jorge A. Torrado Torrado. Secretario.

VIA GUBERNATIVA. AGOTAMIENTO. En materia de impuestos y contribuciones a nivel nacional, departamental y municipal: Se agota la vía gubernativa por el pronunciamiento expreso de la administración sobre los recursos contemplados en la ley, ordenanza o acuerdo.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Bogotá, D.E., quince de abril de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Carmelo Martínez Conn**

Proyectó: **Dr. Víctor Manuel Estupiñán Calderón**

Actor: **María Stella del Castillo Solano. C.C. No. 22.287.092**

Referencia: Expediente número 7.204. Apelación sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Impuestos año fiscal de 1959

El apoderado judicial de la señora María Stella del Castillo Solano, identificada con la cédula de ciudadanía No. 22.287.092, interpuso recurso de apelación contra la sentencia del 30 de mayo de 1980, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual dicha Corporación se declaró inhibida para pronunciarse de mérito sobre las súplicas de la demanda de revisión de impuestos por el año fiscal de 1969, por indebido agotamiento de la vía gubernativa.

ANTECEDENTES:

La Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, con fundamento en la declaración de renta y patrimonio del año de 1969 de la contribuyente, practicó la liquidación oficial No. 146976-B el 8 de abril de 1972, fijándole por impuesto de renta, patrimonio, exceso de utilidades, la suma de $172.875.oo.

En escrito del 20 de junio de 1972 dirigido al Administrador de Impuestos Nacionales de Barranquilla, la contribuyente manifestó que por carta del 22 de enero de 1972, cuya copia anexa al proceso, informó a la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá la nueva dirección de la Carrera 42D No. 88B-40 de Barranquilla y que habiendo transcurrido los dos años contados a partir de la presentación de la declaración de renta del año de 1969 sin recibir la liquidación oficial, solicitó que se declarara en firme la liquidación privada, con base en lo dispuesto por los artículos 61 del Decreto 01651 de 1961 y 45 de la Constitución Nacional.

Por medio de apoderado judicial el 23 de mayo de 1977, el actor manifiesta que presenta demanda por la acción especialísima del silencio administrativo positivo contemplada por el artículo 24 del Decreto 01651 de 1961, solicitando se confirme la liquidación privada.

El Tribunal en su sentencia del 30 de mayo de 1980, se declaró inhibido para pronunciamiento de fondo por indebido agotamiento de la vía gubernativa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, según las consideraciones que a continuación se transcriben, en las que acoge al concepto fiscal.

1.1. Estoy dentro del término de tres meses si se acoge la demanda como de revisión y mucho más si se sigue la acción especial para la cual no hay caducidad.

1.2. Se ha producido por ministerio de la ley (artículo 24 del Decreto 1651 de 1961) el silencio administrativo positivo que es un acto anterior e irrevocable sobre el cual ninguna otra autoridad puede prevalecer, luego existe, vía gubernativa en este caso.

"En relación con lo planteado y si bien en el libelo no se presentan argumentos que permitan conocer el alcance de las afirmaciones consignadas, para este Despacho del Ministerio Público es suficientemente claro que para acudir en demanda ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, aun se trate de la acción especial tendiente a la declaratoria del silencio administrativo en sentido positivo, es necesario conforme a lo establecido por el artículo 82 del C.C.A. el previo *agotamiento de la vía gubernativa*; porque lo que el legislador pretende con dicha disposición es el de que previamente la autoridad administrativa que profirió un acto pueda analizar los reparos que tenga un particular y corregir por sí mismo los errores o fallas de orden jurídico que encuentra cometidos, antes de que aquellos se hagan conocer a quien compete juzgar sobre la legalidad de tales actos; trámite previo que es forzoso en materia de impuestos.

"Es evidente y así lo entiende la Fiscalía, que para el ejercicio de la acción encaminada a una resolución favorable como consecuencia del silencio admi-

nistrativo en sentido positivo, la jurisprudencia ha señalado que dicha acción es diferente a la acción de revisión propiamente dicha que se ejerce con fundamento en el artículo 271 del C.C.A., cuyo término para proponerla debe hacerse dentro de las previsiones del artículo 272 del mismo estatuto.

"No ocurre lo mismo en relación con la encaminada a la declaratoria de favorabilidad que puede ejercerse en cualquier tiempo, en otras palabras, no está sujeta a caducidad de la acción; *pero lo anterior no quiere decir que tanto para la una como para la otra* se demuestre el debido agotamiento de la vía gubernativa y bien es sabido que esta se entiende agotada en legal forma, cuando se han ejercido los recursos establecidos; y en materia tributaria es indispensable además que se hayan interpuesto con el lleno de los requisitos respectivos.

"En el caso en estudio y no obstante el aspecto alegado, o sea la falta de la notificación de la liquidación oficial ha debido ser planteado primeramente a la Administración y de los elementos de juicio que se tienen en el proceso no se deduce tal actuación.

"Lo anterior, lleva a la Fiscalía a estimar que en el presente caso no se agotó la vía gubernativa, lo que impide, en su concepto, que el H. Tribunal desate la litis con un pronunciamiento de fondo" (Fs. 48 y 49 cuaderno principal).

Interpuesto el recurso de apelación contra la sentencia anterior y sustentado en escrito el 24 de junio de 1980, el actor insiste en la acción especialísima del artículo 24 del Decreto 01651 de 1961 con transcripción de algunas sentencias proferidas por esta Corporación y la aplicación del silencio administrativo positivo.

Surtido el traslado al Ministerio Público, el Fiscal Tercero de esta Corporación conceptuó que previa revocación del fallo recurrido no es procedente un pronunciamiento de fondo al no interponer los recursos pertinentes contra la liquidación oficial conocida por la contribuyente.

Se considera:

En materia de impuestos nacionales, departamentales, municipales o contribuciones, la vía gubernativa se agota por el pronunciamiento expreso de la Administración sobre los recursos contemplados en la ley, ordenanza o acuerdo, y para el caso sub-judice, los contemplados en los artículos 32 y 36 del Decreto 1651 de 1961, y agotados dichos recursos le queda al contribuyente abierta la acción jurisdiccional de revisión de impuestos ante lo contencioso administrativo.

Sobre este particular la Corporación ha expresado:

Conforme al artículo 273 del C.C.A., para poder hacer uso del recurso contencioso administrativo es indispensable haber empleado todos los recursos en la vía gubernativa. De suerte que si una providencia de la Administración, en principio susceptible de ser acusada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se ejecutoría sin que contra ella se hayan hecho valer en la vía gubernativa todos los recursos establecidos, no puede ser objeto

de la acción que consagra el artículo 272. Y la razón no puede ser otra sino que existiendo tales recursos en la vía gubernativa, la ley ofrezca la oportunidad de obtener allí mismo la enmienda de un posible agravio inferior a los intereses del contribuyente por la respectiva providencia, sin necesidad de ocupar ulteriormente la actividad de las entidades jurisdiccionales del poder público. Cuando aparece que siendo la resolución objeto de la demanda susceptible del recurso de reposición, y habiéndose advertido de ella al interesado, éste no lo empleó, es decir, no agotó los recursos en la vía gubernativa, no le favorece el derecho de ejercitar la acción contencioso administrativa. Se perfila, por tanto, la excepción perentoria de carencia de acción que debe declararse probada de acuerdo con el artículo 111. (Sentencia de 22 de octubre de 1954 de la Sala de lo Contencioso del Consejo de Estado, Anales del Consejo, Tomo LX, números 377-381, pág. 181).

En este proceso si la contribuyente pretendía acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa ha debido presentar el recurso de reclamación ordinaria o extraordinaria contra la liquidación oficial No. 146976-B de 8 de abril de 1972, por el año gravable de 1969, en forma oportuna previo pago de la liquidación privada, todo conforme a los artículos 32 y 36 del Decreto 1651 de 1961.

Sea esta la oportunidad de anotar que la Corporación rectificó la doctrina conforme a la cual la demanda para que se reconociera el silencio positivo de la Administración no era de impuestos sino de simple nulidad y por lo mismo podía incoarse sin sujeción a término de caducidad pues atendiendo a la finalidad perseguida, que era la de obtener la anulación de la estimación oficial del impuesto de renta de un contribuyente, debía considerársele como de impuestos para la cual la ley tiene previsto el cumplimiento de requisitos especiales, como el agotamiento de la vía gubernativa.

Las anteriores consideraciones llevan a la Sala a confirmar la sentencia apelada.

En consecuencia, 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 apelada.

2. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Bernardo Ortiz Amaya, Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn, Gustavo Humberto Rodríguez, (Ausente).

Jorge A. Torrado T. Secretario.

---

1. IMPUESTOS. RECURSO DE REPOSICION EN LA VIA GUBERNATIVA EN EL DECRETO 1651/61..

Existe la posibilidad de mantener la reposición contra una providencia que contenía "puntos nuevos" aun cuando fuera dictada por la Dirección General de Impuestos Nacionales.

2. IMPUESTOS. RECURSO DE REPOSICION EN LA VIA GUBERNATIVA BAJO EL DECRETO 2821/74. ART. 23.

Existe la posibilidad de reponer una providencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales que establece un gravamen superior al fijado por la Sección de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales pero inferior en todo caso al que fijó la liquidación oficial inicial.

3. IMPUESTOS. PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO.

a) El artículo 42 del Decreto 1651 no fue derogado expresamente por el Decreto 2821/74 y este, tampoco reguló íntegramente la materia relativa a recursos y procedimientos tributarios.

b) El Decreto 2821 de 1974 introdujo en norma de complementación del Decreto 1651/61, que en la decisión de los recursos por los funcionarios competentes podían corregirse oficiosamente los errores "de los actos sometidos a su conocimiento" y efectuar las compensaciones a que hubiere lugar, con la sola limitante de no incrementar la suma total en la liquidación recurrida.

4. IMPUESTOS. APORTES AL SENA Y A LA CAJA DE SUBSIDIO FAMILIAR.

Deducción por aportes.

5. IMPUESTOS. AJUSTES CAMBIARIOS. DEDUCCIONES.

1. Requisitos: Adjuntar los asuntos contables requeridos por el artículo 46 del Decreto 437 de 1961.

2. Sólo es deducible cuando se refiere a la importación de mercancías compradas a crédito.

3. No es posible aceptar el ajuste cambiario cuando la compra de mercancías a crédito se vincula con la casa matriz.

6. IMPUESTOS. INVENTARIOS. AJUSTES. Regulación por pérdidas. (Artículo 41 del Decreto 437 de 1961).

7. IMPUESTOS. DEDUCCION POR PERDIDAS. Está reglada en los artículos 104 y siguientes del Decreto 437 de 1961.

IMPUESTOS. INVENTARIOS PERMANENTES. ¿En qué consiste el sistema?

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Bogotá, mayo veinte de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Enrique Low Murtra**

Demandante: **Sociedad Otis Elevator Company**

Referencia: Radicación No. 6.985. Apelación de la sentencia del tribunal de Cundinamarca sobre impuestos de renta por el año de 1972

El tribunal administrativo de Cundinamarca en juicio de revisión de la operación administrativa de liquidación del impuesto de renta y complementarios a cargo de la sociedad "Otis Elevator Company" por el año de 1972 accedió a las súplicas de la demanda en forma parcial, ordenó la revisión de la operación administrativa y practicó una nueva liquidación. El apoderado de la actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia del tribunal el cual desata esta Sala previas las siguientes consideraciones.

ANTECEDENTES

La operación administrativa impugnada se encuentra conformada por la liquidación oficial número 003934-P del 21 de mayo de 1975 practicada por la Sección de Auditoría de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, la resolución número A-002348 de 8 de julio de 1976 proferida por la misma Sección de Recursos de la misma Administración y la resolución 3364 expedida el 13 de julio de 1977 emanada de la Dirección General de Impuestos Nacionales. Al narrar los hechos, el demandate subraya cómo la resolución de la Dirección "modificó la Resolución de la Administración de Impuestos de Bogotá y aumentó los impuestos en ella liquidados".

Al acudir ante esta jurisdicción el apoderado de la sociedad actora invoca dos puntos: uno principal y otros subsidiarios. Como punto principal, apoyado en el texto del artículo 42 del Decreto 1651 de 1961, sostiene el actor que como no se agotó debidamente la vía gubernativa, el recurso gubernativo debe entenderse fallado a favor del contribuyente, (Artículo 9o. Ley 8a. de 1970). Sostiene el actor que la vía gubernativa no se agotó porque la providencia de segunda instancia gubernativa fijaba un gravamen superior al determinado en la providencia apelada, razón por la cual debía ser sometido al recurso de reposición. Como tal recurso no se surtió y la resolución se limitó a decir que "contra esta providencia no tiene recurso alguno la vía gubernativa", debe entenderse que se omitió un paso esencial en el trámite y que no se ha agotado la vía administrativa dándose así el fenómeno del silencio administrativo positivo. Insiste el memorialista que el artículo 42 del Decreto 1651 de 1961 no fue derogado por el Decreto 2821 de 1974.

Subsidiariamente el memorialista trae a colación los puntos de fondo de la contienda. Ellos son los siguientes:

a) Considera el libelista que la administración desconoció deducciones por salarios, jornales y prestaciones sociales en cuantía de $671.907, subsidio familiar por $20.915 y repuestos y reparaciones por $36.670 con clara violación de los artículos 25 de la Ley 81 de 1960 y 58 del Decreto 1366 de 1967. La deducción por salarios la basó la administración en que no se habían acreditado todos los pagos que la ley exige en favor del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA. Explica el demandante el punto en los siguientes términos:

"En la Resolución dictada por la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales, nada se dijo sobre este punto, como era apenas obvio, ya que no había sido objeto de reposición. En cambio en la Resolución No. R-03364-H que el 13 de julio del año en curso dictó la Dirección General de Impuestos Nacionales, el rechazo por concepto de sueldos y salarios se elevó a la suma de $671.907.oo, con lo cual se aumentó en la cantidad de $468.113.oo. El aumento de este rechazo es en buena parte el que produce el mayor valor de impuestos determinado en la Resolución de la Dirección de Impuestos Nacionales frente a la de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá.

"Es indudable que con ocasión del fallo de segunda instancia no es posible aumentar los rechazos que inicialmente se han producido. Al funcionario fallador de la Dirección de Impuestos Nacionales sólo le es dable entrar a estudiar si los puntos de disconformidad planteados por el contribuyente son o no son legales, para aceptarlos o no, pero en manera alguna se puede, al resolver un recurso de apelación, aumentar los rechazos de deducciones porque de esta manera en el fondo se está revisando una operación de liquidación de impuestos que ya no puede ser objeto de revisión por parte de los funcionarios de la vía gubernativa".

b) Considera el libelista que la Administración violó el artículo 46 del Decreto 437 de 1961 al no haber aceptado la deducción de los ajustes por pérdidas en cambio. Explica el memorialista su posición así:

"Tal partida se rechazó en definitiva porque según el criterio de la División General de Impuestos Nacionales no se cumplió con los requisitos de ley demostrando la forma como se habían afectado las cuentas de pérdidas y ganancias y las cuentas de activos y pasivos.

"La Dirección de Impuestos Nacionales acepta que con la reclamación se aportó como prueba un certificado del Revisor Fiscal sobre el movimiento de la cuenta de pérdidas en cambio, pero a renglón seguido dice que dicho certificado no es suficiente porque de él no se puede establecer la afectación de las cuentas. Me parece que la afirmación de la Dirección de Impuestos Nacionales es contraria a las evidencias que obran en el expediente. En efecto el certificado del Revisor Fiscal está diciendo que según la cuenta No. 28-6 se debitó por la suma de $113.759.00 por concepto de pérdida en cambio y por cuentas varias la cantidad de $2.789.23 con crédito a la cuenta 15-1 intercompañías $116.548.40.

"Cuando se produce un asiento de diario en el cual se debita la cuenta de pérdidas y ganancias, se está afectando dicha cuenta y cuando en ese mismo asiento se acredita la cuenta intercompañías, que es casa matriz y afiliadas, se está afectando una cuenta del pasivo, de manera que, con el asiento de contabilidad se está dando cabal cumplimiento al requisito exigido por la ley, razón por la cual no hay lugar a mantener el rechazo de esta deducción".

c) También alega el demandante lo siguiente:

"La suma de $198.283.25 que la sociedad había solicitado como ajuste de inventarios se rechazó inicialmente porque de acuerdo con el criterio de la Oficina Liquidadora el artículo 38 del Decreto 437 de 1961 no permite este tipo

de deducciones, cuando quiera que el costo se determina por el sistema de juego de inventarios.

"La sociedad demostró, con ocasión del recurso de reposición, que no determinaba el costo por el sistema de juego de inventarios sino por el sistema de inventarios permanentes, lo cual fue aceptado por la División de Impuestos Nacionales en la Resolución que falló el recurso de apelación, pero se insiste en el rechazo so pretexto de que no se había dado cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 109 del Decreto 437 de 1961.

"Dicha disposición establece una serie de requisitos de forma que son necesarios para que proceda la deducción; tales requisitos son la enumeración específica de los bienes objeto de pérdida, el hecho que haya producido la pérdida, la estimación fundamentada del valor de salvamento de los bienes perdidos, el monto discriminado de las deducciones por concepto de pérdidas parciales ocurridas en años anteriores, la copia de los asientos en que se haya registrado la pérdida y la naturaleza y cuantía de las compensaciones, recuperaciones o rebajas totales o parciales obtenidas. Es indudable que con el certificado expedido por el Revisor Fiscal se cumplen los requisitos exigidos por la norma legal, porque en dichos certificados se está informando cuáles fueron los bienes objeto de pérdida, cuáles las razones de la pérdida y se está certificando que ellas se hallan debidamente registradas en los libros de la compañía. No se dio información sobre el monto de las recuperaciones parciales que se hubieren obtenido porque no hubo ninguna recuperación, pero ello no indica que no se hubiera dado cumplimiento a los requisitos de forma previstos en la Ley.

"Finalmente el artículo 9o. de la Ley 145 de 1960 se violó como consecuencia de que la Dirección de Impuestos Nacionales no aceptó como pruebas plenas los certificados del Revisor Fiscal de la compañía que se aportaron a la declaración de renta, cuando dicha disposición legal establece que las certificaciones del Revisor Fiscal se tienen como plena prueba de los hechos por él certificados".

OPOSICION

En este proceso se constituyó como parte opositora la Dirección General de Impuestos Nacionales y sostuvo que era importante mantener las resoluciones impugnadas.

FALLO DEL TRIBUNAL

En relación con el punto principal el tribunal administrativo de Cundinamarca sostuvo que el artículo 42 del Decreto 1651 de 1961 no estaba vigente pues había sido derogado por el Decreto 2821 de 1974. Al respecto dijo:

"Ahora bien, para la Sala existe el criterio claro y preciso de la no regulación íntegra de la materia por el Decreto 2821 de 1974, y en consecuencia la no derogatoria total del Decreto 1651 de 1961; mas un análisis desprevenido de la normatividad que sobre el acápite de "Recursos" consagra el Decreto 2821 de 1974, la lleva a la conclusión de la derogatoria tácita del artículo 42 del citado Decreto 1651 de 1961".

Para sustentar esta posición dice el tribunal:

1. El Decreto 2821 de 1974 fue expedido por el Gobierno en uso de las facultades concedidas por el legislador por la Ley 23 de 1974 para "modificar la legislación sobre procedimientos tributarios, ciñéndose precisamente al texto de las disposiciones del Decreto legislativo 2247 de octubre 21 de 1974,..." y que en este texto se concebía un "recurso único" en la vía gubernativa con "grado de consulta". Algo análogo a lo que después quedó consagrado en la Ley 52 de 1974.

Al dictarse el Decreto 2821 de 1974 se consagró en la ley que solo existían "dos medios de impugnación en la vía gubernativa: el de reposición ante la sección de recursos tributarios y el de apelación ante la Dirección de Impuestos y se mantuvo el grado de consulta".

Y agrega la providencia del tribunal:

"El anterior procedimiento se encuentra corroborado en el artículo 22 al precisar, el legislador, el agotamiento de la vía gubernativa con la ejecutoria de la providencia que resuelva el recurso de reposición, si el negocio es de única instancia y con la que decida el de apelación o consulta, si es de dos instancias: lo anterior en contraposición al texto del artículo 53 del Decreto 1651 de 1961 que la determinó agotada cuando se cumple la ejecutoria de las providencias dictadas por la División de Impuestos Nacionales (hoy Dirección) al resolver los recursos de reclamación, *reposición* y apelación, o por las dictadas por las Secciones de Recursos Tributarios al fallar el recurso de reposición".

2. Discrepa el a quo de la posición establecida en esta Sala el 16 de agosto de 1979 en la cual arguyó que el artículo 42 del Decreto 1651 de 1961 no había sido derogado por el Decreto 2821 de 1974. Y concluye el a quo:

"En forma conclusiva, se tiene:

"1. Que el Decreto 2821 de 1974 no reguló en su integridad el procedimiento tributario, mas en materia de recursos, sí.

"2. Que consecuencialmente, continúan vigentes aquellas normas del Decreto 1651 de 1961 que no pugnen abiertamente con el nuevo ordenamiento.

"3. Que el artículo 42 del mencionado cuerpo legal se contrapone ostensiblemente con los artículos 19, 20, 21 y 22 del Decreto 2821 de 1974, por lo cual debe considerarse como derogado.

"4. Que el Legislador es autónomo para crear o suprimir los medios de defensa de los Administrados.

"5. Que con la derogatoria del citado artículo 42, no se ha menoscabado el derecho de defensa del contribuyente, por cuanto existe el control de los actos de la Administración en la vía jurisdiccional.

"No obstante, conviene aclararle al señor apoderado que aún aceptando en gracia de discusión la vigencia de la mencionada norma el no otorgamiento del recurso por parte de la Administración, de ninguna manera podría dar lugar a la ocurrencia del silencio administrativo, ya que el Gobierno de acuerdo con

el ordenamiento vigente sobre la materia consideró agotada la vía gubernativa y su decisión fue expedida dentro del bienio otorgado por la Ley al respecto.

"En efecto, el recurso de reposición contra el acto liquidatorio fue interpuesto el 25 de agosto de 1975, (fol. 94 lápiz rojo de los antecedentes administrativos), y la resolución que puso fin a la vía gubernativa fue notificada el 21 de julio del mismo año, de 1975".

En relación con los puntos subsidiarios de la contienda sostiene el tribunal:

"1. Salarios y Prestaciones.

"Manifiesta el apoderado que la Oficina Liquidadora desconoció como deducción por este concepto la suma de $203.794.oo. Suma que fue elevada por la Dirección de Impuestos al producir el fallo que desató la apelación, a $671.907.oo.

"Sostiene que con ocasión del fallo de segunda instancia no es posible aumentar los rechazos que inicialmente se hayan producido. No comparte la Sala las apreciaciones del actor por cuanto, de un lado, la Administración Tributaria de conformidad con el artículo 23 del Decreto 2821 de 1974 en la decisión de los recursos puede oficiosamente corregir los errores de los actos sometidos a su conocimiento y efectuar las compensaciones a que haya lugar, pero sin aumentar la suma fijada en la liquidación recurrida. Y de otro, examinado el memorando del acto liquidatorio se constata que la suma rechazada por este concepto, inicialmente asciende a $1.065.565.oo por falta del aporte al Sena, partida que no fue objeto de impugnación ante las oficinas de Primera Instancia, pues en esta oportunidad solamente fueron materia de litigio por concepto de pagos a terceros los rubros de: vacaciones, subsidio familiar y primas extralegales, cuyo rechazo tuvo como basamento legal, la falta de relación. Esta dependencia dedujo de la renta gravada inicialmente la partida correspondiente a subsidio de transporte por considerar que sobre ella no estaba la tributante obligada a aportar al Sena y sustrajo el valor referente a subsidio familiar y aporte al Sena y sostuvo los demás rechazos impugnados, por falta de relación.

"Subido en apelación al proveído anterior, el funcionario ad-quen aceptó por considerar que se encontraban debidamente relacionados los guarismos discutidos, y al hacer la conciliación de los pagos sobre los cuales la sociedad estaba en la obligación de efectuar el aporte al Sena, determinó un monto de $10.178.994 y como de los recibos aducidos únicamente estaba comprobado el aporte sobre la suma de $9.507.087.oo sostuvo un rechazo en cuantía de $671.907, inferior a todas luces al determinado por el funcionario liquidador.

"La Sala analiza los guarismos sobre los cuales estaba la sociedad obligada a efectuar el aporte al Sena por tener el carácter de salario para los beneficiarios de los pagos, independientemente de si la totalidad de ellos fueron relacionados correctamente en el Anexo No. 38, ya que este punto fue aceptado por las oficinas del Gobierno.

"De los anexos 5 y 6, folios 134, 135 y 136, tinta azul de los antecedentes administrativos, se establece que la sociedad solicitó por estos conceptos las siguientes deducciones:

"1) Sueldos y jornales	$ 9.310.887.63
"2) Cesantías consolidadas	$ 1.563.813.44
"3) Primas de servicios	$ 799.571.77
"4) Vacaciones	$ 393.657.59
"5) Subsidio familiar	$ 578.939.77
"6) Subsidio de transporte	$ 42.159.15
"7) Preaviso e indemnizaciones	$ 190.587.41
"8) Auxilio de enfermedad	$ 20.607.95
"9) Vacaciones extralegales	$ 118.879.12
"10) Primas extralegales	$ 234.215.10
"11) Otras prestaciones sociales	$ 481.320.53
Totales ...	$ 13.734.639.46

"De estas sumas la empresa estaba en la obligación de aportar al Sena sobre las siguientes:

"1) Sueldos y jornales	$ 9.310.887.63
"2) Primas extralegales	$ 234.215.10
"3) Preavisos e indemnizaciones	$ 190.587.41
"4) Vacaciones extralegales	$ 118.879.12
Totales ...	$ 9.854.569.26
"Como en el expediente se comprueban aportes s/.	$ 9.507.087.oo
"Se debe mantener un rechazo total de	$ 347.482.26

"II. Aporte Caja Subsidio Familiar

"Dan cuenta los citados anexos 5 y 6, folios 134 y 135, tinta azul, que la sociedad por este título solicitó como deducción la suma de $578.939.77; mas como de las pruebas aportadas con ocasión del recurso de apelación se comprueba que los mencionados aportes ascendieron a $570.452.42 folio 345, tinta azul, antecedentes administrativos, la Sala mantiene un rechazo en la suma de $8.487.35.

"III. Ajustes por pérdida de cambio $113.759.oo.

"Es un hecho incontrovertible, que de acuerdo con la legislación tributaria, la deducción por pérdida en diferencia de cambio, en principio únicamente es procedente cuando se origina en alguno de los casos previstos en los

artículos 46 ó 160 del Decreto 431 de 1961. Tales son: compra de mercancías y pago de deducciones y en ambos casos, cuando la divisa tenga el carácter de activo movible.

"Del estudio del anexo 4, folio 133 tinta azul de los antecedentes administrativos, ni del certificado expedido por el Revisor Fiscal de la Compañía (folios 124 lápiz rojo) se deduce que las divisas hayan sido destinadas a la adquisición de mercancías, pago de deducciones inherentes a la renta declarada, ni mucho menos la calidad de activos movibles de las divisas. La Sala, por todo lo anterior, mantiene el rechazo.

"IV. Reparaciones y repuestos $36.670.oo.

"La Sala acepta la certificación que sobre la partida hace el Revisor de la Empresa y que obra al folio 121 lápiz rojo, antecedentes administrativos.

"V. Ajustes de inventarios.

"A términos del artículo 41 del Decreto 437 de 1961 cuando el costo de la mercancía se determina por el juego de inventarios permanentes, las diferencias resultantes entre el registro de las existencias en las tarjetas y el inventario físico practicado, deberán ajustarse: a) por costo de ventas, cuando la diferencia obedezca a errores en la liquidación de los costos de la mercancía comprada, vendida, consumida, producida, y b) por cuentas de resultado distintas a la de costo de ventas, cuando la diferencia obedezca a destrucción, rotura, inutilidad, sustracción o apropiación indebida por un tercero.

"La Sala confirma el rechazo discutido por cuanto el certificado que obra al folio 123, lápiz rojo, antecedentes administrativos, no da cuenta de los asuntos de que trata la norma en comento".

APELACION

El apoderado de la sociedad actora interpuso recurso de apelación, recurso que no sustentó en el trámite de la instancia. Por su parte el apoderado de la Dirección de Impuestos Nacionales que se hizo parte en este proceso sostiene que la providencia del tribunal debe confirmarse.

CONCEPTO FISCAL

La señora fiscal sexto ante esta Corporación sostiene que la decisión del tribunal debe confirmarse. De su vista de fondo se destaca:

"3o. FALLO RECURRIDO

"El a quo consideró que la contribuyente sólo estaba obligada a aportar al SENA sobre la suma de $9.854.569.26 (sueldos y jornales, primas extralegales, Preavisos e indemnizaciones y vacaciones extralegales), por lo cual disminuyó el rechazo de $671.907 a $347.482.26, pues se acreditaron aportes sobre $9.507.087.

"Sobre la deducción solicitada por concepto de aportes a la Caja de Subsidio Familiar observó que, como las pruebas aportadas con ocasión del recurso de apelación en la vía gubernativa acreditan que estos ascendieron a

$570.452.42, "la Sala mantiene un rechazo en la suma de $8.487.35". Mantuvo en su integridad los rechazos de deducciones por ajustes de inventario y por pérdida de cambio, y aceptó la deducción solicitada por reparaciones y repuestos en cuantía de $36.670.

"Antes de entrar en el análisis de fondo anteriormente expuesto, el a quo hizo un detenido estudio en virtud del cual discrepó de la tesis sostenida por el H. Consejo de Estado en fallo de 16 de agosto de 1979, según el cual el artículo 42 del Decreto 1651 de 1961 se halla vigente, y así desestimó la petición de nulidad y de operancia del silencio administrativo positivo. En criterio del Tribunal, resulta indudable que el mencionado artículo 42 se contrapone ostensiblemente con los artículos 19, 20, 21 y 22 del Decreto 2821 de 1974, por lo cual debe considerarse como derogado.

"4o. CONSIDERACIONES DE LA FISCALIA

"Este despacho comparte íntegramente las consideraciones y la decisión adoptada por el a quo, pues a nuestro juicio, le asiste razón en la respetuosa discrepancia que expresa sobre la tesis sostenida por el H. Consejo de Estado en fallo de 16 de agosto de 1979, respecto a la vigencia del artículo 42 del Decreto 1651 de 1961. En efecto: si bien el Decreto 2821 de 1974 no derogó en su integridad el 1651 de 1961, dicho efecto derogatorio sí cobija el aludido artículo 42, pues es indudable que el propósito del legislador extraordinario fue regular completamente lo relativo a los recursos procedentes en la vía gubernativa en materia tributaria, consagrando así, como únicos medios de impugnación, el recurso de reposición ante el Jefe de Recursos Tributarios de la administración que fuere sede de la liquidación y el de apelación ante la Dirección de Impuestos, y precisando por otra parte, que la vía gubernativa se agota con la ejecutoria de la providencia que resuelve el recurso de reposición, cuando la actuación fuere de única instancia, y con la ejecutoria de la providencia que decide el recurso de apelación o el grado de consulta, cuando hubiere dos instancias. Por ello, como bien lo advierte el a quo:

"No puede predicarse vacío alguno en el ordenamiento legal expedido por el Legislador del 74, al declarar agotada la vía gubernativa con la ejecutoria de las providencias que con relación a las normas reguladoras de los mismos en el ordenamiento del Decreto 1651 de 1961.

"Y, como acertadamente se puntualiza en el fallo de primera instancia, el legislador bien podía suprimir el mencionado artículo 42 pues resulta indudable "la autonomía del legislador para el establecimiento de los medios de defensa de que puede hacer uso el administrado", si como en este caso, con ello no desconoce las garantías consagradas en el artículo 26 de la Carta Constitucional.

"Oportuna es también la precisión del juzgador de primera instancia, en el sentido de que:

"Aún aceptando en gracia de discusión la vigencia de la mencionada norma el no otorgamiento del recurso por parte de la Administración, de ninguna manera podría dar lugar a la ocurrencia del silencio administrativo, ya que el Gobierno de acuerdo con el ordenamiento vigente sobre la materia

consideró agotada la vía gubernativa y su decisión fue expedida dentro del bienio otorgado por la ley al respecto".

"En efecto, el recurso de reposición contra el acto liquidatorio fue interpuesto el 25 de agosto de 1975, (fl. 94 lápiz rojo de los antecedentes administrativos), y la resolución que puso fin a la vía gubernativa fue notificada el 21 de julio del mismo año, de 1975".

"Finalmente, como ningún reparo cabe el análisis de fondo reseñado en el acápite 3o. de este concepto, que sustentó en el a quo su decisión de revisar la operación administrativa acusada para fijar en la suma de $3.121.733, el valor de los impuestos a la renta y complementarios a cargo de la contribuyente por la vigencia fiscal de 1972, este Despacho, respetuosamente solicita al H. Consejo de Estado que confirme el fallo recurrido".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En forma separada esta Sala entra a estudiar el punto principal y los puntos subsidiarios de la contienda:

A) *Petición Principal*: Considera esta Corporación que aun cuando en providencia del 16 de agosto de 1979 esta misma Sala consideró que el artículo 42 del Decreto 1651 de 1961 no había sido derogado, la doctrina allí contenida no es idéntica a la contenida en este asunto y no puede aplicarse por extensión.

En aquella ocasión se discutió la posibilidad de mantener la reposición contra una providencia que contenía "puntos nuevos", aun cuando fuera dictada por la Dirección General de Impuestos Nacionales. En esta oportunidad se discute la posibilidad de reponer una providencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales que establece un gravamen superior al fijado por la Sección de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales pero inferior en todo caso al que fijó la liquidación oficial inicial. Es importante hacer esta precisión por cuanto en este caso último aplica con mucha claridad el artículo 23 del Decreto 2821 de 1974 el cual no jugaba papel específico en el caso de la sentencia de esta misma sala del 16 de agosto de 1979.

Es más, los argumentos esgrimidos por el tribunal llevan a esta sala a denegar la vigencia del artículo 42 del Decreto 1651 de 1961 por lo menos para situaciones fácticas como la aquí presentada.

Es cierto que el artículo 42 no fue derogado expresamente por el Decreto 2821 de 1974 y que tampoco se reguló íntegramente la materia relativa a recursos y procedimientos tributarios. El tema de las pruebas es tema no tocado con plenitud en el Decreto 2821 de 1974 y aún hoy, después de tres estatutos modificatorios (la ley 52 de 1977, el Decreto 3803 de 1982 y el Decreto 398 de 1983) muchas de las disposiciones del Decreto 1651 de 1961 mantienen su vigencia. Pero al contraponer el tenor de los artículos 22 y 23 del Decreto 2821 de 1974 con el tenor del artículo 42 del Decreto 1651 de 1961 se colige que éste no es aplicable a situaciones como la que se discute en el caso de autos. Por eso la Sala acoge estos puntos señalados en memorial del apoderado de la Dirección de Impuestos:

"Para controvertir el aspecto procesal referido a las providencias resulta imperativo colocar en confrontación algunas de las normas intrínsecas (Decreto 2821 de 1974), rememoradas las pertinentes del estatuto procedimental precedente (Decreto 1651 de 1961), en particular lo relacionado con sus acepciones: vigencia del nuevo estatuto; agotamiento de la vía gubernativa; corrección oficiosa de los recursos venidos por apelación o consulta ante la Dirección General de Impuestos Nacionales al tomar sus decisiones de fondo y, los efectos fiscales del final proceder clausurante de la vía del gobierno cuando quiera que en un segundo acto administrativo de Resolución se determine mayor impuesto surgido de esas mismas correcciones respecto del proveído inicial.

"En efecto, tenida en cuenta la práctica de la liquidación de los impuestos de la sociedad Otis Elevator Company por el ejercicio gravable de 1972, su producción data del 21 de marzo de 1975 cuando ya regía el Decreto 2821 de 1974, contentivo de normas reguladoras del proceso tributario, de aplicación inmediata.

"Sustancialmente el nuevo estatuto procedimental además de expresamente indicar cuándo proceden los recursos de reposición y apelación o el grado de consulta con ocasión de las decisiones de Recursos Tributarios de las Administraciones y de la Dirección General de Impuestos, dijo cuándo se agota la vía gubernativa, como también lo había expresado el Decreto 1651 de 1961, pero se introdujo en norma de complementación, posterior, que en la decisión de los recursos por los funcionarios competentes podían corregirse oficiosamente los errores "de los actos sometidos a su conocimiento", y efectuar las compensaciones a que hubiera lugar, con la sola limitante de no incrementar la suma total en la liquidación recurrida.

"O sea que *el agotamiento de la vía gubernativa intrínsecamente admite* por el Decreto-ley mismo 2821 de 1974, la corrección inclusive de la liquidación oficial y de la primera resolución objeto de apelación o consulta, siempre y cuando el monto del primitivo acto productor de liquidación no sufra incremento en su expresión matemática a pagar. Esta interpretación fluye de la norma del artículo 23 del Decreto 2821 de 1974 al consagrar la corrección de los actos sometidos a decisión de los recursos, y esa decisión para el caso de las apelaciones o de las consultas (*El Decreto cobijó a unas y otras*) *es anterior lógicamente a las ejecutorias*, la cual se materializa procesalmente en el término general de ley. Además esa corrección en su índole de oficiosa refuerza el condicionante a la ejecutoria, de ser calificable, modificable o corregible en acto posterior por el respectivo funcionario que avoque el conocimiento del recurso *de alzada o la consulta* (Subraya el apoderado de Impuestos).

"Si la segunda Resolución clausurante de la vía gubernativa detectó el error de su antecesor y corrigió de manera oficiosa el monto de los impuestos de la primera Resolución, mas nunca incrementó el de la liquidación recurrida, tal saneamiento resulta a mi entender, válido y procedente, al determinar impuestos por $3.299.471.oo en vez de $3.252.729.oo pero sin que fuese nunca superior a $3.745.952.oo.

"La norma del artículo 23 del nuevo estatuto no impone dar reposición como estaba ordenado en el Decreto 1651 de 1961, *al cual tácitamente modi-*

ficó. También los artículos 19, 20, 21, 22 y 23 modifican intrínsecamente en materia de recursos a los 32, 36, 45, 52 y 53 del Decreto 1651 de 1961; por manera que si la facultad del 23 del Decreto 2821 de 1974 permite hacer las compensaciones puestas en práctica por el fallador de la segunda instancia de la vía gubernativa, no se ve muy claro el fundamento para dar aplicación al silencio administrativo, si la rectificación de la última resolución, la clausurante de la vía del gobierno, simplemente realizó ajustes permitidos, despejando con dicha clausura, la vía jurisdiccional. (Ajustes con ocasión de apelación que pudiera haber sido por consulta igualmente, porque el Artículo 22 no distinguió).

"No es tampoco aplicable sentencia cuya causa y objeto no coinciden totalmente con el caso aquí cuestionado, traducido en un pronunciamiento por conocimiento de fondo de las peticiones de la demanda.

"Es por lo tanto, así debidamente agotada la vía gubernativa con la decisión de la Resolución No. R-03364-H del 13 de julio de 1977 como el apoderado procesalmente pudo acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, para ser oído, y en definitiva pedir establecimiento del monto del impuesto a pagar por su representada, en el año fiscal de 1972".

Finalmente, si aún en gracia de discusión se sostuviere que el artículo 42 del Decreto 1651 de 1961 está vigente y aplicable al caso, ello no implica que pueda aplicarse el silencio administrativo positivo como bien lo sostiene el tribunal, la señora fiscal y lo dijo esta misma Sala en sentencia del 16 de agosto de 1979.

B) PETICION SUBSIDIARIA

1. *Salarios*: La Sala acoge lo decidido por el a quo en este punto pues la actora acreditó aportes al Sena correspondientes a salarios por $9.507.087 solamente. Por esta razón debe mantenerse la decisión del tribunal que ajustó el monto del pago solicitado como gasto a lo que legalmente es deducible. Lo propio puede decirse sobre los aportes a la Caja de Subsidio Familiar.

2. *Ajuste de Cambios*: El funcionario liquidador desechó esta partida porque consideró que no se cumplían los requisitos en razón de no haber adjuntado los asientos contables requeridos para su aceptación según lo previsto en el artículo 46 del Decreto 437 de 1961.

El funcionario de recursos tributarios aceptó la partida y observó:

"En la presente instancia se presenta copia del asiento de diario en donde se registró el ajuste de la cuenta de cambio por diferencia en el saldo de importaciones, debidamente certificado por el Revisor Fiscal por lo cual este Despacho considera procedente aceptar la partida cuestionada en este punto por valor de $113.759.oo".

El funcionario de la Dirección revocó esta decisión alegando lo siguiente:

"*Ajustes de Cambios*: El Artículo 46 del Decreto 437 de 1961 establece que cuando se compren o importen a crédito mercancías que deben ser pagadas en divisas extranjeras, los saldos pendientes de pago en 31 de diciembre de cada año gravable se ajustan al valor comercial que para el último día de

ejercicio fiscal señale la Dirección General de Impuestos, lo cual indica que se debe cargar a un mayor costo de la mercancía y abonarse a la cuenta Proveedores en el Exterior, o Acreedores, o Cuentas por Pagar, según el caso. En el recurso la Firma adjunta un asiento contable autenticado por Revisor Fiscal, el cual no suple la omisión inicial por cuanto no se allegaron los asientos de ajuste en el activo y en el pasivo y en la cuenta de compra de mercancías o de pérdidas y ganancias según el caso, como lo exige el Artículo citado, y en tal evento no es aceptable la deducción debiendo modificarse también en este punto el fallo apelado".

El tribunal cambió el argumento diciendo que no se acreditaba que el ajuste cambiario proveniere de la importación de mercancías a crédito.

La Sala encuentra correcta la actuación del tribunal. El ajuste cambiario solo es deducible cuando se refiere a la importación de mercancías compradas a crédito. El artículo 46 del Decreto 431 de 1961 restringe la deducción a este caso. No acepta el ajuste de cambios en casos en los cuales la diferencia cambiaria no obedece propiamente a compras de mercancías sino a otros fenómenos con frecuencia ajenos al giro ordinario de los negocios. Es natural que en esos casos la modificación del cambio no se acepte como deducción bien porque no representa en estricto sentido una expensa necesaria, o bien porque, aún siendo gasto ligado a la operación de la empresa pudo haberse realizado sin incurrir en un costo cambiario con efectos muy nocivos en la balanza de pagos. También es clara la ley cuando anota que no es posible aceptar el ajuste cambiario cuando la compra de mercancías a crédito se vincula con la casa matriz.

Se observa cómo en el asunto de autos el ajuste cambiario está certificado por revisor fiscal (folio 124 lápiz rojo del cuaderno de antecedentes) en la siguiente forma: dice el revisor que en los asientos de diario se carga a la cuenta de pérdidas y ganancias el ajuste de cambios-cuentas varias, y se abona a "intercompañías" la suma de $116.548.40. No es claro si el ajuste cambiario se produjo por compra de mercancías a crédito o por otros conceptos; además, al final del certificado dice el revisor fiscal: "Ajuste de las cuentas en dólares con casa matriz y asociados a los tipos de cambio vigentes al fin de cada semestre"... Este hecho hace suponer que los *ajustes cambiarios* se deben a deudas provenientes de operaciones de la empresa actora con su casa matriz y, al tenor del artículo 73 de la Ley 81 de 1960 "las deudas" de una agencia con su casa matriz extranjera se considera "para efectos del orden fiscal como patrimonio propio de las agencias, sucursales filiales o compañías con negocios en Colombia". Reiteradamente ha dicho esta Sala que los ajustes de cambio en tales casos no son deducibles. Se confirma el rechazo.

3. *Reparaciones y Repuestos:* El tribunal aceptó esta partida basado en la certificación del revisor fiscal de la empresa que obra al folio 121 lápiz rojo del cuaderno de antecedentes administrativos. La Sala encuentra correcta la actuación del a quo.

4. *Ajustes de inventarios*: La Sala se aparta en este punto de las apreciaciones del tribunal sobre este aspecto de la contienda. La sección de liquidación desechó la partida de $198.283 sobre este punto con el argumento de que la contribuyente no puede hacer estos ajustes conforme a lo previsto por el

artículo 38 del Decreto 437 de 1961. Al recurrir por la vía gubernativa el apoderado de la sociedad actora adjuntó certificación expedida por el revisor fiscal en el cual explica que la sociedad utiliza en su contabilidad el sistema de inventarios permanentes lo que le autoriza a la empresa para hacer estos ajustes contables por faltantes de mercancías. El funcionario de recursos tributarios aceptó este argumento, pero al surtirse el trámite ante la Dirección General de Impuestos Nacionales la deducción se rechazó diciendo:

"...El Despacho estima que si bien la Compañía determina el costo por inventarios permanentes, y por ello procedería la pérdida debatida, también es cierto que no se encuentran cumplidos los requisitos del Artículo 109 del Decreto 437 de 1961, requeridos para su reconocimiento y por tal circunstancia es necesario modificar en este punto el fallo apelado, manteniendo el rechazo inicial".

Por su parte la actora ha invocado el certificado del revisor fiscal, certificado que el a quo encontró incompleto. Al revisar el certificado del revisor fiscal la Sala observa cómo el certificado visible al folio 123, lápiz rojo, sí es suficiente para aceptar esta partida.

La discrepancia con el a quo y con la Dirección de Impuestos es sobre la naturaleza misma de la partida. Para éstos se trata de una deducción por pérdidas. Para el contribuyente y para el revisor fiscal se trata de un ajuste en el inventario. El artículo 41 del Decreto 437 de 1961 regula este fenómeno en los siguientes términos:

"Artículo 41. Las diferencias resultantes entre el registro de las existencias en las tarjetas y el inventario físico practicado, deberán ajustarse en la siguiente forma:

"a) Por costo de ventas, cuando la diferencia obedezca a errores en la liquidación de los costos de la mercancía comprada, vendida, consumida, producida, etc.;

"b) Por cuentas de resultado distintas a la de costo de ventas, cuando la diferencia obedezca a destrucción, rotura, inutilidad, sustracción o apropiación indebida por un tercero".

La deducción por pérdidas está reglada en los artículos 104 y siguientes del Decreto 437 de 1961. Las diferencias son claras: el sistema de inventarios permanentes es un método de determinación de los costos en las operaciones de empresas que tienen por fuente de ingresos la enajenación de activos movilizados; las pérdidas son deducciones que afectan la renta bruta, el sistema de inventarios afecta sólo estos, las pérdidas afectan todo tipo de mercancías vinculadas al negocio.

Todo ello lleva a la Sala a considerar que esta partida sí se ajusta a ley y que las exigencias del tribunal y del a quo fueron más allá de lo que efectivamente establece la normatividad jurídica para aceptar estos ajustes. De otro lado la certificación del señor fiscal explica con claridad los ajustes en el sistema de inventarios, el cual tiene unas partidas positivas y otras negativas, pues en parte hay reavalúo de activos y en otras pérdidas o errores. habrá que revocar

la sentencia del a quo en este punto, anotando cómo la certificación del contador hace fe a la luz de la Ley 145 de 1960.

Cabe pues practicar una nueva liquidación:

OTIS ELEVATOR COMPANY

NIT 60.002.838

Año gravable de 1972

RENTA	BASE	IMPUESTO
La gravada por el tribunal	$ 7.481.473	
Menos: Ajuste de inventarios	198.283	
Nueva Renta Gravable:	$ 7.283.190	$ 1.489.448
Remesas (novaría)		67.189
Exceso	450.041	45.004
Fomento Eléctrico	4.676.549	140.296
Provivienda	4.661.549	279.693
TOTAL A CARGO:		$ 3.021.630

Anota la Sala que en esta liquidación se corrige un error aritmético al computar el exceso gravable pues es pertinente descontar $58.703 por rentas no gravables con exceso como lo reconoce el propio boletín de base de la administración.

En consecuencia 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:

1. Confírmase el numeral 1o. de la parte resolutiva de la sentencia apelada. Revócanse los numerales 2o., 3o. y 4o. de la misma providencia los cuales quedarán así:

2o. Fíjase en tres millones veintiún mil seiscientos tres pesos ($3.021.630 el impuesto de renta y complementarios a cargo de la sociedad Otis Elevator Company, por la vigencia fiscal de 1972 de conformidad con la liquidación inserta en la parte motiva de esta decisión.

3. Como la sociedad actora ha acreditado el pago de dos millones novecientos cuatro mil quinientos ochenta y un pesos ($2.904.581) deberá pagar al tesoro público la diferencia con lo que se fija en el anterior numeral vale decir la suma de ciento diecisiete mil cuarenta y nueve pesos ($117.049) más los intereses legales a que haya lugar.

4. No será necesario validar el papel común.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Bernardo Ortiz Amaya, Carmelo Martínez Conn, (Ausente).

Los consejeros:

Gustavo Humberto Rodríguez, Enrique Low Murtra.

Jorge A. Torrado Torrado. Secretario.

CAPITULO II

CONSULTAS

IMPUESTOS. CAUSACION DEL TRIBUTO. (Artículo 5o. del Decreto 1988 de 1974).

IMPUESTOS. DUDAS A FAVOR DEL CONTRIBUYENTE.

LEY. INTERPRETACION SISTEMATICA.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Bogotá, D.E., cuatro de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Enrique Low Murtra**

Demandante: **Ladrillera Santa Fe S.A.**

Referencia: Radicación 10.105. Consulta de la sentencia del Tribunal de Cundinamarca sobre impuesto a las ventas por el segundo bimestre de 1971.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca ordenó revisar la operación administrativa de liquidación del impuesto de ventas a cargo de la sociedad Ladrillera Santa Fe S.A. por el segundo bimestre de 1971. La sentencia del Tribunal ha sido sometida a consulta.

ANTECEDENTES:

Como hechos de la demanda se relacionan los siguientes:

"1o. La Compañía que represento produce y vende ladrillos por encargo, para lo cual realiza las siguientes operaciones: a) El cliente consigna en la

Compañía un anticipo equivalente al precio del ladrillo y la Compañía le expide un recibo de caja como prueba de dicha consignación. b) El dinero recibido por la Compañía se trata contablemente como un crédito a favor del cliente. c) Si el cliente revoca el pedido, se le devuelve el dinero entregado. d) Una vez la Compañía produce total o parcialmente los ladrillos solicitados por el cliente, lo cual ocurre entre dos a cuatro meses después de hecho el pedido, la sociedad entrega la mercancía y expide la correspondiente factura de venta. e) Al hacer la entrega se registra la venta para todos los efectos, y en consecuencia, en el correspondiente bimestre se declara la venta y se paga el impuesto.

"2o. Mediante auto comisorio No. S-00102 del 7 de marzo de 1972, la Sección de Auditoría de la Administración de Impuestos de Bogotá comisionó al señor Humberto Legro López, investigador tributario III-24, para que practicara una inspección a los libros de contabilidad de la compañía relacionada con los impuestos de ventas.

"3o. Dicha visita se efectuó y el citado visitador produjo el Acta de Visita correspondiente, en la cual considera que la Compañía que represento debió declarar como ventas los valores correspondientes a los anticipos mencionados en la fecha en que éstos se recibieron.

"4o. La liquidación privada, que había señalado impuestos de ventas para el bimestre de que se trata por valor de $244.969.93, fue revisada por liquidación 643, notificada el 5 de abril de 1972, adicionando la cantidad de $63.961.48 por impuestos e igual cantidad por sanción de inexactitud.

"5o. Oportunamente y con el lleno de los requisitos legales se interpuso recurso de reposición contra la mencionada liquidación de revisión.

"6o. Por Resolución A-03646-P del 27 de septiembre de 1976, se resolvió el recurso interpuesto en forma adversa a las pretensiones de la Compañía.

"7o. En el acto de notificación de la Resolución de que trata el punto anterior se interpuso recurso de apelación.

"8o. Por Resolución R-00010-V del 12 de enero de 1979, se resolvió en forma desfavorable el recurso de apelación interpuesto, advirtiendo que en esa forma se modificaba la doctrina de la misma Dirección de Impuestos Nacionales, contenida en Resoluciones R-00566-V, R-00565-V, R-00564-V, R-00563-V, R-00562-V y R-00561-V del 29 de septiembre de 1977, las cuales habían fallado de manera favorable casos idénticos al presente pertenecientes a la misma Compañía que represento.

"9o. La resolución que resolvió el recurso de apelación fue notificada el 19 de febrero de 1979 y quedó ejecutoriada diez días después, o sea el 5 de marzo de 1979, habida cuenta de que los sábados son inhábiles en el Ministerio de Hacienda.

"10o. Se han pagado los impuestos y la sanción por inexactitud, conforme a la liquidación de revisión".

CONTENIDO DE LA LITIS

El punto central de la controversia consiste en que la Administración considera que "en el presente caso se tiene como fecha de entrega de la mercancía la fecha del documento inicialmente expedido por la sociedad, ya que dicho documento implica la convención de vender".

Por su parte, la actora sostiene que "en el momento de la recepción del dinero no existe entrega real ni simbólica del artículo terminado, ni existe todavía contrato de compra-venta..., razón por la cual el impuesto no se causa en ese momento, sino cuando se produce la entrega de la mercancía".

Arguye así el actor:

"El Decreto Legislativo 1595 de 1966 dice así en su artículo 1o.:

"El artículo 2o. del Decreto 3388 de 1963 quedará así: El impuesto sobre las ventas se causará en todo caso en el momento de la entrega real o *simbólica* de la mercancía a título de *compra-venta o permuta* por parte del *productor o importador* o por parte de una persona económicamente vinculada a éstos, al intermediario, al consumidor o a otro productor para su ulterior transformación, aunque se convenga reserva de dominio pacto de retroventa o exista *condición resolutoria*".

"De la disposición transcrita se puede concluir que el impuesto sobre la venta tiene tres elementos constitutivos a saber: a) Un elemento objetivo, constituido por la *entrega* de un artículo terminado; b) Un elemento jurídico, integrado por el *título de compra-venta o permuta* bajo el cual se hace la entrega del artículo terminado, y c) Un elemento subjetivo, consistente en la calidad de productor, importador o persona económicamente vinculada a éstas de quien hace la entrega del artículo terminado a título de compra-venta o permuta.

"Cuando la Compañía recibe el anticipo no se causa el impuesto, ya que en dicho momento no hay entrega real ni simbólica del ladrillo, ni existe contrato de compra-venta.

"La entrega, ya real, ya simbólica, de la mercancía supone obviamente su existencia. Si la entrega es real, es necesario que el vendedor haga el transpaso físico de la mercancía al comprador, razón por la cual es lógico que ésta exista. Si la entrega es simbólica, entonces ésta se realiza por alguno de los medios previstos en los artículos 239 del antiguo Código de Comercio, o 923 del nuevo, tales como: a) la transmisión del conocimiento de embarque, carta de porte o factura durante el transporte de las mercancías por aire, mar o tierra, b) La fijación de la marca del comprador en las mercancías compradas con conocimiento y aquiescencia del vendedor, o c) La expedición de la mercancía al lugar convenido, etc.; en estos casos siempre es necesario que la mercancía exista, ya que no se puede transportar, ni marcar, ni expedir lo que no existe. En lo referente a la existencia del contrato de compra-venta, el artículo 1869 del Código Civil establece lo siguiente:

"La venta de cosas que no existen, pero se espera que existan, *se entenderá hecha bajo la condición de existir*, salvo que se exprese lo contrario o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte".

La norma transcrita era aplicable antes del 1o. de enero de 1972 en materias comerciales, ya que en el antiguo Código de Comercio no existía una norma que regulara el efecto de la compra-venta de cosas futuras, razón por la cual, de conformidad con el artículo 1o. de dicho Código, era aplicable la legislación civil. En el nuevo Código de Comercio la cuestión es mucho más clara, ya que el artículo 917 dice lo siguiente:

"La venta de cosa futura solo *quedará perfecta* en el momento en que exista, salvo que se exprese lo contrario o que de la naturaleza del contrato aparezca que se compra el álea".

"De conformidad con las normas transcritas, es evidente que el contrato de compra-venta de cosa futura no se perfecciona sino hasta el momento en que existe la cosa vendida. Don Fernando Vélez comenta así el artículo 1869 del C.C.

"Es regla general que cuando se vende una cosa que no existe, pero que se espera que exista, como la cría de un animal vendida antes de nacer, se entiende de condición suspensiva de que la cosa exista. Luego si no existe, como si la cría nace muerta, no hay contrato (Pág. 186 Tomo VII Derecho Civil Colombiano).

"Sobre el efecto de la condición suspensiva en los contratos la Corte ha dicho lo siguiente:

"*Con la condición suspensiva se regula el nacimiento de la obligación*, esto es, *la entrada en vigor del efecto jurídico.* Con la resolutoria, se regula la extinción del derecho de adquirirlo, o lo que es lo mismo, la cesación del efecto jurídico" (Casación del 9 de abril de 1937 Gaceta Judicial XLIV, 725 - Tomado del C.C. de Ortega Torres, Pág. 655, edición de 1972).

"Obsérvese que, con toda propiedad, el artículo 1o. del Decreto 1595 de 1966 dispone que el impuesto de ventas se causará aunque exista *condición resolutoria* ya que el efecto propio de ésta es extinguir una convención que se supone existente; en cambio, la norma a que se hace referencia no menciona la condición suspensiva, ya que el efecto jurídico de ésta es la de impedir que el contrato nazca hasta tanto que se realice la condición.

"Las tesis anteriores fueron aceptadas por la Dirección de Impuestos en las resoluciones distinguidas con las letras R-V y con los números 561 a 566, en las cuales se lee:

"1o. Al recibo del anticipo el ladrillo no existe, como expresamente lo dice el Revisor Fiscal.

"2o. Sólo a la entrega del ladrillo se contabiliza la venta, como expresamente lo dice el Acta de Visita en parte que transcribe la providencia recurrida y como lo confirma el certificado del Revisor Fiscal.

"Entonces, el libelista tiene razón en cuanto a que la norma pertinente (Art. 1o. del Decreto 1595/66 es clara y habla expresamente de la entrega de la mercancía... y no de contrato, hecho que no deja duda y respalda la inconformidad del accionante en el sentido de encontrar la solicitud ceñida a derecho, justa la petición y el estar debidamente respaldada en los elementos probato-

rios que manifiestan tal aseveración, por ende ha de estarse a lo estatuido en tal norma que regula el caso objeto de estudio. En base al contenido de ella se procede a aceptar la solicitud formulada por el libelista o sea que el impuesto no se causa en el momento de la recepción del dinero ya que no hay entrega real ni simbólica del artículo terminado, para el caso de autos el ladrillo, con ello dándose aplicación correcta al Art. 1o. del Decreto 1595/66, considerándose legal por ende la contabilización de la venta del ladrillo con la entrega del mismo".

"Decir entonces, como se hace en la resolución de la Dirección de Impuestos impugnada, que sí hubo venta y que hubo entrega simbólica de la mercancía, cuando ésta no existía, es violar claramente las disposiciones que cito como violadas".

DECISION DEL TRIBUNAL:

El Tribunal aceptó las pretensiones del actor con base en las siguientes consideraciones:

"A su vez, en los antecedentes administrativos se encuentran las observaciones y afirmaciones formuladas por el Gerente de la Compañía así como la certificación del Revisor Fiscal en donde se expresa que la mayor parte de la venta de ladrillo se hace por encargo previo siguiente estos pasos:

"a) El cliente paga el valor del ladrillo que quiere, cuando la mercancía no se ha producido todavía.

"b) Tan pronto como está fabricado el ladrillo encargado, lo cual ocurre entre 60 y 150 días después del depósito del dinero, se entrega al cliente la mercancía.

"c) En el momento de recibir el dinero, la fábrica entrega al cliente un comprobante en el cual consta el ladrillo encargado y el dinero entregado, el cual se contabiliza como crédito a favor del cliente.

"d) Con posterioridad al despacho del ladrillo, se hace la factura y se registra la venta para todos los efectos, inclusive la declaración de ventas que se hace bimestralmente.

"e) En el caso de que el cliente decida no adquirir la mercancía con posterioridad al pago y con anterioridad a la entrega de la misma, la fábrica le devuelve la totalidad del dinero que se ha pagado (cd. antecedentes administrativos fls. 92 a 177)".

PARA CONCLUIR:

"Para la Sala de acuerdo con las normas de interpretación de la ley este texto es claro y preciso al señalar que el impuesto se causa precisamente en el momento de la entrega real o simbólica de la mercancía o producto, vale decir, "En el instante", "sin dilación" "inmediatamente" que es la acción que corresponde al adverbio cuando señala el tiempo de la entrega, pero conviene precisar a este respecto la aclaración contenida en el literal e) del artículo 10 del Decreto 2807 de 1966 que a la letra dice:

"Se tendrá como fecha de la entrega de la mercancía la que figura en la correspondiente factura, en el contrato de compraventa o permuta o en cualquier documento que expresa o tácitamente implique una convención de vender o permutar".

"Es evidente que al tener como fecha de la entrega de la mercancía la que figura en la correspondiente factura, se está refiriendo al documento que la compañía expide al comprador cuando entrega el producto y que es el título con el cual el comprador acredita la propiedad del producto adquirido. Por tanto, esa factura se está refiriendo a la entrega del bien".

SALVAMENTO DE VOTO

Tres magistrados salvaron voto de la decisión del tribunal, razón por la cual el fallo se produjo con la participación de un conjuez.

Dicen los magistrados que salvaron voto:

"...de acuerdo con el artículo 905 del Código de Comercio "La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga *a transmitir la propiedad de una cosa* y la otra *a pagarla en dinero*. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio" (Subraya la Magistrada).

"El artículo 1857 del Código Civil preceptúa que la venta *se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio* (Subraya la Magistrada).

"Por otra parte, a términos del artículo 1863, ibídem, la venta puede hacerse a plazo para la entrega de las cosas o del precio.

"Ahora bien, desde el punto de vista tributario el hecho gravado con el impuesto es la venta o permuta de artículos terminados y su viabilidad se encuentra supeditada a la entrega de la cosa.

"El hecho de subordinar la legislación tributaria a la entrega de la mercancía la causación del gravamen, no significa que recibido éste por parte del vendedor en el momento en que se perfecciona el contrato de compraventa, esto es, cuando las partes convinieron en la cosa y en el precio (fecha de la factura), con plazo para la entrega, puede éste (vendedor) disfrutar del dinero del Estado hasta el plazo convenido para la entrega de la mercancía, situación que podría dar lugar a un enriquecimiento ilegítimo.

"En efecto, una, considero, es la fecha de la entrega de la mercancía, a la cual se encuentra supeditada o condicionada la causación del gravamen y acaecida ésta, otra muy diferente, la fecha desde la cual es responsable del gravamen el vendedor ante el fisco; pues en una sana lógica jurídica no puede ser otra que la del momento en que como precio lo recibió del comprador".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Hasta el año de 1974 "el legislador" fue impreciso al determinar el momento de causación del tributo. En la legislación actual se encuentra el problema resuelto pues dice con claridad el artículo 5o. del Decreto 1988 de 1974:

"Artículo 5o. El impuesto se causa:

"a) En las ventas, incluidas las de mercancías importadas, en la fecha de emisión de la factura u otro documento equivalente, y a falta de éstos, en el momento de la entrega, aunque se haya pactado reserva de dominio o condición resolutoria; en la de retiro de los bienes propios, mencionados en el ordinal d) del artículo 3o.; y a tiempo de la nacionalización, en el caso de las importaciones".

Es pues claro que para determinar el momento de causación del tributo se toma en primer lugar "la fecha de la emisión de la factura" y en subsidio (a falta de ésta) la fecha de la entrega de la mercancía. Una norma contraria, pero no con fuerza de ley, sino con carácter reglamentario, existía en el anterior régimen legal: el Decreto 2807 de 1966 en su artículo 10, literal e) decía:

"e) Se tendrá como fecha de la entrega de la mercancía, la que figura en la correspondiente factura, en el contrato de compra-venta o permuta o en cualquier documento que expresa o tácitamente implique una convención de vender o permutar".

En una interpretación exegética se nota cómo en el Reglamento de 1966 se decía que era fecha de entrega "la que figure" (como tal se entiende) en el documento o factura del contrato. En el régimen de 1974 se anota que es fecha de causación del impuesto "la de la factura".

En el caso de autos, regido en un todo por la legislación anterior a 1974, se favorece por el alcance de esta interpretación exegética que en un todo coincide con las apreciaciones del libelo y del tribunal.

Una interpretación sistemática conduce a conclusiones análogas:

1. ¿Por qué el legislador de emergencia de 1974 en forma expresa consideró el problema? Porque quiso modificar algo que, a su juicio, era conveniente: evitar la distancia entre la factura de venta y la entrega del bien. Se debe en todo caso interpretar la norma buscando que ella tenga eficacia jurídica. Si de manera expresa se dijo en 1974 que se tenía por fecha de la entrega "la de la factura o documento" es porque en ausencia de tal expresión es fecha de la entrega "real o simbólica" la que concluye la tradición de la propiedad, que no necesariamente coincide con la del documento o factura.

Además existen las normas citadas por el demandante; artículo 917 del Código de Comercio, sobre "la venta de cosa futura" la cual solo queda perfecta en el momento en que exista; artículo 923 ibídem que establece los momentos en que se entiende verificada la entrega de la cosa vendida, la cual, en principio opera cuando el vendedor expide las mercancías "al domicilio del comprador o a cualquier otro lugar convenido".

Finalmente, si hubiere alguna duda sobre el alcance de la norma, es preferible utilizar la interpretación que resulta más favorable al contribuyente, porque esa es la filosofía predominante del derecho tributario; debe aplicarse la interpretación restrictiva, vale decir, estrechar el marco de la norma a los estrictos parámetros del texto legal. Tal norma interpretativa ha impregnado siempre la jurisprudencia de esta Corporación y de muchos otros tribunales fiscales: mantenerla asegura una coherencia indispensable en el análisis de la

legislación fiscal y conduce a que sean los legisladores quienes de ordinario fijen los tributos.

En consecuencia 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 consultada.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Gustavo Humberto Rodríguez, Bernardo Ortiz Amaya, Carmelo Martínez Conn, Enrique Low Murtra.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTOS. RENTA TERRITORIAL. Es la que se origina de fuentes dentro del país. (Inciso 1o. artículo 17 de la Ley 81/60).

IMPUESTOS. COMISIONES EN EL EXTERIOR. La excepción al gravamen de la renta territorial, está consignada en el inciso 2o. del artículo 17 de la Ley 81/60, grava los dividendos, intereses, participaciones y arrendamientos obtenidos en el exterior por personas jurídicas nacionales; y de conformidad con el ordinal 5o. del artículo 182 del Decreto Reglamentario 437 de 1961, se consideran rentas originadas dentro del país las obtenidas "por la prestación de servicios por personas jurídicas, cuando el trabajo o la actividad se desarrolla dentro del país".

IMPUESTOS. RETENCION EN LA FUENTE. El artículo 27 del Decreto 1366 de 1967, impone la obligación de retener en la fuente un impuesto del 12% sobre el valor nominal de pagos a residentes en el exterior por concepto de rentas gravables en Colombia.

IMPUESTOS. COMISIONES DEDUCIBLES. Las comisiones deducibles a que se refiere el artículo 15 del Decreto 1366 de 1967 y 12 de la Ley 63 de 1967 son aquellas que se pagan por concepto de "servicios personales" y "que han de constituir renta bruta para el beneficiario".

IMPUESTOS. DIVIDENDOS. Gravamen: Excepciones (numeral 1o. del artículo 47 de la Ley 81/60). Esta norma fue derogada por los artículos 19 y 85 de Decreto 1366 de 1967, que a su vez fue modificado por el artículo 13 de la Ley 63 de 1967, normas que conceden la

Tampoco se puede vincular el pago al concepto de know-how, como lo hace la oposición a la demanda, porque de igual manera no existe prueba de que se haya efectuado por cesión de "experiencia secreta sobre manera de hacer algo".

"Por último, el hecho de haberse establecido en la cláusula 2a. del contrato que Avianca se compromete a prestar sus servicios con su mejor calificado personal cuando 'Helicol' los solicite y a proponer los que a su juicio puedan serle útiles, tampoco indica que está obligada a hacer uso de su razón social o de su marca.

Respecto a este punto, habrá de confirmarse la sentencia consultada.

COMISIONES EN EL EXTERIOR POR $17.166.oo

El inciso 1o. del artículo 17 de la Ley 81 de 1960, determina que "a las personas jurídicas nacionales o extranjeras se les grava únicamente sobre su renta territorial o sea sobre lo que se origine de fuentes dentro del país (el inciso 2o., como excepción, grava los dividendos, intereses, participaciones y arrendamientos obtenidos en el exterior por personas jurídicas nacionales); y de conformidad con el ordinal 5o. del artículo 182 del Decreto Reglamentario 437 de 1961, se consideran rentas originadas dentro del país las contenidas por la prestación de servicios por personas jurídicas, *cuando el trabajo o la actividad se desarrolla dentro del país*". (Se subraya).

El artículo 27 del Decreto 1366 de 1967 impone la obligación de retener en la fuente un impuesto del 12% sobre el valor nominal de pagos a residentes en el exterior por concepto de *rentas gravables en Colombia*. En consecuencia, debe entenderse que cuando el pago se hace a una persona jurídica *extranjera* por un servicio prestado en el exterior, no existe la obligación de efectuar la retención por no constituir para la beneficiaria renta gravable en Colombia.

Las comisiones deducibles a que se refiere el artículo 15 del Decreto 1366 de 1967 y 12 de la Ley 63 de 1967 son aquellas que se pagan por concepto de *"servicios personales"* y *"que han de constituir renta bruta para el beneficiario"*. Una vez observadas estas condiciones, si el beneficiario reside en el exterior deberá acreditarse la consignación de lo retenido a título de impuesto, salvo que la comisión se pague *por compra o venta de bienes y en cuanto no exceda del 2.1/2% del valor de la operación.*

En el caso sub-judice no existe prueba alguna de que los pagos se efectuaron a extranjeros por servicios prestados en el exterior. Tampoco está probado que en los casos en que las comisiones constituyen renta bruta para el beneficiario, la actora no tenía la obligación de hacer la retención en la fuente porque los pagos se efectuaron por compra o venta de bienes o que no excedieran del 0.025 del valor de la operación.

Por esta razón debe modificarse la sentencia consultada manteniendo la decisión de la Administración de Impuestos Nacionales, de rechazar las comisiones en el exterior por valor de $17.166.oo.

EXCEPCION DE DIVIDENDOS RECIBIDOS DE HELIECUADOR

El único motivo dado en la resolución que agotó la vía gubernativa para mantener el rechazo de esta exención fue que "no se ha demostrado que la sociedad reclamante distribuya sus utilidades en el país". El actor en la demanda hace referencia solo a este punto, pero en la sentencia se analizaron los demás motivos para el rechazo expuestos por la Administración durante el proceso administrativo, a saber: que los dividendos recibidos por sociedades constituyen renta gravable en Colombia, que debió aplicarse el artículo 18 del Decreto 437 de 1961 y finalmente, que la exención se concede a rentas originadas dentro del mismo país.

A las consideraciones que sobre el particular hizo el Tribunal y que comparte la Sala, puede agregarse el siguiente breve estudio de las normas que regulan la materia.

En el caso de los dividendos se consideran en principio gravables; pero en el numeral 1o. del artículo 47 de la misma ley, sin distinguir la fuente que los genere, determina que los dividendos están exentos cuando son recibidos por sociedades de cualquier tipo, es decir, que la ley al conceder la exención no la limita a los dividendos recibidos de fuentes dentro del país, sino que la extiende a todos los dividendos recibidos por sociedades, con la salvedad que se trate de sociedades que distribuyan dividendos en el país o a cuyos socios se les graven en Colombia las respectivas participaciones fiscales.

Ahora bien, el numeral 1o. del artículo 47 de la Ley 81 de 1960 fue derogado por los artículos 19 y 85 del Decreto Extraordinario 1366 de 1967, que a su vez fue modificado por el artículo 13 de la Ley 63 de 1967, aplicables a ejercicio fiscal de 1970 que es el de la liquidación recurrida, normas que conceden la exención del impuesto de renta a los dividendos recibidos por sociedades, salvo que se excedan del 30% de la renta líquida de la beneficiaria por lo cual no es aplicable al caso el artículo 18 del Decreto Reglamentario 437 de 1961.

Por último, la apoderada del Ministerio de Hacienda en su oposición a esta petición de la demanda, manifiesta que "el artículo 19 del Decreto 1366 de 1967, modificado por la Ley 63 de 1967 en su artículo 13, únicamente se refiere a rentas originadas dentro del país", (F. 75 vto.) pero se anota que esta distinción no consta en la ley. Por el contrario, de la lectura de la norma comentada se deduce que la exención se reconoce tanto a los dividendos de fuentes del interior como del exterior, recibidos por sociedades de cualquier naturaleza, siempre y cuando que, como la sociedad demandante, los distribuya dentro del país.

La decisión del Tribunal de conceder la exención de los dividendos recibidos, es pues, correcta.

UTILIDAD EXENTA POR RETIRO DE HELICOPTEROS POR $324.590.oo

En el anexo No. 36 del denuncio rentístico que figura a folio 149 azul de los antecedentes, la sociedad declara una nulidad por retiro de los helicópteros HK-781 y NK-785 de $546.441.36, la cual solicita como renta exenta. Dicha

utilidad la establece disminuyendo de la "indemnización" recibida por $678.128.58, el saldo en libros de los aportes que es de $111.888.70 y los gastos de accidentes por $19.798.45. El saldo en libros está determinado por el costo histórico de los aparatos de $436.478.97 menos las depreciaciones por $324.590.18.

La Administración de Impuestos rechazó de la utilidad solicitada como exenta, la cantidad de $324.590.18 correspondiente a las depreciaciones recuperadas.

El Tribunal accedió a la súplica de la demanda porque consideró que, "la legislación tributaria vigente en la época, *únicamente*, con inexplicable vacío, le dio el tratamiento de renta bruta a la recuperación de deducciones obtenidas *por venta o enajenación de bienes depreciables* excluyendo la recuperación obtenida por la indemnización por seguros y otras compensaciones" (se subraya) y, que este vacío tan sólo vino a ser llenado por la reforma del año de 1974 en el artículo 67, numeral 1o. del Decreto 2053.

El hecho de que la legislación colombiana determine en forma expresa que constituye renta bruta la recuperación de deducciones obtenidas en la venta de bienes depreciables, no significa que la recuperación de deducciones obtenidas por otras causas no deban considerarse como ingreso o que están exentas del gravamen. Por el contrario, conforme al artículo 35, numeral 5o. de la Ley 85 de 1961, son renta bruta los ingresos provenientes de recuperaciones, devoluciones, etc.

Por lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 81 de 1960 constituye renta gravable la suma de todos los ingresos realizados en el año gravable *cualquiera que sea su origen* y siempre que constituyan enriquecimiento, menos el costo imputable a ellos, las deducciones y las exenciones; y, el artículo 23 de la misma ley establece en forma explícita, que la realización de un ingreso, como norma general, debe entenderse como la percepción efectiva en dinero o en especie apreciable en dinero, en forma que legalmente equivalga a un pago. También establece que los contribuyentes que lleven la contabilidad por el sistema de ingresos y egresos causados, deben denunciar los ingresos causados jurídicamente.

Como de acuerdo con las normas comentadas, todo enriquecimiento o todo aumento de valor es renta, en el caso concreto lo es el exceso del costo en libros de los aparatos accidentados o sea la cantidad de $566.239.79 a la cual se sustraen las deducciones legales que son los gastos de accidente por $19.798.45 con lo que se obtiene una renta líquida de $546.441.34 compuesta por $324.590.18 de depreciaciones recuperadas y $221.851.16 de ganancia ocasional.

Como son rentas del impuesto las consagradas por normas legales en forma expresa y como las establecidas en las leyes aplicables al ejercicio fiscal estudiado, no contemplan la solicitada en este punto por la demandante, debe mantenerse la decisión de la oficina de impuestos.

HELICOPTEROS NACIONALES DE COLOMBIA S.A.

AÑO GRAVABLE DE 1970

RENTA			
La gravada inicialmente		35.797.503	
MENOS:			
Costo asesoría técnica	10.290.764		
Dividendos recibidos exentos	164.265	10.455.029	
RENTA GRAVABLE		25.342.474	8.991.291
EXCESO GRAVABLE			
Renta básica (líquida menos excedente)		25.342.474	
MENOS:			
Imporrenta liquidado	8.991.291		
12% del patrimonio básico	5.696.104	14.687.395	
EXCESO GRAVABLE		10.655.079	
6% sobre 47.467.531 = 2.848.052 al 20% =		569.611	
6% sobre 47.467.531 = 2.848.052 al 26% =		740.494	
6% sobre 47.467.531 = 2.848.052 al 32% =		911.377	
saldo 2.110.923 al 38% =		802.151	
SUMAS 10.655.079		3.023.633	3.023.633
Impuesto de Renta y Exceso Utilidades			12.014.924
IMPUESTOS ESPECIALES			
3%Fomento eléctrico e I.S.S. sobre		13.322.550	399.677
34% Provivienda sobre el 6% de		13.307.650	271.475
SUBTOTAL			12.686.076
INVERSIONES SUSTITUTIVAS			
66% Provivienda sobre el 6% de		13.307.550	526.979
Total a cargo de la Contribuyente			13.213.055

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 1o. de la sentencia consultada.

2. Fíjase en la suma de trece millones doscientos trece mil cincuenta y cinco pesos M/cte. ($13.213.055.oo) el valor de los impuestos de renta y complementarios a cargo de la Sociedad Helicópteros Nacionales de Colombia S.A., por el año fiscal de 1970.

3. Como está acreditado que la sociedad pagó por el mismo concepto la suma de cuatrocientos sesenta y dos mil seiscientos cincuenta y siete pesos M/cte. ($462.657.oo) queda a su cargo un saldo de doce millones setecientos cincuenta mil seiscientos noventa y ocho pesos M/cte. (12.750.698.oo).

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Gustavo Humberto Rodríguez, Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn, Bernardo Ortiz Amaya.

Jorge A. Torrado T., Secretario.

IMPUESTO DE RENTA. DIVIDENDOS. (Artículo 69 del Decreto 2247 de 1974). Impuesto de renta aplicable a dividendos recibidos por sociedades u otras entidades extranjeras: 1. Tarifa general es del 20%. 2. Tarifa excepcional: se aplica la tarifa del 40% a los dividendos percibidos por sociedades u otras entidades extranjeras, cuando se cumplan los dos requisitos siguientes: a) Que en el país bajo cuyas leyes se constituyó la sociedad extranjera, los dividendos estén gravados con una tarifa inferior al 30%. b) Que más del 25% del valor total de las acciones o derechos sociales en la sociedad beneficiaria de los dividendos, pertenezca a personas naturales colombianas o extranjeras residentes en Colombia.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Bogotá, D.E., febrero cuatro de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Enrique Low Murtra**

Demandante: **G.T.E. International Inc.**

Referencia: Radicación 10.111. Consulta de la sentencia del Tribunal de Cundinamarca sobre impuestos de renta por el año de 1975.

Por medio de apoderado, la sociedad extranjera G.T.E. International Inc. impetró demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y solicitó revisión de la operación administrativa de liquidación del impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1975. El Tribunal, por sentencia del 25 de octubre de 1982, accedió a las peticiones de la demanda. La sentencia del a quo ha venido en grado de consulta ante esta corporación.

Dos son los problemas debatidos en este caso:

1. Agotamiento de la vía gubernativa.

2. Aplicación de la tarifa del 20% sobre el valor de los dividendos distribuidos y no la del 40% que aplicó la administración.

Se estudiarán separadamente los dos aspectos de la contienda.

1. AGOTAMIENTO DE LA VIA GUBERNATIVA

La administración, durante el trámite gubernativo, denegó estudiar de fondo las peticiones de la actora, considerando que el representante legal no acreditaba debidamente la personería adjetiva.

Por su parte el Tribunal consideró que tal condición sí se había cumplido con base en las siguientes reflexiones:

"En primer lugar debe anotarse que los funcionarios de la vía gubernativa se engolfaron en la discusión sobre que para efectos de la demostración del carácter de representante legal de la sociedad actora en el extranjero en relación con el *poder* de 18 de julio de 1978 otorgado por ella al doctor Raúl Muñoz Piedrahita (y otro), (folio 26) también apoderado dentro del presente proceso, debía observarse el artículo 486 del Código de Comercio, a lo que la sociedad respondió a su vez que la norma aplicable era el artículo 65 del Código de Procedimiento Penal.

"Así las cosas, en realidad de verdad las agencias del Gobierno orientaron hacia ese aspecto de carácter jurídico procesal el debate, sin que, de su parte y por esa razón la sociedad desplegara actividad probatoria adicional.

"La Sala estima que en tratándose del poder en cuestión y alrededor del cual, como se dijo, girá la controversia gubernativa, el texto que regula la forma de su otorgamiento es el artículo 65 del C. de P.C. Dentro del presente proceso y como prueba complementaria, obra un certificado del secretario auxiliar de la G.T.E. International Incorporated sobre que efectivamente ésta, por conducto de su representante legal, (señor vicepresidente), señor Paul L. Schiavone, otorgó poder al doctor Raúl Muñoz Piedrahita (y otro) para representarla en relación con su impuesto de renta por 1975 y que dicho señor Schiavone, era representante legal de la misma en la fecha del otorgamiento del mencionado mandato (folios 49 a 53).

"Concluye así el Tribunal que está acreditado el requisito de personería en cuestión, en discordancia con el concepto de la fiscalía, y por ello, le queda libre el acceso a la actora a la presente jurisdicción".

Para resolver este aspecto de la contienda se considera:

1. *Norma aplicable:* Se debate en primer lugar si la norma aplicable al caso de autos es el artículo 65 del Código de Procedimiento Civil o el 486 del Código de Comercio. La primera de estas disposiciones se refiere al otorgamiento de poderes, la cual tratándose de poderes en el exterior, exige autenticación ante autoridad consular, prueba que aparece debidamente cumplida en el asunto de autos. Ello hace innecesario recurrir al texto del artículo 486 del Código de Comercio sobre la prueba de la existencia de la sociedad extranjera, cuando ésta tiene representante en Colombia, pues tal disposición no se ha establecido para estos casos como bien lo consideró el Tribunal.

2. *Personería adjetiva:* A folios 49 a 53 del expediente aparecen documentos debidamente protocolizados ante autoridad competente que demuestran

plenamente que el apoderado de la sociedad actora fue el mismo que actuó en el trámite administrativo y que actúa en este caso como representante legal de la actora. Igualmente a folios 12 y siguientes (tinta azul) ó 18 y siguientes (tinta) roja) del cuaderno de antecedentes administrativos se encuentra similar documentación que, inexplicablemente, fue ignorada por la administración.

De lo anterior se desprende que la actuación del Tribunal sobre este punto fue correcta.

2. Aplicación de la tarifa del 20% sobre el valor de los dividendos distribuidos y no la del 40% que aplicó la administración.

Sobre este aspecto de la litis el tribunal hizo las siguientes consideraciones:

"Establece el artículo 69 del Decreto 2247 de 1974 como regla general que los dividendos recibidos por sociedades extranjeras, sin domicilio en Colombia, se gravan a la tarifa del 20%.

"Y que la tarifa será del 40% cuando concurran estas dos circunstancias (obsérvese que se emplea la conjunción copulativa "y" que sirve para unir las palabras o cláusulas en una oración):

"1. Que en el país de origen de la sociedad extranjera se graven los dividendos con una tarifa inferior al 30% (aspecto tarifario).

"Al hallarse gravados los dividendos en su país de origen con una tarifa superior al 30%, la sociedad extranjera tiene un estímulo para invertir en Colombia, pues, los dividendos estarían gravados en este país al 20%.

"Si la tarifa, por el contrario, con que se gravan los dividendos en el extranjero es inferior al 30%, no sería Colombia un refugio fiscal para que la sociedad extranjera invirtiera en este país, y, si de todos modos, decide hacerlo, la tarifa es del 40%.

"2. Que más del 25% del valor total de las acciones o derechos sociales en la sociedad extranjera, pertenezca a personas nacionales colombianas o residentes en Colombia, (aspecto de propiedad de las acciones).

"Al establecer el tope del 25%, en cuanto respecta a la propiedad de las acciones o derechos sociales de la sociedad extranjera, por parte de personas naturales colombianas o extranjeras residentes en el país, para determinar las tarifas aplicables, esto es, la del 20% si no se sobrepasa aquel porcentaje y del 40% si ello ocurre, quiso el legislador evitar que tales personas se vayan al exterior a constituir sociedades que luego sean inversionistas en Colombia y pretender así beneficiarse de tarifas inferiores a las de las sociedades anónimas, que es del 40%.

"A su vez el artículo 70 del Decreto 2247 de 1974, que guarda la debida armonía y correlación con el artículo 69, prescribe que la sociedad colombiana que pague o abone en cuenta dividendos a la sociedad extranjera retendrá, como norma general, a título de impuestos sobre la renta, el 40%.

"Pero en cambio, retendrá a la tarifa del 20%, si la sociedad extranjera le demuestra que no encuentra en *una* de las dos circunstancias antes vistas que

la haría acreedora a la tarifa del 40%, a saber: Que en su país de origen los dividendos tributan a más del 30% (aspecto tarifario), o que sus dueños son en más del 75% personas naturales extranjeras no residentes en Colombia. (Aspecto de propiedad de las acciones).

"Y que sea necesario acreditar uno de los dos requisitos, según lo previene el artículo 70 del Decreto 2247 de 1974, concuerda muy bien con el artículo 69 ibídem, dentro de una correcta técnica legislativa. Pues, si esta última norma exige para gravar los dividendos al 40% que concurran los dos requisitos (aspecto tarifario y aspecto de propiedad de las acciones), bastará entonces, como lo contempla el artículo 70 ibídem, que se demuestre por la sociedad extranjera que no se encuentra por lo menos dentro de uno de ellos, para que se destruya dicha *concurrencia*, y por ello, pase a ser gravada con la tarifa general del 20% del artículo 69".

"Yendo ahora al análisis de las pruebas de la vía gubernativa acerca de los requisitos en cuestión, encuentra la Sala lo siguiente:

"Según certificado de 20 de diciembre de 1976 la sociedad GTE. International Incorporated obrante a folio 18, la Sociedad General Telephone & Electronics Corporation posee el 100% del capital social de GTE. International Incorporated y ésta, a su vez, es propietaria del 100% del capital social de GTE de Colombia S.A.

"A su vez el representante legal de la Sociedad General Telephone & Electronics Corporation, constituida de acuerdo con las leyes de New York, U.S.A., certifica que más del 75% de las acciones de tal sociedad en 31 de diciembre de 1975 pertenecían directa o indirectamente a personas naturales no colombianas y residentes fuera de Colombia (folio 19).

"Asigna la Sala mérito probatorio a este documento y con ello se demuestra una de las exigencias del artículo 70 del Decreto 2247 de 1974, que conduce a la aplicación de la tarifa general del 20%, como habrá de reconocerse en este fallo.

"Prospera el cargo".

De esta posición salvó voto la magistrada Miren de la Lombana de Magyaroff, quien sostuvo:

"Con el mayor respeto la suscrita Magistrada se aparta de la decisión mayoritaria de la Sala según la cual para aplicar la tarifa preferencial del 20% que deben pagar por concepto de impuesto sobre la renta las Sociedades extranjeras beneficiarias de dividendos, deben cumplir con una de las condiciones de que trata el Art. 69 del Decreto 2247 de 1974.

"En mi parecer para el estudio del presente caso deben dejarse de lado dos aspectos a saber:

"a) El estudio del Art. 70 del Decreto 2247 de 1974 que regula un caso distinto al sub-judice, el del retenedor cuyo análisis solo sería pertinente si la demandante tuviera tal calidad. Por tal razón me limitaré a exponer los reparos a la decisión mayoritaria en relación con el artículo aplicable al caso controvertido, es decir, el Art. 69 del Decreto 2247 de 1974, guardando la

interpretación personal del artículo 70 del mismo estatuto para cuando se estudie un caso de esa naturaleza.

"b) El aspecto de conveniencia de que sea una condición o las dos las requeridas para la aplicación de la tarifa preferencial es un punto que no puede servir de base para la decisión en este caso concreto. Ese es un punto que es más bien la consecuencia del estudio: Para quien considera que se debe cumplir con una condición concluirá que el legislador no pretendió ser tan estricto, por múltiples razones. Para quien estima que deben llenarse los dos requisitos la conclusión será que el legislador debía ser drástico si lo que pretendía era conceder el beneficio de una tarifa preferencial. Se observa entonces que aunque la conveniencia o el espíritu del legislador puede ser en muchos casos una base para interpretar una norma, en este caso no lo es por resultar equívoco.

"En este orden de ideas el único criterio de interpretación debe ser en el presente caso el análisis de la norma pertinente.

"Dice el Art. 69 del Decreto 2247 de 1974: "La tarifa del impuesto sobre la renta correspondiente a dividendos percibidos por sociedades u otras entidades extranjeras, es del veinte por ciento (20%). Cuando en el país bajo cuyas leyes se constituyó la sociedad extranjera los dividendos estén gravados con una tarifa inferior al treinta por ciento (30%), y cuando más del veinticinco por ciento (25%) del valor total de las acciones o derechos sociales en la sociedad beneficiaria de dividendos perteneciere a personas naturales colombianas, o extranjeras residentes en Colombia, la tarifa es del cuarenta por ciento (40%).

"De la anterior transcripción se deduce que el legislador de 1974 estableció que los dividendos percibidos por sociedades extranjeras están gravados a la tarifa del 20% o del 40% en la siguiente forma:

"1. Tributan a la tarifa del 20% las sociedades que demuestren que en su caso particular se cumplen los siguientes requisitos:

"a) Que en el país en el cual se constituyó la Sociedad los dividendos están gravados con una tarifa igual o superior al 30%.

"b) Que menos del 25% del capital de la Sociedad beneficiaria de los dividendos pertenece a personas naturales colombianas o extranjeras residentes en Colombia.

"2. Tributan a la tarifa del 40% aquellas sociedades que no demuestren los requisitos anteriores.

"Como consecuencia de lo anterior para que a una sociedad que perciba dividendos, le sean gravados éstos a la tarifa del 20% debe demostrar las dos circunstancias que lo hacen acreedor a tal beneficio".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El artículo 69 del Decreto Legislativo 2247 de 1974 establece:

"La tarifa del impuesto sobre la renta correspondiente a dividendos percibidos por sociedades u otras entidades extranjeras, es del veinte por ciento

(20%). Cuando en el país bajo cuyas leyes se constituyó la sociedad extranjera los dividendos estén gravados con una tarifa inferior al treinta por ciento (30%), y cuando más del veinticinco por ciento (25%) del valor total de las acciones o derechos sociales en la sociedad beneficiaria de dividendos perteneciere a personas naturales colombianas o extranjeras residentes en Colombia, la tarifa es del cuarenta por ciento (40%).

El artículo 70 del mismo decreto prescribe:

"Las sociedades colombianas que paguen o abonen en cuenta dividendos a sociedades u otras entidades extranjeras sin domicilio en el país, deberán retener el impuesto sobre la renta a la tarifa del cuarenta por ciento (40%), a menos que la sociedad beneficiaria de los dividendos les demuestre que en su país de origen tales dividendos están gravados con una tarifa no inferior al treinta por ciento (30%), o que más del setenta y cinco por ciento (75%) del valor total de las acciones o derechos sociales en dicha beneficiaria, pertenece, directamente o a través de otras sociedades a personas naturales extranjeras no residentes en Colombia. En este último evento la retención se hará a la tarifa del veinte por ciento (20%), pero la sociedad retenedora acompañará a su declaración de renta la copia auténtica del documento mediante el cual se le demostró la ocurrencia de las circunstancias que dan derecho a gozar de la tarifa preferencial del veinte por ciento (20%)".

Del tenor de estas disposiciones legales se colige que la tarifa del impuesto de renta aplicable a dividendos recibidos por sociedades u otras entidades extranjeras es como sigue:

1. *Tarifa General.*

La tarifa aplicable a tales dividendos es del 20%.

2. *Tarifa Excepcional.*

Se aplica la tarifa del 40% a los dividendos percibidos por Sociedades u otras entidades extranjeras, cuando se cumplan los dos requisitos siguientes:

a) Que en el país bajo cuyas leyes se constituyó la sociedad extranjera, los dividendos estén gravados con una tarifa inferior al 30%.

b) Que más del 25% del valor total de las acciones o derechos sociales en la sociedad beneficiaria de los dividendos, pertenezca a personas naturales colombianas o extranjeras residentes en Colombia.

Busca esta provisión castigar con una tarifa mayor, la del 40%, a los residentes en Colombia que participen en la constitución de sociedades en los denominados "Paraísos Fiscales" buscando beneficiarse de las prerrogativas tributarias a través de la fuga de capitales.

Igualmente las disposiciones transcritas consagran una *retención en la fuente* sobre dividendos obtenidos por sociedades extranjeras sin domicilio en el país, así:

1. *Tarifa General:*

En el caso antes analizado, y en concordancia con la interpretación anterior, la retención en la fuente será del 20% si la sociedad beneficiaria de los dividendos prueba a la sociedad colombiana retenedora, *alguna* de las circunstancias que se anotan a continuación:

a) Que en el país de origen, tales dividendos estén gravados con una tarifa del 30% o más.

b) Que más del 75% del valor total de las acciones o derechos sociales en la beneficiaria pertenezca directa o indirectamente a personas naturales o extranjeras no residentes en Colombia.

2. *Tarifa Excepcional:*

Si la entidad beneficiaria no prueba ninguno de los hechos antes anotado, la retención es del 40%.

Una comparación cuidadosa de las dos disposiciones anteriores demuestra como tanto el artículo 69 como el artículo 70 del Decreto 2247 de 1974 son coherentes entre sí.

La tarifa excepcional del 40% sólo se aplica cuando se dan simultáneamente los siguientes dos hechos:

1. Que en el país bajo cuyas leyes se constituyó la sociedad extranjera los dividendos estén gravados con una tarifa inferior al 30%.

Y (se subraya la conjunción *copulativa*).

2. Que más del 25% del valor total de las acciones o derechos sociales en la sociedad beneficiaria de los dividendos, pertenezca a personas naturales colombianas o extranjeras residentes en Colombia.

Paralelo a esta situación el artículo 70 del Decreto 2247 de 1974 establece que la tarifa del 20% se aplica si el contribuyente demuestra una cualquiera de dos circunstancias:

1. Que en el país de origen la sociedad paga el 30% o más sobre los dividendos recibidos.

O (se subraya la conjunción *disyuntiva*).

2. Que más del 75% del capital de la empresa pertenece a personas extranjeras residentes en Colombia.

Es decir las condiciones del artículo 70 en forma disyuntiva indican que el contribuyente debe probar una cualquiera de estas dos condiciones (opuestas en su tenor a las establecidas por el artículo 69) para beneficiarse con la tarifa reducida. Ello es lógico porque si la tarifa excepcional del 40% solo se da cuando en forma copulativa concurren las dos condiciones del artículo 69, basta conque solo una de ellas se dé para que se aplique la tarifa reducida del 20%.

El tribunal actuó en forma correcta. Su decisión está pues ajustada a derecho y a los elementos fácticos del expediente.

La Sala acoge la decisión del Tribunal.

En consecuencia 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 consultada.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Gustavo Humberto Rodríguez, Bernardo Ortiz Amaya, Carmelo Martínez Conn, Enrique Low Murtra.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE RENTA. PERDIDAS. CLASIFICACION. Pérdidas de capital y de operación. Las de capital pueden ocurrir bien sobre bienes destinados a negocios o actividades productoras de renta gravable o bien sobre otros bienes no destinados a la actividad productora de renta. Decreto 2053/74. Art. 62. Pérdidas deducibles.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Bogotá, D.E., cuatro de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Enrique Low Murtra**

Demandante: **Belmonte Limitada.**

Referencia: Radicación 10.116. Consulta de la sentencia del Tribunal del Valle sobre impuestos de renta por el año de 1975.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca ordenó revisar la operación administrativa de liquidación del impuesto de renta y complementarios a cargo de la sociedad Belmonte Ltda. por el año gravable de 1975 y practicó nueva liquidación a cargo de la actora. La sentencia del Tribunal, producida con ocasión del juicio de impuestos incoado por la actora, ha sido sometida a grado de consulta ante esta Corporación.

Los puntos centrales de la contienda son dos: a) la no aceptación por parte de la administración de unas pérdidas sufridas por la demandante y b) la no

aceptación por la misma, de los gastos de prima de vacaciones y bonificaciones. El Tribunal consideró que las pérdidas sí eran deducibles, no así los gastos de primas de vacaciones y bonificaciones. Como la sentencia del Tribunal viene a esta Sala en grado de consulta, ésta solo se ocupará del primer punto pues bien es sabido que la consulta en estos casos se surte en beneficio del tesoro público.

Al aceptar el punto dijo el Tribunal:

"Sobre este aspecto alega el libelista que al desestimar dicha pérdida, los funcionarios de impuestos violaron el artículo 18 del Decreto 2053 de 1974, norma que es del siguiente tenor: "la renta bruta o la pérdida proveniente de la enajenación de activos a cualquier título está constituida por la diferencia entre el precio de enajenación y el costo del activo o activos enajenados". "Y agrega que "en relación con la norma anteriormente transcrita, se comprende que la pérdida solicitada por valor de $1.229.600.oo sufrida en la enajenación del aporte en la sociedad Promotora Occidental Ltda., es el resultado de una actividad propia de la sociedad, realizada dentro del giro ordinario de sus negocios".

"Demuestra la sociedad actora el hecho de que por medio de la Escritura Pública No. 7694 del 12 de diciembre de 1975, la Sociedad Belmonte Ltda. ingresó como socia de Promotora Occidental Ltda. con un aporte de $3.500.000.oo y que posteriormente, el 26 de diciembre del mismo año, enajenó los mismos derechos sociales por $2.200.400.oo, sufriendo por tanto una pérdida en la negociación por $1.299.600.oo.

"En la discusión de los recursos por la vía gubernativa, la sociedad alegó que se trataba de una pérdida originada en la enajenación de un activo movible, pues los derechos enajenados solo estuvieron en su poder escasos 14 días.

"Si el giro ordinario de los negocios de la contribuyente no es la enajenación de cuotas o partes de interés en sociedades comerciales, la adquisición que ésta haga de las mismas debe ubicarse dentro de la clasificación de activos fijos.

"La calidad de activo fijo se establece según el artículo 20 del Decreto 2053 de 1974. Pero sin que pierda tal carácter debe tenerse en cuenta que las utilidades obtenidas por personas naturales y sucesiones ilíquidas en la enajenación de tales bienes, se considera renta líquida ordinaria cuando los bienes tienen menos de dos años de posesión. En este evento dicha utilidad se sumaría a las demás rentas del contribuyente y se les aplicaría la tarifa del impuesto sobre la renta.

"En el caso de sociedades —para la vigencia en estudio— para la aplicación de la tarifa no tiene importancia la calificación de fijo o movible del activo, pues la tasa es igual; pero sí importa para el tratamiento de la participación a socios. Se concluye que la utilidad obtenida por las sociedades en esta clase de activos, se considera como renta líquida ordinaria y para el caso controvertido se tiene como una pérdida operacional.

"En un caso similar al que se está estudiando el H. Consejo de Estado se pronunció el día 19 de febrero de 1982: "...El Tribunal aceptó la deducción propuesta con fundamento en las siguientes consideraciones: 'El concepto que

expuso la Resolución No. 00901-H del 9 de abril de 1980 por considerar que no estando las sociedades anónimas o asimiladas sometidas al impuesto de ganancia ocasional, la pérdida debía tratarse como una pérdida de operación, es conforme con la realidad jurídica de la transacción en cuanto no ha sido desconocida por parte de los funcionarios administrativos la negociación misma, ni el precio de venta o el costo de los activos enajenados. "De otra parte al desaparecer con la reforma tributaria del año 1974 el tratamiento de rentas exentas que se daba a la utilidad obtenida en la venta de activos fijos y recibir el tratamiento de rentas ordinarias en el caso de sociedades anónimas, la pérdida que en esta clase de operaciones se obtenga adquirió a contrario sensu el carácter de deducible...".

"La Sala comparte la actuación del a-quo al aceptar la deducción propuesta calificada como una pérdida operacional pues según el artículo 84 del Decreto 187 de 1975 es facultativo para las sociedades anónimas u otras sociedades sometidas a la vigilancia del Estado deducirla en el año si la renta lo permite ò tratarla como amortizable dentro de los cinco años...

"En el caso sub-judice la sociedad podía proponer la deducción de $1.200.000.oo sobre pérdida en venta de acciones toda vez que su reconocimiento no afectó en ninguna forma la renta presuntiva (Consejero ponente: Dr. Bernardo Ortiz Amaya. Actor: Sociedad Auto Mac Ltda. Expediente 8214)" 10.9.58.

"De acuerdo con los razonamientos expuestos se acepta la pérdida en venta de activos fijos por valor de $1.299.600.oo".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Está demostrado en autos que la sociedad, actora, Belmonte Limitada, ingresó como socia de Promotora Occidental Limitada el 12 de diciembre de 1975. (Escritura Pública 7.694 Notaría 2a. del Círculo de Cali) con un aporte de $3.000.000. También aparece demostrado en autos que el día 26 del mismo mes y año la compañía enajenó los mismos derechos sociales por la cantidad de $2.200.400 (Escritura Pública 7.957 de la misma notaría). Por ello alega una pérdida que, en su sentir, es deducible por cuantía de $1.299.000.

La Administración denegó el carácter de deducible de esta pérdida arguyendo que la pérdida alegada no tenía el carácter de ocasional (en contraste con la ganancia ocasional) porque el bien objeto de la enajenación no había estado en poder del contribuyente por el mínimo de dos años, ni tampoco podía considerarse pérdida operacional pues la sociedad no tiene como objeto propio del giro de sus negocios, el comprar y vender cuotas o derechos sociales. Tampoco cabe alegar la deducción por pérdidas producidas por bienes usados en el negocio o actividad productora de renta porque tal pérdida ocurre solo por fuerza mayor.

Los autores clasifican las pérdidas en dos grandes grupos: las de capital y las de operación. Las primeras surgen de la destrucción, naufragio, roturas, incendio, inutilidad, muerte, etc... de los bienes de un contribuyente. Las segundas provienen del exceso de los gastos de un negocio sobre los ingresos brutos. Las pérdidas de capital pueden ocurrir bien sobre bienes destinados a negocios o actividades productoras de renta gravable o bien sobre otros bienes

no destinados a la actividad productora de renta. Al tenor del artículo 62 del Decreto 2053 de 1974 se deducen las pérdidas de capital acaecidas sobre bienes usados en el negocio o actividad productora de renta ocurridas por fuerza mayor. No así las pérdidas en activos no productores de renta.

Cabe observar en primer lugar que el artículo 18 del mismo Decreto 2053 de 1974 no acepta como deducción la pérdida ocurrida en la enajenación de activos pues tal norma se limita a definir qué es la pérdida de la enajenación de activos, y no entra a definir si ella es o no deducible tributariamente.

Tampoco es del caso hablar de una pérdida operacional pues en el caso de autos no se trata de pérdidas en el negocio de la actora.

Finalmente, tampoco es del caso tratar la pérdida con el carácter de ocasional pues el activo no estuvo en posesión de la actora sino por un término de catorce días.

Además, no parece aplicable al caso sub-lite la doctrina establecida por esta misma Sala en el expediente al que se refiere el a-quo, pues al revisar la sentencia de esta Corporación de febrero 19 de 1982 se lee claramente que ella se refiere a "pérdidas de operación", lo que no ocurre en este caso, pues como bien lo observó la administración, la sociedad actora no tuvo pérdida por una operación de compra y venta de activos movilizados, sino por una modificación en el precio de su aporte en una tercera sociedad.

Por lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la sección cuarta de su Sala de lo contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA:

Revócase la sentencia consultada; en su lugar niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Gustavo Humberto Rodríguez, Bernardo Ortiz Amaya, Carmelo Martínez Conn, Enrique Low Murtra.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTOS. EXENCION TRIBUTARIA. (Ley 37/69). Para dilucidar el alcance de esa disposición sirven dos ámbitos, a saber: uno contable y otro fiscal.

ACCIONES. SUSCRIPCION. ADQUISICION.

1. El artículo 384 del C. de Co. determina que la suscripción de acciones es un contrato mediante el cual una persona se obliga a pagar a la sociedad un aporte y este a su vez se obliga a reconocerle la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente.

2. Adquisición de acciones por sociedades anónimas. Art. 386 C. Co.

3. "Principio del costo ¿en qué consiste?

4. La compra de acciones de la misma compañía debe efectuarse con utilidades líquidas, porque de otra forma se afectaría la garantía de terceros como quiera que se desminuiría el capital social.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Bogotá, D.E., veinticuatro de junio de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Enrique Low Murtra**

Demandante: **Amoniaco del Caribe S.A.**

Referencia: Radicación 10.501. Consulta de la sentencia del Tribunal de Cundinamarca sobre impuestos de renta por el año de 1973.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las súplicas de la demanda en el juicio de revisión de la operación administrativa de liquidación del impuesto de renta y complementarios a cargo de la sociedad Amoniaco del Caribe S.A. por el año gravable de 1973. La sentencia del Tribunal ha venido en grado de consulta a esta Corporación.

EL ASUNTO MATERIA DE CONTROVERSIA

La cuestión debatida en este proceso consiste en determinar si las acciones propias readquiridas por la sociedad actora debían incluirse dentro de los activos patrimoniales por el precio de adquisición de $50'286.599 y no por el valor fiscal de $202'197.366, tal como lo hizo en su oportunidad la sociedad en la vigencia fiscal discutida. El punto tiene importancia porque esta valuación del patrimonio afecta el derecho que tiene el actor de recibir los beneficios consagrados por la ley para las rentas provenientes de la industria básica.

De conformidad con la Ley 37 de 1969 el beneficio de la exención quedó limitado a las empresas que tuvieren una rentabilidad inferior al 8% anual. Como la tasa de rentabilidad a que se refiere la ley resulta de comparar el monto de la renta con el del patrimonio, si éste se estima a un precio menor que otro, la tasa de rentabilidad se afecta y la exención también.

La administración no acogió el precio comercial de las acciones readquiridas por la sociedad para determinar su activo patrimonial, sino que las tomó por su valor de adquisición, con base en que son acciones que no se cotizan, ni compran ni venden en bolsa, sino que se retiran del mercado, no están sujetas a las fluctuaciones de la oferta y demanda, sobre todo si se considera que fueron readquiridas por la propia empresa contribuyente.

Dice el actor al respecto:

"Estimo que las acciones propias readquiridas por la compañía demandante debían declararse por su valor fiscal y no por el de adquisición, porque así lo disponen claramente los artículos 63 de la Ley 81 de 1960, 204 y 205, ordinal 6, del Decreto 437 de 1961, sustituido este último por el artículo 1o. del Decreto 2147 de 1969".

Y luego añade:

"El transcrito artículo 204 prescribe, como principio general, que para efectos patrimoniales el valor de los bienes o derechos estará constituido por su precio de costo o adquisición, *salvo las normas especiales establecidas en el artículo siguiente.* Y resulta que el artículo 205 establece que el valor de las acciones se determina por su precio en bolsa en el último día del año gravable o por el que para el respectivo año gravable fija la Dirección General de Impuestos Nacionales con base en los informes de las Superintendencias Bancarias o de Sociedades Anónimas, en la declaración de renta del respectivo año gravable o en los últimos balances, y no por el precio de costo o adquisición, como afirman las oficinas de impuestos.

"Como en el caso de que se trata las acciones de la compañía no se cotizan en bolsa, se declararon por su valor intrínseco o real, fijado por la Dirección General de Impuestos Nacionales con base en los informes de la Superintendencia de Sociedades, de la declaración de renta y de los balances, de conformidad con lo previsto en el artículo 205 citado.

"Adicionalmente se informa que la Superintendencia de Sociedades, en carta a la matriz de la compañía fechada el 27 de septiembre de 1974, AC/12696, de la cual se acompaña fotocopia autenticada, hizo la siguiente observación:

" .....

"3a. Mediante Resolución No. 0147 E del 18 de diciembre de 1973, la Dirección General de Impuestos Nacionales, fijó para las acciones de "Amoniaco del Caribe S.A.", un precio unitario de $1.062.00 y no de $410.28 como ustedes lo anotan en el Anexo No. 2. Sírvanse, por tanto, hacer los ajustes correspondientes y enviar copia de los comprobantes de contabilidad que sobre el particular se produzcan".

"Y sobre las otras afirmaciones de las oficinas de impuestos, se hacen las siguientes precisiones:

"a) No es cierto que la readquisición de acciones propias tuviera como fin valorizar las acciones de la compañía en poder de terceros. Dicho fenómeno sucede cuando las acciones se cancelan, evento que no ocurrió en el presente caso, pues las acciones forman parte de los activos patrimoniales declarados. Al efecto, el artículo 417 del Código de Comercio dice:

"Artículo 417. Con las acciones adquiridas en la forma prescrita en el artículo 396 podrá tomar la sociedad las siguientes medidas:

"1a. Enajenarlas y distribuir su precio como una utilidad, si no se ha pactado en el contrato u ordenado por la Asamblea una reserva especial para la adquisición de acciones, pues en este caso se llevará el valor a dicha reserva.

"2a. Distribuirlas entre los accionistas en forma de dividendo.

"3a. *Cancelarlas y aumentar proporcionalmente el valor de las demás acciones, mediante una reforma del contrato social;* (subraya el actor).

"4a. Cancelarlas y disminuir el capital hasta concurrencia de su valor nominal, y

"5a. Destinarlas a fines de beneficencia, recompensas o premios especiales.

" .....

"b) No es cierto que se haya alterado la ley de la oferta y la demanda que regula el precio comercial porque en el caso de que se trata las acciones no se cotizan en bolsa. Su precio para efectos fiscales no es el comercial de bolsa, que no existe, sino el intrínseco o real que fija la Dirección General de Impuestos Nacionales con base en los mencionados informes de la Superintendencia de Sociedades, de la declaración de renta y de los últimos balances. En este caso, se repite, no juega la ley de la oferta y la demanda para establecer el precio de las acciones.

"Ahora bien, las acciones readquiridas, de conformidad con los artículos 396, 385 y 386 del Código de Comercio se enajenan en la forma indicada para la colocación de acciones en reserva, colocación que se hace de acuerdo con el reglamento de suscripción, el cual contendrá, según el numeral 3o. del citado artículo 386, "el precio a que sean ofrecidas, *que no será inferior al nominal"* (Subraya el actor).

"O sea que las acciones pueden enajenarse por un precio superior al nominal, caso en el cual se obtiene una prima de colocación de acciones.

"De lo anterior también se desprende que el criterio de las oficinas de impuestos de tomar como valor de las acciones el precio de adquisición no resulta correcto, porque cuando la ley establece un porcentaje de rentabilidad necesariamente se está refiriendo a utilidades producidas por un patrimonio, según el valor real o intrínseco de éste, que para el efecto es el patrimonio líquido establecido según las normas fiscales que rigen para el efecto, según lo establece el artículo 5o. de la Ley 37 de 1969 anteriormente transcrito, por lo que si se acepta que fiscalmente las acciones de que se trata tenían determinado valor, la sociedad tenía la posibilidad de enajenarlas por dicho precio y entonces hubiera figurado dentro de su activo el valor correspondiente a su equivalencia comercial que, por esta razón, es el que debe tenerse en cuenta para calcular la rentabilidad anual, como lo hizo la compañía en su declaración de renta y patrimonio, en forma legalmente correcta y que debió ser aceptada por los funcionarios de impuestos".

FALLO DEL TRIBUNAL

El Tribunal acogió el punto de vista del actor y rectificó la actuación administrativa con base en tres razones: 1) porque la administración no sus-

tentó su posición en disposiciones jurídicas como sí las presenta el actor; 2) porque la sociedad procedió correctamente dando aplicación a lo dispuesto por el artículo 63 de la Ley 81 de 1960 en concordancia con los artículos 204 y 205 del Decreto 437 de 1961, los cuales establecen que el valor de las acciones que no se cotizan en bolsa será el que fija la Dirección General de Impuestos Nacionales con base en los informes que le dé la Superintendencia de Sociedades. En el caso de autos ésta informó que las acciones tendrían un precio de $1.062 cada una (folio 16 del expediente). 3) porque la readquisición de acciones pudo tener como fin uno distinto a la valorización de las acciones de la compañía; ello se desprende del texto del Decreto 417 del Código de Comercio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Cuando la Ley 37 de 1969 determinó la exención tributaria en asocio con la tasa de rentabilidad y cuando ligó este concepto con la relación que existe entre las utilidades y el patrimonio de la empresa, estableció que debía tenerse en cuenta una apreciación económica real de cada sociedad. Al efecto dos ámbitos analíticos sirven para dilucidar el alcance de estas disposiciones: uno contable y otro fiscal.

En el ámbito contable hubo una evolución conceptual muy importante en la Superintendencia de Sociedades. Cuando la empresa actora solicitó en 1973 concepto sobre el modo de contabilizar la readquisición de sus propias acciones ésta conceptuó que como las acciones se readquirieron por un sobreprecio la forma correcta de su contabilización es registrándolas por su valor nominal y la diferencia cargándola a reserva para readquisición de acciones propias. Así parece haber operado la empresa en su registro contable: En el balance de 1972 la sociedad actora contabilizó en el pasivo con cargo a pérdidas y ganancias una partida por $50.286.599 que denominó reserva para readquisición de acciones propias y en el activo las acciones propias readquiridas por su costo (190.393 acciones a $264.12 cada una). En 1973, por sugerencia de la Superintendencia de Sociedades registró las acciones readquiridas por su valor nominal (o sea a $100 cada una) y la diferencia de $31.247.299.16 la cargó a "reserva para readquisición de acciones propias". Como consecuencia de este movimiento el balance de 1973 registra en el activo, acciones propias por $19.039.300 y en el pasivo la reserva para tal fin, por el mismo valor. Al propio tiempo, en el anexo 29 (folio 164 del cuaderno de antecedentes administrativos) la sociedad ajustó el precio de las acciones propias declaradas como activos al valor fijado por la misma Dirección General de Impuestos Nacionales, registrando una valorización fiscal con relación al valor declarado el año anterior de $151.910.766.84.

Es claro que esta formulación contable no era la más apropiada como lo vino a reconocer la propia Superintendencia de Sociedades.

El artículo 384 del Código de Comercio determina que la suscripción de acciones es un contrato mediante el cual una persona se obliga a pagar a la *sociedad* un aporte y éste a su vez se obliga a reconocerle la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente.

El artículo 386 del Código de Comercio establece:

"La sociedad anónima no podrá adquirir sus propias acciones, sino por decisión de la Asamblea con voto favorable de no menos del 70% de las acciones suscritas. Para realizar estas operaciones empleará fondos tomados de las utilidades líquidas, requiriéndose, además, que dichas acciones se hallen totalmente liberadas. Mientras estas acciones pertenezcan a la sociedad, quedarán en suspenso los derechos inherentes a las mismas. O la enajenación de las acciones readquiridas se hará en la forma indicada por la colocación de acciones en reserva".

La Superintendencia de Sociedades por medio de la Circular Externa D-002/80 impartió instrucciones tendientes a precisar aspectos relacionados con la aplicación de las normas que regulan la adquisición de acciones por parte de las sociedades que las han emitido. Para que se tenga como parte de las consideraciones de este concepto, a continuación se transcribe la parte que hace relación a "aspectos contables", por cuanto que a pesar de haber sido impartida solo hasta 1980, interpreta correctamente las normas, que por estar vigentes, eran aplicables a la vigencia fiscal de la declaración estudiada.

"1. CONTABILIZACION DE LAS ACCIONES PROPIAS READQUIRIDAS

"Conforme a principios de contabilidad generalmente aceptados, debe aplicarse a las acciones propias readquiridas el "Principio del Costo". Esto quiere decir que dichas acciones deben contabilizarse con cargo a la cuenta "Acciones propias readquiridas", por el valor de pago efectivo para su adquisición, sin tener en cuenta su valor nominal.

"Lo anterior implica que sobre las mismas no se contabiliza el efecto de valorización o desvalorización que pudiera ocurrir, por cuanto que estas acciones tampoco deben considerarse como inversión. Solo representan el valor de acciones suscritas, retiradas de la circulación. Por lo mismo, no participan de la distribución de dividendos, ni hacen parte del quorum para deliberar y decidir, como ya se indicó.

"2. PRESENTACION EN LOS ESTADOS FINANCIEROS:

2.1. *Con destino a la Asamblea General de Accionistas.*

"Habida consideración de que dichas acciones deben estar totalmente liberadas y solo pueden readquirirse con fondos tomados de las utilidades líquidas, su presentación debe hacerse en el Superávit ganado, como factor de resta de la reserva que previamente ha debido constituirse para tal fin.

"Dicha presentación sería:

"Reserva para readquisición de acciones	XXX
"Menos: acciones propias readquiridas	XXX

"A la vez, en nota a los estados financieros, se rendirá toda la información relacionada con las acciones readquiridas, la cual deberá contener, como mínimo, lo siguiente:

"2.1.1. Cantidad de acciones propia readquiridas.

"2.1.2. Manifestación expresa de que todos los derechos inherentes a las acciones readquiridas quedan en suspenso.

"2.1.3. Igualmente, deberán excluirse para efectos de determinar el valor intrínseco de las acciones".

Ciertamente que el aspecto contable es discutible y puede llevar a controversias fundamentales. No obstante, el análisis fiscal es el más importante, pues, independientemente de las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Sociedades sobre la forma de contabilizarse las acciones propias readquiridas, habrá de decidirse si dichas acciones fiscalmente constituyen para la sociedad un activo o patrimonio bruto. Para tal fin se estudiarán los dos elementos que lo determinan, según el artículo 61 de la Ley 81 de 1960: que sean *derechos apreciables en dinero* y que sean *poseídos dentro del país.*

El artículo 62 de la misma ley establece que, son derechos apreciables en dinero, los derechos reales y personales *en cuanto sean susceptibles de ser utilizados en cualquier forma para la obtención de una renta;* y el 70 ibídem, que la posesión consiste *en el aprovechamiento económico real de cualquier bien en beneficio del contribuyente.*

Ahora bien: por una parte, como ya se anotó, la compra de acciones de la misma compañía debe efectuarse con utilidades líquidas, porque de otra forma se afectaría la garantía de terceros, como quiera que se disminuirá el capital social. Como entre nosotros no acaece esa forma de disminución del capital, ni el fenómeno jurídico de la confusión, por expresa prohibición de la ley, con utilidades se constituye la "Reserva para readquisición de acciones propias" la cual debe permanecer congelada, por el costo de éstas, para asegurar la integridad del capital. Este estado de congelación en que se colocan las acciones readquiridas, hace que no sean "susceptibles de ser utilizadas en cualquier forma para la obtención de renta", (inclusive la colocación de esas acciones en el mercado genera un ingreso no constitutivo de renta gravable, aún en el caso en que se haga por valor superior al precio de adquisición, pues esa diferencia de precios es lo que se denomina "prima de colocación de acciones").

Por otra parte, la sociedad no puede considerarse con la posesión económica de las acciones referidas porque no existe un aprovechamiento económico real de ellas. Como aparece en la exposición de motivos de la Ley 81 de 1960, el inciso 1o. del artículo 70, define qué debe entenderse por posesión para efectos fiscales, circunscribiéndose exclusivamente el aprovechamiento económico, sin consideración al mero título de derecho. Este concepto forma parte de la doctrina impositiva desde cuando lo estableció la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 26 de julio de 1940. Por esta razón, mientras pertenezcan las acciones a la sociedad y no se adopte con ellas alguna de las medidas señaladas en el artículo 417 del Código de Comercio los derechos inherentes a las mismas, quedan en suspenso y en consecuencia no participan en la distribución de dividendos.

Así como no puede hacer parte integrante del patrimonio que genera utilidades, el capital debido, (como lo es el capital por suscribir o el saldo a

cargo de accionistas por suscripción de acciones), de la misma manera, la reserva ya afectada con el valor de compra de las acciones propias, no puede tenerse como parte del patrimonio de la sociedad.

Así, para efectos fiscales, en el caso de compra de acciones de la misma empresa, su costo debe mostrarse en la declaración de renta como un factor de disminución de la cuenta de reserva, precisamente constituida con antelación para ese fin, y no como un activo.

Con todo lo anterior se precisa, que el régimen contable y fiscal para acciones readquiridas por las sociedades que las han emitido, implica que sobre las mismas no opera el efecto de valorización o desvalorización, por cuanto que estas acciones no pueden considerarse como inversión.

En consecuencia el Consejo de Estado por medio de la sección cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Revócase la sentencia consultada y en su lugar se niegan las súplicas de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Bernardo Ortiz Amaya, Carmelo Martínez Conn, Gustavo Humberto Rodríguez, (ausente); **Enrique Low Murtra.**

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

Título VIII

Juicios de Jurisdicción Coactiva

SUSPENSION DEL PROCESO. El C.C.A. no contiene norma alguna en relación con la suspensión del proceso, por lo cual son aplicables las del procedimiento civil; pero ninguno de los eventos previstos en la legislación procesal civil se identifican ni remotamente con el de la REVOCACION DIRECTA.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Bogotá, D.E., veintinueve de abril de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Carmelo Martínez Conn**

Actor: **La Nación C/ San José de Nima Ltda.**

Referencia: Expediente número 9.525. Jurisdicción coactiva. Apelación auto Administración de Impuestos Nacionales de Palmira

El apoderado judicial de la Sociedad San José de Nima Ltda., apeló en memorial de 30 de abril del año próximo pasado (F. 152) del auto de 23 de abril de 1982 (F. 147/149) proferido por la Sección de Cobranzas de la Administración de Impuestos Nacionales de Palmira, (Valle), por el cual le reconoció personería para actuar como apoderado de la Sociedad ejecutada y negó la solicitud del mismo abogado para que se levantaran las medidas cautelares decretadas por ese Despacho.

Alegó el recurrente para solicitar el desembargo, la circunstancia de haber solicitado la revocatoria directa de los actos administrativos de determinación del impuesto de renta por los años 1973 a 1976, todo con fundamento en un concepto de la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales, según el cual procedía la suspensión de los procesos ejecutivos por tal causa.

Relato de la actuación.

Inicialmente se libró mandamiento de pago por la vía ejecutiva de jurisdicción coactiva contra la Sociedad San José de Nima Ltda, y a favor del Tesoro Nacional por la suma de $2.167.002.oo M/Cte. por concepto de impuestos sobre la renta, complementarios y especiales correspondientes a los años de 1969, 1970, 1973, 1974, 1975 y 1976, más la correspondiente sanción por mora y costas (F. 2 y 2 vto.).

El auto de mandamiento anterior fue modificado en atención a nueva certificación de la Administración de Impuestos Nacionales de Palmira, de fecha 9 de diciembre de 1980, en la que el total de la deuda era de $3.672.552.oo (f. 8) mediante auto de 1980 (F. 9) en el que se adicionó el auto anterior en la suma de $1.505.550.oo.

El 14 de abril de 1981, la Jefe de la Sección de Cobranzas y Ejecuciones Fiscales de la Administración de Impuestos Nacionales de Palmira (Valle), abocó el conocimiento del expediente radicado bajo el No. 1769 que contiene las diligencias ejecutivas contra San José de Nima Ltda. por los conceptos ya expresados anteriormente, por los años 1969, 1970, 1973, 1974, 1975, 1976 y 1977, por un total de $2.167.002.oo y ordenó continuar la tramitación de las diligencias ordenadas (F. 12).

En junio 9 de 1981 (F. 22) el apoderado judicial de la ejecutada acompañó fallos por los años fiscales de 1969 y 1970 y reclamos de revocatoria directa por los años de 1973, 1974, 1975 y 1977. De estos, el fallo por el año de 1969 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca declaró la ocurrencia del silencio administrativo positivo y en firme la liquidación privada (F. 24/25 vto.) y copia de la Resolución No. R03559 del 1o. de julio de 1975 proferida por la Dirección General de Impuestos Nacionales, correspondiente al año de 1970, confirmatoria de la Resolución 000352 de 19 de noviembre de 1974, proferida por la Sección de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Palmira, consultada con la oficina superior y en la que se acepta

la nulidad de la notificación por haberse enviado a una dirección distinta a la informada en la declaración de renta correspondiente al año de 1971, acto que agotó la vía administrativa; y copia de los reclamos relativos a la revocatoria directa con base en el artículo 21 del Decreto 2733 de 1959, por los años de 1977, 1975, 1974 y 1973 y fotocopia autenticada en la Notaría 1a. de Cali por el año de 1976 de la solicitud de revocatoria directa por este año.

La notificación del mandamiento de pago se efectuó el 23 de junio de 1981 (F. 47) al mismo apoderado judicial en el cual manifestó: "Cancelaré el año de 1969, el año de 1970 fallado favorablemente y los años gravables 1973, 1974, 1975, 1976 y 1977, se encuentran pendientes de revocatoria directa. Al folio siguiente (48) existe fotocopia autenticada del recibo de pago RH-756107 por ese año de 1969.

La Secretaría de la Jefatura de la Sección certifica en oficio No. DD1-0565 de 1o. de julio de 1981 que la Sociedad presentó recursos por los años de 1969, 1970 y no figuran en los libros radicadores los reclamos por los años de 1973, 1974, 1975, 1976 y 1977, al responder el oficio DR-23 02 de 29 de mayo de 1981 (F. 21).

El 13 de julio de 1981 (F. 51) el funcionario ejecutor decretó el secuestro de distintos predios de la ejecutada.

La Sección de Documentación en telegrama de 17 de julio de 1981 (F. 60) informa a la Sección de Cobranzas de Palmira que revisados los libros de radicación y kardex no hay constancia de recursos pendientes por los años 1973 a 1977 a nombre de la Sociedad San José de Nima Ltda. (F. 59); sin embargo a folio 60 el jefe correspondiente dice que sí se recibió un memorial de revocatoria directa por la vigencia fiscal de 1977.

Por solicitud del Jefe de Cobranzas de fecha 21 de julio de 1981 (F. 69) la Sección de Cuentas Corrientes y Caja, informa que por el año gravable de 1969 no se adeuda nada, lo mismo por el año gravable de 1970 y 1972, por el año gravable de 1973 se adeudan $170.088.oo, por el año de 1974, $1.062.970, por el año 1975, $304.434.oo, por el año gravable de 1976, $38.553.oo, por el año gravable 1977, $1.130.658.oo, para un total de $1.507.544.oo agregando que no figuran en la tarjeta los años de 1978 y 1979 (F. 71).

A folio 73 la Sección de Documentación de la Dirección General de Impuestos Nacionales informa que no existe radicado ningún reclamo por los años de 1973, 1974, 1975, 1976 y 1977.

Según el Estado de la Cuenta Corriente de 17 de agosto de 1981, la Sociedad adeuda:

Año gravable de 1970	
Saldo liq. ofi. nov. 2/72	$ 259.275.oo
Intereses a sept. 2/81	$ 606.632.oo
TOTAL	$ 865.907.oo

Año gravable de 1973:	
Saldo liq. ofic. rev. de 20-2-76	$ 170.088.oo
Intereses	$ 248.690.oo
TOTAL	$ 418.778.oo
Año gravable de 1974:	
Saldo liq. ofic. rev. de 9-5-77	$1.082.970.oo
Intereses	$1.218.300.oo
TOTAL	$2.301.270.oo
Año gravable de 1975:	
Liq. rev. marzo 23/78	$ 304.434.oo
Intereses	$ 267.111.oo
TOTAL	$ 571.545.oo
Año gravable 1976:	
Liq. priv. y reajuste liq. rev.	$ 308.434.oo
Intereses privada no cancelada	$ 242.820.oo
Intereses liq. rev. sin cancelar	$ 35.374.oo
TOTAL	$ 586.747.oo
Año gravable de 1977:	
Liq. de Aforo	$ 376.886.oo
Sanción 300%	$1.130.658.oo
Intereses mora	$ 67.832.oo
TOTAL	$1.575.376.oo

El 12 de marzo de 1982 (F. 142) el apoderado judicial de la Sociedad solicitó el desembargo de los bienes sociales aduciendo para ello como razón de derecho, un concepto emitido por la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales y suscrito por Jairo Iván Peña Ayazo (F. 148) conforme al cual la revocatoria directa conforme al Decreto 2733 de 1959 suspende el juicio ejecutivo por no ser exigibles las obligaciones y encontrarse pendiente de resolución el fallo sobre revocatoria directa por lo cual existía pleito pendiente, citando en su respaldo los artículos 488 y 97 del C. de P.C.

Por auto de 15 de abril de 1982, se adicionó el mandamiento de pago con los impuestos de renta y patrimonio correspondientes a los años de 1980 y 1981, para un gran total de $3.016.912.oo.

La solicitud de desembargo fue resuelta por auto de 23 de abril del año de 1982, negando el desembargo apartándose del criterio expuesto por la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

Para resolver, se considera:

De lo expuesto, aparece claro que la cuestión a decidir es de simple derecho, a saber, si procede la suspensión del juicio y por lo mismo el desembargo de los bienes en caso de estar pendiente de resolución una solicitud de

revocatoria directa hecha por el contribuyente con base en el artículo 21 del Decreto 2733 de 1959, norma que se transcribe a continuación:

"Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido, o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando sea manifiesta su oposición con la Constitución o con la ley;

b) Cuando no estén conformes con el interés público o social o atenten contra él, y

c) Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

El C.C.A. no contiene norma alguna en relación con la suspensión del proceso, por lo cual son aplicables las del procedimiento civil, en el cual se prevén los siguientes eventos:

a) Litis consorcio necesario e integración del contradictorio, según las voces del artículo 83 cuando el proceso verse sobre actos jurídicos que por su naturaleza o por disposición legal no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de todas las personas sujetas a tales relaciones o que intervinieron en la formación del o de los actos, caso en el cual todas deben comparecer al proceso y si no se formula demanda contra todas, el juez está facultado para ordenar su citación desde el auto admisorio, y si así no lo hiciere, puede hacerlo posteriormente de oficio o a solicitud de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia. En este caso el proceso se suspende mientras se ordena la citación.

b) Conforme al artículo 170 del C. de P.C., el proceso se suspende: 1. Cuando iniciado el proceso penal el fallo que deba dictarse en este haya de influir necesariamente en la decisión civil; se trata de una cuestión prejudicial penal; 2. Cuando la decisión que debe tomarse en la sentencia dependa de la que haya de dictarse en otro proceso, o de un acto administrativo de alcance particular cuya nulidad esté pendiente del resultado de un proceso contencioso administrativo; se trata también de una cuestión prejudicial, no penal; 3. Cuando las partes de común acuerdo lo solicitan, y finalmente, el proceso se suspende en los casos previstos en el mismo código, y, en cuanto a sus efectos, son los mismos de la interrupción, a saber, que durante la interrupción o la suspensión, los términos no corren ni podrá ejecutarse ningún acto procesal, *con excepción de las medidas urgentes y de aseguramiento* (inciso final del artículo 168) (Subraya la Sala).

Ninguno de los eventos previstos en la legislación procesal civil se identifican ni remotamente con el de la revocación directa, pues esta institución del artículo 21 del Decreto 2733 de 1969, no tiene finalidad distinta a la de la preservación del orden jurídico, es decir del mantenimiento del interés superior de la Constitución y de la ley; es por ello que no está sujeta a término procesal alguno, entre otras cosas, porque quien recurra a ella, no puede pretender revivir los términos para iniciar una acción contenciosa. Tampoco se trata en tal solicitud de un proceso, porque no hay partes propiamente dichas, como las hay en todo proceso en donde están enfrentados dos intereses con sus respectivos titulares, sino de un derecho reconocido al ciudadano en

desarrollo del artículo 45 de la Constitución Nacional. No existiendo partes ni términos ni nada que se asemeje a una controversia administrativa o judicial, mal podría la solicitud de revocatoria directa tener la virtud de paralizar un procedimiento de cobro coactivo de una deuda fiscal cuando el contribuyente tuvo todas las oportunidades que el procedimiento tributario le brinda para controvertir la decisión oficial contenida en uno o varios actos administrativos. Si se aceptara la tesis del recurrente, sería tanto como borrar en la práctica la operancia de la jurisdicción coactiva contra los contribuyentes morosos con el fisco. Así las cosas, y por no tener la solicitud de revocatoria directa de un acto administrativo el carácter de un pleito pendiente, se ve claro que no le son aplicables las normas sobre suspensión. Por lo mismo, tampoco existe pleito pendiente como lo sostiene la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

Además de lo expuesto, el artículo 22 del citado decreto expresa que la revocación podrá cumplirse en cualquier tiempo y en relación con providencias o actos ejecutoriados o que se hallen sometidos al control de los tribunales contencioso administrativos, siempre que en este último caso no se haya dictado sentencia definitiva, norma según la cual en contra de lo alegado por el recurrente, a la vez que prescribe que la revocación se puede cumplir en cualquier tiempo, le prohíbe a la administración hacer pronunciamiento cuando la jurisdicción contenciosa se hubiere pronunciado sobre el caso, todo lo cual es razón de más para concluir que la solicitud de revocación directa no puede tener la virtualidad de suspender los procesos y menos aún la de obtener el levantamiento del embargo, como pide el recurrente, y que al parecer era su verdadero objetivo, pues ya vimos que conforme al artículo 188 del C. de P.C., numeral 3o., parte final del segundo inciso, "Durante la interrupción no correrán los términos y no podrá ejecutarse ningún acto procesal, con excepción de las medidas urgentes y de aseguramiento", de suerte que aún suspendido o interrumpido un proceso, pueden tomarse las medidas urgentes y de aseguramiento, es decir, las de embargo y secuestro de bienes.

Por lo expuesto, debe mantenerse el auto recurrido. En tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

1. Confírmase el auto apelado.

2. Devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Bernardo Ortiz Amaya, Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn, Gustavo Humberto Rodríguez.

Jorge A. Torrado. T. Secretario.

PROCESO EJECUTIVO.

1. Finalidad.

2. En este proceso no cabe hacer reajuste monetario de la obligación que se cobra porque tal reajuste desvirtuaría la naturaleza propia del proceso ejecutivo.

3. Ejecución del monto. Limitación. (Artículo 491 del C.P.C.).

4. Cantidad líquida: Significado.

INFLACION. INDICES.

1. Tipos.

2. Ajustes inflacionarios en juicios ante la jurisdicción contencioso administrativa no puede hacerse extensiva al proceso ejecutivo.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. Puede solo alegarse en un proceso declarativo. Se trata de un fenómeno excepcional reconocido por la jurisprudencia dentro de juicio ordinario únicamente.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Bogotá, D.E., veintinueve de abril de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Doctor Enrique Low Murtra**

Demandante: **Fondo Vial Nacional contra Aseguradora Grancolombiana S.A.**

Referencia: Radicación 10.128. Jurisdicción Coactiva. Apelación del auto de agosto 26 de 1982, proferido por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales.

El apoderado judicial del Fondo Vial Nacional interpuso recurso de apelación contra el auto dictado por el Juez Unico de Ejecuciones Fiscales que liquidó definitivamente el crédito en el juicio que, por jurisdicción coactiva, adelanta la Nación contra la empresa Aseguradora Grancolombiana S.A.

ANTECEDENTES DEL HECHO

El Fondo Vial Nacional celebró con la sociedad "Pavimentaciones Asfálticas Ltda." el contrato número 161 de 1970, cuyo objeto era la ejecución de obras públicas en las carreteras de Puerto Salgar a Puerto Boyacá y de Alvarado a La Sierra. El contrato fue incumplido por la compañía contratista lo que motivó que la entidad contratante declarase la caducidad del contrato. En tal forma se procedió igualmente a exigir las garantías por la jurisdicción coactiva.

Según el apoderado del Fondo Vial, la Aseguradora Grancolombiana, compañía de seguros que había otorgado póliza de garantía de cumplimiento dilató innecesariamente y por un largo lapso la cancelación del monto de la obligación.

1. Solicitó al Consejo de Estado la anulación de la Resolución 4738 de 1976 que establecía obligación por $21.423.024.06 a cargo de la Aseguradora. Pasado un tiempo el Consejo denegó las súplicas de la demanda y mantuvo la validez de la resolución 4738 de 1976.

2. En este mismo proceso interpuso excepciones que fueron denegadas por la Sección Cuarta del Consejo mediante sentencia del 28 de julio de 1981.

Es decir, dice el apoderado del Fondo Vial Nacional, la Aseguradora "retardó, entonces, voluntariamente, el pago de la suma a su cargo, incluso una vez agotado el procedimiento ejecutivo por lo cual el Juzgado de Ejecuciones Fiscales hubo de requerir a la demandada para que se aviniera a satisfacer el título ejecutivo", y luego añade: "En una palabra, el pago oportuno del valor equivalente al siniestro no operó por voluntad de la ejecutada".

Al finalizar el proceso, el Juzgado Unico de Ejecuciones Fiscales estableció que la obligación fue exigible desde el 27 de diciembre de 1976. Practicada la liquidación por petición de la ejecutada, se consignó en el Banco Popular el cheque número 0274959 del Banco del Estado por la suma de $42'999.293.69. Alega el apoderado del Fondo Vial Nacional que la ejecutada demoró la cancelación de su obligación cinco años y siete meses.

Considera el recurrente que el auto de liquidación del crédito se quedó corto en cuanto al monto fijado en definitiva porque aun cuando consideró intereses no hizo el ajuste de rigor por los fenómenos inflacionarios que afectan la capacidad adquisitiva del dinero.

El Juez de Ejecuciones Fiscales denegó el ajuste solicitado arguyendo en primer término que los ajustes por "Deflactación, depreciación o devaluación", es decir, "por pérdida del poder adquisitivo de la moneda no tiene cabida en el juicio ejecutivo pues no existe, para tal proceso, normatividad expresa que lo autorice. También sostiene el señor Juez de Ejecuciones Fiscales que la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia que acepta los ajustes por pérdida del poder adquisitivo de la moneda hacen referencia a otro tipo de contiendas que generalmente conducen a sentencias declarativas o de condena, mas no a fallos de ejecución o cumplimiento. También arguye el señor Juez de Ejecuciones Fiscales que las previsiones contempladas en el auto de liquidación del crédito incorporan la liquidación de intereses.

ALEGATO DE APELACION

Al sustentar el recurso de apelación sostiene el recurrente que el interés del Fondo Vial reside en su derecho a que en el momento de liquidarse el crédito se le pague el valor real de éste, esto es, "el equivalente de la suma de dinero que representa el valor del siniestro, y que se le adeuda desde el mes de diciembre de 1976.

Para llegar a esta conclusión el recurrente utiliza varios argumentos: a) Al tenor de la ley el contrato de obras públicas es bilateral (artículo 1496 del Código Civil) y es conmutativo (1498 del código civil), lo cual quiere decir, que ambas partes se obligan y que existe cierta equivalencia en las obligaciones de una y otra; b) El incumplimiento del contratista genera en la compañía aseguradora la obligación o bien "de ejecutar las obras, o en su defecto, pagar

una suma de dinero, en cuyo monto se consideraba estaba contenido el perjuicio compensatorio derivado del incumplimiento del contrato". c) Como en el contrato se pactó fórmula matemática de revisión de precios, por alteraciones de las bases económicas del acuerdo de voluntades, o si los precios de las materias primas y manos de obra sufriesen alteraciones, esta fórmula es aplicable tanto al caso de factores que afectan al contratista como al caso del incumplimiento de éste en perjuicio del contratante. d) Alega también el libelista que el incumplimiento de una obligación genera perjuicios compensatorios y moratorios. Los primeros se deben al acreedor para indemnizarlo de la inejecución total o parcial de la obligación. Los segundos se deben al acreedor por el retardo en la ejecución. Los compensatorios deben representar tan exactamente como sea posible el daño sufrido. Por ello considera el memorialista que para captar el verdadero daño sufrido por el Fondo Vial Nacional debería ajustarse el valor del pago para corregir los efectos de la depreciación monetaria. e) Igualmente arguye el apelante que "la deuda de la Aseguradora no sustituye una deuda numeraria, o previamente pactada en dinero", sino que "es la obligación de hacer, transformada en dinero, pero dinero equivalente a dicha obligación de hacer". (Se refiere a la obligación de ejecutar la obra). Invoca el memorialista principios tales como el de la buena fe, el enriquecimiento sin causa, etc... que ha aceptado nuestra jurisprudencia y que llevarían a buscar el pago de una indemnización en valor real y no nominal.

Finalmente y como punto central de su alegato dice el recurrente:

"La oportunidad para reclamar el valor realmente debido.

"El Juzgado de Instancia, sin mayor explicación, ha decidido que no es el momento para determinar el valor real de la deuda.

"En nombre de la parte que represento, siento con todo, tener que discrepar de la posición del a quo.

"En efecto, la finalidad del juicio ejecutivo es la de liquidar sumas a cargo del demandado y utilizar el poder coactivo para transferirlas al acreedor. (Sic).

"Y que en el proceso ejecutivo es procedente practicar la liquidación del valor real del crédito, se infiere del texto legal.

"El artículo 521 del C. de P. C., prevé que "ejecutoriada la sentencia que ordene llevar adelante la ejecución, se practicará la liquidación del crédito y las costas".

"Dentro del concepto de liquidación del crédito la ley no hace distinción, y mal podría hacerla el legislador, pues la determinación de aquel supone la realización de todas las operaciones contables y matemáticas para establecer la suma a cargo del demandado.

"En la liquidación caben, desde luego, los intereses a cargo del demandado, pero sobre todo, cabe establecer el capital líquido sobre el cual aquellos se deben calcular.

"El mandamiento de pago ordenó el pago de un capital debido desde 1975. No en otra fecha.

"Pues bien, en el momento de la liquidación es la oportunidad para establecer el quantum de la deuda de valor que reclama la actora.

"Prueba de ello es que, si tal cosa no ocurre, como ha acontecido aquí, es decir, si la liquidación del crédito incurre en error en la determinación del capital, la parte actora está facultada para solicitar la corrección del error y obtener que por secretaría se haga adecuada determinación del capital.

"No exige, en ninguna parte, la ley que en el mandamiento de pago se ordene y determine al crédito real. Entre otras razones, porque además de antitécnico, sería tanto como omitir fases necesarias del proceso y la garantía del derecho a la defensa.

"La liquidación del crédito, con reajuste, en el momento procesal señalado por el artículo 521 del C. de P. C., se ajusta al espíritu y finalidad del proceso ejecutivo, y por ello creo fundado solicitar y obtener que así se ordene por el Honorable Consejo de Estado.

"De no hacerse así, las consecuencias arriba indicadas y el desconocimiento del derecho del F.V.N., sería una realidad lamentable.

"La Jurisprudencia.

"No hay novedad alguna en esta petición, pues ya la Honorable Corte Suprema de Justicia, ha establecido el precedente de liquidación del reajuste monetario en el momento de liquidación de condenas.

"En el proceso de María Emma Burgos vda. de Burgos y otros, contra Ismael Cubillos, la Honorable Corte Suprema de Justicia dispuso que la liquidación del valor real debido se practicara en el momento previsto para esta operación y con aplicación del art. 308 del C. de P.C.; lo que significa que dentro del trámite de la determinación del crédito puede procederse a establecer el monto de la suma debida, con estimación de la devaluación o depreciación sufrida por el dinero.

"Conviene destacar dos aspectos de ese fallo:

"1. Que la Corte, oficiosamente, ordenó la liquidación en la forma señalada;

"2. Que se tomó como base para establecer el valor de la depreciación la fecha en que el dinero se había originalmente entregado a una parte.

"Con mayor razón es, entonces, procedente, liquidar ahora el dinero con valor que incluya la depreciación, pues en este juicio está, también, indicada la fecha desde cuando la obligación se hizo exigible y, por tanto, la fecha desde la cual el capital ha venido depreciándose.

"La doctrina.

"En el derecho comparado, enseña la doctrina, está admitida desde larga data la revaluación de deudas de valor y aún de las deudas dinerarias.

"Los Tribunales extranjeros la vienen admitiendo e incluso, con algunas resistencias, luego vencidas, se ha sostenido que la revaluación puede ocurrir dentro del juicio ejecutivo.

"Sobre este particular enseña Zannoni:

" 'El hecho de que el juicio ejecutivo sea un proceso con etapa de conocimiento sumamente limitada, que haya de estarse en él a los derechos que surjan literalmente del título y no pueda discutirse la causa de la obligación, no impide el reajuste del crédito que emerge del título, toda vez que tal reajuste no implica una obligación nueva o accesoria, ni la indemnización de daño causado, sino que se trata de la misma obligación sólo corregida en su signo monetario nominal para adecuarla a la realidad de los valores que originariamente fueron representados con aquél, a fin de salvaguardar la igualdad estricta exigida por la justicia conmutativa.

"Siendo así, en nada se afectan los mencionados caracteres del juicio ejecutivo, habida cuenta de que sólo es necesaria una corrección aritmética de la suma que aparece en el título, sin alterar la sustancia de su literalidad ni la naturaleza de los derechos que de él pueden surgir y sin que sea necesario un proceso de cognición más amplio ni discutir la causa de la obligación" (in, Revaluación de obligaciones dinerarias, Ed. Astrea, pág. 147 y 148).

"Por las anteriores razones, ruego al Honorable Consejo de Estado revocar el auto de instancia, y disponer que la liquidación del crédito se practique con inclusión del cálculo de depreciación del capital, sufrida desde 1975, y para lo cual se tomarán las tablas correspondientes del Banco de la República".

OPOSICION

El apoderado judicial de Aseguradora Grancolombiana S.A. replica el memorial del apelante con otros argumentos. De su alegato de instancia se destacan los siguientes puntos: a) que por disposición expresa del artículo 305 del código de procedimiento civil: "No podrá condenarse al demandado por cantidad superior u objeto distinto del pretendido en la demanda", razón por la cual en este caso, no podrá condenarse a la Nación por un monto superior a lo exigido originalmente. b) Que el título ejecutivo, que en este caso lo constituye la póliza de seguros no permite liquidar el crédito como lo solicita el apoderado de la sociedad contratante puesto que no es posible acumular los intereses con la desvalorización monetaria que solicita el recurrente. Una y otra son excluyentes.

c) Que en este caso la resolución 4738 de julio de 1976 que actúa como título ejecutivo condena a pagar a la Aseguradora Grancolombiana S.A. la suma de $21'423.024.06 y en el parágrafo se otorgan sesenta días para el pago, y vencido este plazo se ordena cancelar intereses moratorios. En este título no se menciona el ajuste monetario por efecto de la inflación y aun cuando esta resolución tuvo una discusión en la jurisdicción, allí no se discutió la legalidad sobre el ajuste monetario.

d) Finalmente, sostiene el apoderado de la Aseguradora que no es válido el argumento del enriquecimiento ilícito como lo presenta el recurrente porque el Fondo Vial está recibiendo la suma incrementada sustancialmente por los intereses.

CONJUECES

Actúan como conjueces los doctores Hernando Morales Molina y Gilberto Arango Londoño que ya habían desempeñado tal calidad con ocasión de las excepciones anteriormente decididas por esta misma Sala. Como la liquidación del crédito pertenece al mismo proceso es procedente que actúen los mismos conjueces en la definición de este asunto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

a) Premisa básica de todo este asunto es la naturaleza del proceso ejecutivo. No va el proceso ejecutivo dirigido a declarar un derecho, ni a constituir una situación jurídica. Se trata de una mera ejecución, de un cobro, basado, por definición en la existencia de un título ejecutivo en el cual consta de manera clara, expresa y exigible la obligación que se cobra. Por ello no cabe introducir en el juicio ejecutivo consideraciones ajenas al mismo. En consecuencia, el legislador decidió impedir que en el proceso ejecutivo se discutan cuestiones que son propias de otro tipo de contiendas judiciales. Vale decir, en esta acción no cabe hacer reajuste monetario de la obligación que se cobra porque tal reajuste desvirtuaría la naturaleza propia del proceso ejecutivo.

b) La ley no autoriza este ajuste como bien lo observa el juez de ejecuciones fiscales. Por el contrario los textos legislativos son muy expresos en limitar la ejecución al monto de la obligación con los intereses "desde que se hicieron exigibles hasta que el pago se efectúe". (Artículo 491 del Código de Procedimiento Civil) y añade la ley "Entiéndese por cantidad líquida la expresada en una cifra *numérica precisa* o que sea liquidable por simple operación aritmética, sin estar sujeta a deducciones indeterminadas". (Artículo 491 Código de Procedimiento Civil inciso 2o). El reajuste solicitado por el recurrente, a juicio de la Sala contraría el tenor expreso de la ley, pues el ajuste por depreciación monetaria no es preciso ya que depende de la naturaleza del indicador matemático que se use para su cálculo. Los economistas han hablado de numerosos tipos de índices de inflación: el deflactor implícito del producto interno bruto, el índice de precios al consumidor, la variación en el tipo de cambio, la modificación del precio del oro, etc... Si se usa un indicador se tendría resultado distinto en comparación con otro. La falta de precisión del pretendido reajuste es pues ostensible y contraría el texto del artículo 491 del Código de Procedimiento Civil.

c) Son también válidos los argumentos ya esgrimidos por el apoderado de la ejecutada y por el señor Juez de ejecuciones fiscales que señalan cómo la jurisprudencia que ha aceptado los ajustes inflacionarios en juicios ante la jurisdicción, a veces ordinaria, a veces contencioso-administrativa, no son aplicables a juicios ejecutivos. Ella ha girado siempre alrededor de procesos diferentes: indemnización de perjuicios, daño moral, enriquecimiento injustificado etc. No puede hacerse extensiva esa jurisprudencia al proceso ejecutivo cuyo centro es el cobro de una obligación "expresa, clara y exigible que conste en documento...".

En efecto, si se estudia la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que reconoció la aplicación de ajustes por inflación en los procesos indemnizatorios se colige que éstos son considerados como parte del daño emergente. Así,

por ejemplo, en la sentencia del 5 de octubre de 1982 la Corte indicó que como la depreciación monetaria es parte del "daño emergente" debe probarse aunque sea un hecho notorio y no constituye lucro cesante. Y como el daño emergente debe aparecer en una sentencia declarativa, si el ajuste por depreciación monetario no hace parte de la resolución de condena no podría después traerse como una carga adicional en la liquidación del crédito dentro del proceso ejecutivo. En este proceso tan solo puede cobrarse lo que esté consignado en el título con la única excepción de los intereses tal como lo consagran los textos claros del Código de Procedimiento Civil. (Artículos 491 y siguientes).

d) Igualmente, el enriquecimiento sin causa, esgrimido por el recurrente puede solo alegarse en un proceso declarativo no solo por lo anteriormente anotado sino porque además se trata de un fenómeno excepcional reconocido por la jurisprudencia dentro de juicios ordinarios únicamente.

Por lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la sección cuarta de su Sala de lo Contencioso

RESUELVE:

Confírmase el auto apelado.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente a la oficina de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión del veintinueve de abril de mil novecientos ochenta y tres.

Bernardo Ortiz Amaya, Hernando Morales Molina, Conjuez; **Gilberto Arango Londoño**, Conjuez; **Enrique Low Murtra.**

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

CONTRIBUCION. TERMINO.

Significado genérico, que comprende tanto a los impuestos como a las tasas y a las contribuciones propiamente dichas sobre que recae. Entidades beneficiadas con el recaudo.

ACCION DE REVISION DE IMPUESTOS. Se refiere a todas las especies de gravámenes existentes, incluido el de valorización.

TITULOS EJECUTIVOS. Las liquidaciones de impuestos contenidos en providencias ejecutoriadas que practiquen los respectivos funcionarios fiscales, a cargo de los contribuyentes, son títulos ejecutivos cobrables por la vía de jurisdicción coactiva (artículo 562 del C.P.C.).

JURISDICCION COACTIVA. EJECUCIONES.

1. El cobro de créditos fiscales a favor de las entidades públicas se seguirán ante los funcionarios que determine la ley.

2. La jurisdicción corresponde a funcionarios administrativos nacionales, departamentales y municipales y la segunda instancia al contencioso administrativo. (Decreto 1315 de 1936, del Decreto 3219 de 1953, Decreto E. 3271 de 1963, Decreto 2921 de 1968, C.P.C., Decreto 078 de 1976, art. 16).

JURISDICCION COACTIVA. COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE HACIENDA. La competencia atribuida en cuanto a la jurisdicción coactiva al Ministerio de Hacienda se concreta a los títulos ejecutivos de naturaleza fiscal, en modo alguno ni en alguna oportunidad ejerce jurisdicción coactiva, para el cobro, de contribuciones de valorización.

CONTRIBUCION IMPUESTO Y TASA. Diferencias.

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Bogotá, D.E., veintinueve de abril de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Gustavo Humberto Rodríguez**

Actor: **Instituto Colombiano de la Reforma Agraria c/Sergio A. Gallego Rodríguez. Jurisdicción Coactiva. Excepciones propuestas por el Ejecutado. Fallo.**

Referencia: Expediente No. 8.997

Se resuelve a continuación la excepción de "ineficacia o inexistencia de título ejecutivo" planteada por el ejecutado Sergio Alfonso Gallego Rodríguez, a través de apoderado, en el proceso ejecutivo que le adelanta el Instituto Colombiano de Reforma Agraria —INCORA—, por concepto de contribución de valorización, en cuantía de $637.536.36, por la vía de la jurisdicción coactiva.

El mandamiento de pago está contenido en el auto de 3 de diciembre de 1980 emanado del Instituto Colombiano de Reforma Agraria, Subgerencia jurídica, División de Ingeniería de campo, Sección de Valorización, de Bogotá, el cual tomó como título ejecutivo la Resolución No. 1733 de mayo 20 de 1976, de la Gerencia General del Instituto, en la cual se liquidó ese valor como el de la contribución de valorización que le corresponde pagar al ejecutado, y la Resolución 2731 de julio 24 de 1978, que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la anterior.

En el auto de mandamiento ejecutivo se respaldó el mérito ejecutivo atribuido a tales resoluciones invocando los artículos 488 y 562 del C. de P. C., 36 del Decreto 1112 de 1952 y 1o. del Decreto 1562 de 1956; y agrega que las entidades encargadas de recaudar la contribuyente de valorización por concepto de obras de riego, drenajes y control de inundaciones, están investidas de

jurisdicción coactiva, otorgada a los representantes legales de dichas entidades, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1562 de 1956, artículo 1o., función que le fue delegada al Jefe de la Sección de Valorización por Resolución No. 3444 de septiembre 24 de 1979, emanada de la Gerencia General del Incora.

FUNDAMENTACION DE LA EXCEPCION

En el escrito de excepciones se fundamenta la propuesta, diciendo, en síntesis:

a) En sentencia de 1o. de septiembre de 1972, el Consejo de Estado, Sección IV, sostuvo que el artículo 562 del C. de P.C., que relaciona los actos que prestan mérito ejecutivo, no es aplicable cuando se cobra la valorización, por no ser un impuesto sino una tasa o contribución.

b) El artículo 562 del C. de P. C., por ser norma posterior, derogó al artículo 36 del Acuerdo No. 10 de noviembre 25 de 1968 de la Junta Directiva del Incora, que establece que las liquidaciones de valorización prestan mérito ejecutivo y se hacen efectivas por la vía de la jurisdicción coactiva.

c) El citado artículo 36 del Acuerdo 10 de 1968 se apoya en los Decretos 1112 de 1952, artículo 36, 1562 de 1956 y 2824 de 1963 y estos estatutos se refieren a las liquidaciones de valorización practicadas por Electraguas, organismo público ya desaparecido, por lo cual no tienen vigencia, y no es posible aplicarlos por analogía, pues se trata de privilegios excepcionales dados por la ley a organismos especiales y por lo tanto tales normas deben aplicarse de manera restrictiva, según sentencia del Consejo de Estado de 15 de febrero de 1973, Sección IV, Expediente No. 2309 y 2810 y otras.

CONCEPTO FISCAL

En su vista, la Fiscalía 3a. de esta Corporación se remite a sentencias posteriores del Consejo de Estado, según las cuales la operación de liquidación de impuestos incluye la contribución de valorización, y por lo tanto la excepción no puede prosperar. No se ocupa de los restantes argumentos del excepcionante.

SE CONSIDERA:

Los varios argumentos del excepcionante sugieren las siguientes consideraciones:

1. Como lo ha expresado esta Corporación en ocasiones anteriores, el uso del término "contribución" lo emplea la Constitución Nacional en varias ocasiones en sentido genérico, en forma tal que significa gravamen, o sea que comprende tanto a los impuestos como a las tasas y a las contribuciones propiamente dichas. De suerte que la acción de revisión de impuestos se refiere a todas las especies de gravámenes existentes, incluido el de valorización, por lo tanto con este argumento no prospera la excepción.

2. El artículo 562 del C. de P.C., al relacionar los diversos títulos ejecutivos cobrables por la vía de jurisdicción coactiva incluye "las liquidaciones de impuestos contenidas en providencias ejecutoriadas que practiquen los respec-

tivos funcionarios fiscales, a cargo de los contribuyentes", En el presente caso, el título ejecutivo está contenido en la Resolución 1733 de mayo 20 de 1976 de la Gerencia General del Incora, que se encuentra ejecutoriada y que contiene la liquidación de la contribución de valorización que le corresponde pagar al ejecutado, a quien, debe tenerse como contribuyente. Además, al Gerente en cuestión debe considerársele para estos efectos como funcionario fiscal, dado que es tal todo aquel que en un momento dado se pronuncia sobre la existencia y el monto de un gravamen a favor del fisco, y no solamente al que tiene funciones exclusivas de recaudo de impuestos. En tales condiciones, para el caso resulta aplicable el artículo 582 del C. de P.C., por lo cual, con el argumento de que dicho artículo derogó todas las demás disposiciones sobre la materia no puede prosperar la excepción propuesta.

3. Con los dos argumentos anteriores expuestos, por el excepcionante no puede sostenerse válidamente que no existe título ejecutivo. Basta considerar el tercer argumento consistente en que el Incora carece de competencia para tramitar por la vía de jurisdicción coactiva el cobro de las contribuciones de valorización, en razón de que el Decreto 1562 de 1956 otorgó tal jurisdicción a organismo diferente de tal instituto, y ya desaparecido. Como se observa, el argumento se refiere a la competencia, no al título ejecutivo, y la excepción planteada se refiere a la "ineficacia o inexistencia de título ejecutivo". Al respecto debe aducirse que existe título ejecutivo, pero restaría considerar si él es eficaz y si el Incora puede ejercer jurisdicción coactiva.

Una norma legal y una disposición administrativa son eficaces en cuanto sean exigibles; otro aspecto diferente es el de la competencia para hacer operante esa exigibilidad. En tales condiciones, la excepción propuesta de ineficacia del título ejecutivo no puede abarcar el aspecto de la competencia.

4. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 561 del C. de P. C., las ejecuciones por jurisdicción coactiva para el cobro de créditos fiscales a favor de las entidades públicas se seguirán ante los funcionarios que determine la ley.

Tradicionalmente, la ley ha establecido nítidamente que la jurisdicción coactiva no corresponde a la justicia ordinaria sino a funcionarios administrativos nacionales, departamentales y municipales, y la segunda instancia al contencioso administrativo. Ello se colige del Decreto 1315 de 1936, del Decreto 3219 de 1953, del Decreto E. 3271 de 1963, del Decreto 2921 de 1968, del C. de P.C. vigente, y finalmente del Decreto 078 de 1976, artículo 10.

En dicho artículo 10 del Decreto 078 de 1976 se prescribe:

Art. 10. Son funciones de la División de Ejecuciones Fiscales:

a) Cobrar toda clase de créditos a favor de la Nación, provenientes de títulos ejecutivos dictados por la Contraloría General de la República, ministerios, departamentos administrativos, superintendencias e institutos descentralizados y por los funcionarios nacionales competentes para imponer sanciones pecuniarias en armonía con las normas legales que rijan la jurisdicción coactiva nacional.

b) Cobrar las fianzas o sanciones análogas a favor de la Nación;

c) Cobrar en general toda deuda a favor del Estado, cuyo importe deba ingresar a las arcas nacionales y...

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de 28 de septiembre de 1982 (proceso No. 973, actor Mario Alario Méndez, ponente Dr. Manuel Gaona Cruz) declaró exequibles los ordinales a) y b) anteriormente transcritos, e inexequibles el c), y fundamentó así dicha inexequibilidad:

"Aunque la ponencia presentada por la Sala Constitucional de la Corte ha sido acogida como sentencia hasta lo procedentemente transcrito, sin embargo, la mayoría de la Corte no acoge la propuesta de dicha Sala en declarar también exequible el ordinal c) del artículo 10 del Decreto 078 de 1976, en cuanto dicho literal asigna a la División de Ejecuciones Fiscales de la Tesorería, la función indiscriminada de "cobrar en general toda deuda a favor del Estado, cuyo importe debe ingresar a las arcas nacionales", sin hacer distinción acerca de la naturaleza de la deuda que prescribe: que puede entenderse no solo como de carácter fiscal, sino también mercantil o civil, por lo cual el gobierno se excedió en relación con la Ley 28 de 1974, ya que ésta apenas lo había facultado para modificar la estructura del Ministerio de Hacienda del que forma parte la Tesorería, mas no para ampliar la competencia de la jurisdicción coactiva, y como quiera que el ejecutivo la extendió de manera genérica a "toda clase de deuda a favor del Estado", infringió por extralimitación el artículo 118-8 en relación con el 76-12, ambos de la Carta, y es por ello que dicho precepto se declara inexequible".

Se deduce, entonces, que la competencia atribuida en cuanto a la jurisdicción coactiva al Ministerio de Hacienda se concreta a los títulos ejecutivos de naturaleza fiscal, y el que se discute en este proceso es de esa naturaleza, toda vez que se refiere a una contribución.

5. Por una parte, la contribución de valorización ha tenido tradicionalmente unos especiales, jueces de jurisdicción coactiva, señalados en normas legales también particulares, situación explicable dado que el hecho imponible ofrece una gran variedad de materia, como variada es la materia de las obras públicas. Así unas veces se erige el gravamen sobre la pavimentación de calles, otras sobre arborización, unas más sobre las obras de interés público que ejecuten la Nación, los Departamentales, el Distrito Especial de Bogotá y los municipios, otras sobre obras específicas de irrigación, de desecación, de limpieza y canalización (L. 141 de 1961, Decreto Legislativo 1604 de 1966, Decreto 1112 de 1952, Decreto 1562 de 1956, Ley 25 de 1959), etc.

Y en segundo término, por la misma razón anterior, son muy diversas las entidades públicas beneficiadas con el recaudo de la contribución. Así, por ejemplo, el tributo creado por la Ley 25 de 1921, dirigido a control de obras de inundaciones, desecación e irrigación y como una "contribución sobre las propiedades raíces que se beneficien con la ejecución de obras de interés público total", se hizo extensivo a todas las obras públicas de interés público que ejecuten la Nación, los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios o cualquier otra entidad de derecho público y que beneficien a la propiedad inmueble, y en adelante se denominará exclusivamente contribución de valorización", generalizándose así el gravamen a tan diversas agencias estatales, y de pago adquiriendo firmeza legal y doctrinaria su denominación.

Es obvio deducir, entonces, que dada la diversidad de sujetos activos que tiene la contribución, colocados además en diversos niveles de la administración, y dentro del mismo nivel en diversos grados jerárquicos, sean igualmente diversos y múltiples los organismos encargados de su recaudo.

6. Lo anteriormente expuesto sobre los hechos imponibles y los sujetos activos, permite dilucidar el tema cuestionado sobre el procedimiento que tradicionalmente se ha utilizado, el de la jurisdicción coactiva, para precisar si para el ejercicio de tales trámites está autorizado el Incora.

La regla general y tradicional es la de que la ley nacional y la local atribuyen como procedimiento para el cobro de las deudas fiscales el de la jurisdicción coactiva descrito en el C. de P. C. para los procesos ejecutivos. Es obvio que ese procedimiento coactivo incumbe en primer término a la administración pública, en aplicación de sus prerrogativas.

La conclusión forzosa e ineludible es, entonces, la de que siendo diversos y numerosos los recaudadores de las deudas y créditos a favor de los varios fiscos, todos ellos ejercitan su función por el procedimiento uniforme prescrito por la ley para la jurisdicción coactiva.

Así, el Decreto-ley 1315 de 1936 otorgaba esa jurisdicción coactiva a los jueces de Rentas y Ejecuciones Fiscales en cuanto al pago de créditos a favor del fisco nacional, y no con el carácter de privativa sino preventiva, o sea que autorizaba expresamente para que pudiera ejercerse con los demás funcionarios a quienes por ley se haya conferido" (art. 4).

De igual manera, el artículo 1o. del Decreto Legislativo 1562 de 1956 prescribe:

"Art. 1o. Aclárase el artículo 36 del Decreto Extraordinario 1112 de 1952 en el sentido de que cuando el Instituto Nacional de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico (hoy Corporación Nacional de Servicios Públicos), o la entidad respectiva interesada en el cobro del reembolso, quieran hacer efectiva directamente las cuentas de cobro de las cuotas a que se refiere el art. 35 del mismo Decreto, tales entidades estarán investidas de jurisdicción coactiva, la que ejercerán por intermedio de sus representantes legales o sus delegados para ese efecto, y de acuerdo con las normas procedimentales que para los juicios de esta clase estan en vigencia.

El Decreto 1112 de 1952, aludido, tiene como preámbulo "por el cual se dictan algunas medidas sobre el estudio, construcción y reembolso de obras de irrigación, desecación y similares", y en su artículo 36 citado se refiere a la mora en el pago de las cuotas de reembolso de los gastos hechos en obras de irrigación, desecación, regularización de aguas y similares.

A su turno, el Decreto Legislativo 1604 de 1966, que es estatuto sobre valorización, dispuso en su artículo 2o., en lo pertinente.

"Art. 2o. El establecimiento, la distribución y el recaudo de la contribución de valorización se harán por la respectiva entidad nacional, departamental o municipal que ejecuten las obras, y el ingreso se invertirá en la construcción de las mismas obras o en la ejecución de otras obras de interés público que se proyecten por la entidad correspondiente...

Y en su artículo 14 dispuso:

"Art. 14. Para el cobro por jurisdicción coactiva de las contribuciones de valorización nacionales, departamentales, municipales y del Distrito Especial de Bogotá, *se seguirá el procedimiento especial fijado por el Decreto-ley 1735 de 17 de julio de 1964* y prestará mérito ejecutivo la certificación sobre existencia de la deuda fiscal exigible que expida el jefe de la oficina a cuyo cargo está la liquidación de estas contribuciones o el reconocimiento hecho por el correspondiente funcionario recaudador.

"En la organización que para el recaudo de las contribuciones de valorización establezcan la nación, los departamentos, los municipios y el distrito especial de Bogotá, deberán crearse específicamente los cargos de los funcionarios que han de conocer de los juicios por jurisdicción coactiva, *tanto en primera como en segunda instancia.* Dichos funcionarios quedan investidos de jurisdicción coactiva, lo mismo que los tesoreros, especiales encargados de la recaudación de estas contribuciones".

El párrafo subrayado del primer inciso quedó derogado por el actual Código de Procedimiento Civil, al estatuir en sus artículos 561 y siguientes el procedimiento general que deben seguir todas las entidades públicas para el cobro de deudas fiscales. Igualmente, el párrafo subrayado en el segundo inciso quedó derogado expresamente por los artículos 25 y ss. de la Ley 16 de 1968, según los cuales corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo el conocimiento de las apelaciones, recursos de hechos y trámites y fallo de excepciones, lo mismo que los incidentes de nulidad, en todos los procesos por jurisdicción coactiva que adelantan los funcionarios nacionales, departamentales y municipales.

Pero es claro que estas prerrogativas no afectan la competencia de los indicados recaudadores para ejercer el cobro forzoso por jurisdicción coactiva cuando se trata de deudas o reembolsos provenientes de la contribución de valorización, pues lo único derogado fue el procedimiento de esa misma jurisdicción, haciendo obligatorio el señalado en la ley procesal civil.

Se concluye, igualmente, que como el art. 561 del C. de P. C. dispuso que las ejecuciones por jurisdicción coactiva para el cobro de créditos fiscales a favor de las entidades públicas —créditos entre los cuales está el de valorización—se seguirán ante los funcionarios que determine la ley, y el Decreto 1604 de 1968 atribuye la competencia en esa clase de cobros a la respectiva entidad nacional, departamental o municipal que ejecuten las obras (Art. 2o.), es claro que el Incora, al ejecutar una obra pública adquiere esa competencia que le permite el ejercicio de la jurisdicción coactiva por el procedimiento determinado en el C. de P.C.

6. El Decreto-ley 078 de 1976, "por el cual se modifica la estructura de la Tesorería del Ministerio de Hacienda y Crédito Público", declarado exequible en su artículo 10, con excepción del literal c), conforme está visto, en modo alguno puede tener referencia a la contribución de valorización dado que ese Ministerio no tiene por función la de ejecutar obras públicas, o sea que los créditos a favor de la Nación, de que allí se habla no incluyen los especiales, como el de valorización, regulados por normas positivas particulares, que

tienen la necesaria prelación, conforme a conocidos preceptos de hermenéutica jurídica. Por lo demás, las deudas por concepto de valorización, tienen la especial naturaleza de "contribuciones", o "reembolsos" como los califica la ley, naturaleza que no se identifica con la de los créditos a que alude el Decreto-ley 078 de 1976.

En efecto, la doctrina ha sido reiterada al señalar que las "contribuciones difieren de los impuestos en que mientras éstos no guardan relación directa entre lo que se paga y lo que se recibe, en aquellas ocurre que se causan por la construcción de una obra pública determinada especialmente el patrimonio inmobiliario de las personas. Y mientras las "tasas" son erogaciones periódicas y permanentes que las personas pagan por recibir determinados servicios públicos, la contribución de valorización es una erogación obligatoria y no discrecional de ejercer como aquellas.

Se concluye así que el Ministerio de Hacienda en modo alguno ni en alguna oportunidad ejerce jurisdicción coactiva para el cobro de contribuciones de valorización.

7. Al proponer las excepciones, el excepcionante propuso igualmente la excepción de inconstitucionalidad del Art. 35 del Acuerdo No. 10 de noviembre 25 de 1968 de la Junta Directiva del INCORA. Como en autos no obra el texto de tal Acuerdo, y ha debido allegarse para tal efecto (C. de P.C. Art. 188), hay imposibilidad legal para hacer algún pronunciamiento sobre el particular.

De todo lo anteriormente dicho se concluye que no pueden prosperar las excepciones propuestas.

En tal virtud, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

No está probada la excepción de ineficacia o inexistencia del Título ejecutivo propuesto por el apoderado de Sergio A. Gallego Rodríguez en el proceso ejecutivo que le adelanta el INCORA.

No prospera la excepción de inconstitucionalidad propuesta en el mismo proceso.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente a la oficina de origen y cúmplase.

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Gustavo Humberto Rodríguez, Bernardo Ortiz Amaya, Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn.

Jorge A. Torrado. Secretario.

JUECES DE EJECUCIONES FISCALES. FUNCIONES. Las distintas normas que a través del tiempo han ido estructurando sus funciones, y de su interpretación se ha creado la doctrina de que este tipo de funcionarios cumple una doble funcionalidad de jueces y partes que contraría los principios generales de todo proceso judicial pero que tiene su razón de ser por tratarse de los medios o instrumentos de que debe disponer el poder representado por la nación para exigir de los ciudadanos el pago de sus obligaciones.

GOBIERNO. Alcance dado por el artículo 57 de la Constitución Nacional. Integración.

FONDO VIAL NACIONAL. Norma creadora. Ley 64 de 1967. Finalidad de la entidad. Representante legal: Ministerio de Obras Públicas (Art. 8o. ibídem).

JURISDICCION COACTIVA. COBRO. No es injurídico afirmar que además de la propia atribución que tiene el juez de Ejecuciones Fiscales pueda actuar dentro del proceso el organismo estatal con personería jurídica propia a través de apoderado especial asignado para cada caso.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Bogotá, D.E., mayo veinte (20) de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Bernardo Ortiz Amaya**

Actor: **La Nación C/Pavimentos Colombia Ltda. Apelación: auto de enero 25/83 del Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones. Fiscales: Jurisdicción Coactiva.**

Referencia: Expediente No. 10.338

Ha llegado en apelación el auto dictado por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales de fecha 25 de enero de 1983, por medio del cual, ante demanda formulada por el apoderado del Fondo Vial Nacional, se negó a librar mandamiento de pago en contra de la empresa Pavimentos Colombia Ltda. por concepto del saldo a su cargo y a favor del Fondo Vial Nacional proveniente de la liquidación de un contrato de obra distinguido con el número 19-76 principal por la cantidad de $572.370.88.

El Juzgado para tomar la determinación que ha sido materia del recurso tuvo en cuenta las siguientes consideraciones:

"Este Despacho teniendo en cuenta que la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia del 1 de diciembre de 1977, declaró inexequible el parágrafo del artículo 193 del Decreto 150 de 1976 que daba calidad de título ejecutivo al Acta Final y Definitiva de un contrato administrativo y que esa alta Corporación el 28 de septiembre del año próximo pasado declaró igualmente inexequible el literal c) del artículo 10 del Decreto-ley 078 de 1976, que otorgaba como función a esta División, la de "cobrar en general toda deuda a favor del Estado, cuyo importe deba ingresar a las arcas nacionales...", conclu-

ye que no reviste calidad de título ejecutivo la mencionada acta de liquidación, ni esta oficina es competente para cobrar la suma que el balance general del contrato tiene como a favor del Fondo Vial Nacional".

El apoderado del Fondo Vial Nacional al sustentar el recurso argumentó en la siguiente forma:

"*El Acta No. 35 del 6 de noviembre de 1980 sí constituye Título Ejecutivo.*

"Ya se ha dicho que en el Contrato No. 19-76, cláusula Vigésima Tercera, se acordó la liquidación del contrato de acuerdo con las disposiciones vigentes para la fecha en que se efectué dicha diligencia. Pues bien; cuando se efectuó la liquidación, 6 de noviembre de 1980, estaba vigente el Decreto-ley 150 de 1976, norma ésta que en su artículo 191, inciso final fijo: "Además de los casos señalados, y si a ello hubiere lugar, los contratos de suministro y de obras públicas deberán liquidarse una vez que se hayan cumplido o ejecutado las obligaciones surgidas de los mismos".

"El mismo Decreto-ley 150/76, en su artículo 193 que habla del contenido de la liquidación dice: "Las diligencias de liquidación, que siempre constarán en actas, determinarán las sumas de dinero que haya recibido el contratista y la ejecución de la prestación a su cargo. Con base en dichas actas se determinarán las obligaciones a cargo de las partes, teniendo en cuenta el valor de las sanciones por aplicar, si a ello hubiere lugar, todo de conformidad con lo acordado en el respectivo contrato".

"Es verdad que la Honorable Corte Suprema de Justicia declaró inexequible el inciso final del artículo 193 del Decreto-ley 150 de 1976, en el cual se decía, entre otras cosas, que el acta final de liquidación prestaba mérito ejecutivo ante la jurisdicción coactiva contra el contratista y su gerente cuando en ella resultaren obligaciones económicas a su cargo; pero si se analiza a fondo el contenido del acta de liquidación, se encontrará que este documento sí constituye título ejecutivo cobrable por la mencionada jurisdicción.

"En efecto, la referida acta representa una obligación expresa, clara, exigible y firmada por el deudor o sea, por el representante legal de la firma Pavimentos Colombia Ltda., constituyendo plena prueba contra ese deudor. Es decir, que en aquel documento se reúnen todas las exigencias legales del artículo 488 del C.P.C.

"Podría decirse, que no era necesaria la presencia del inciso 3o. del artículo 193 del Decreto 150 de 1976 para llegar a la conclusión de que el acta de liquidación de un contrato de obras públicas constituya un título ejecutivo, puesto que su contenido intrínseco establece y concreta obligaciones, a cargo del deudor tal como lo indica el inciso 2o. del mencionado artículo 193.

"Un documento, como el acta de liquidación, que se comenta, que establece una obligación de orden fiscal donde aparece una deuda en dinero oficial, a cargo de un contratista y a favor del Estado Colombiano, en donde actúa directamente o por delegación un funcionario administrativo como es el Ministro de Obras Públicas y Transporte, a través de su delegado, en representación del establecimiento público nacional denominado Fondo Vial Nacional, es un verdadero título ejecutivo.

"Pero para disipar cualquier duda sobre el particular, aparece que el Decreto-ley 222 del 2 de febrero de 1983, que expresa con claridad meridiana que el acta final de liquidación, presta mérito ejecutivo ante la jurisdicción coactiva contra el contratista y su garante en cuanto de ella resulten obligaciones económicas a su cargo.

"En el acta que se presentó como título ejecutivo resultaron obligaciones económicas a cargo del contratista por valor de $572.370.88.

"*La División de Ejecuciones Fiscales sí tiene jurisdicción y competencia para conocer del presente proceso ejecutivo.*

"La H. Corte Suprema de Justicia mediante providencia del 28 de septiembre de 1982 declaró exequible los ordinales "a" y "b" del artículo 10 del Decreto-ley 078 de 1975 e inexequible el ordinal "c" del mismo artículo.

"Estudiada cuidadosamente la mencionada providencia se encuentra que la División de Ejecuciones Fiscales de la Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sí tiene jurisdicción y competencia para conocer por la vía de la jurisdicción coactiva del proceso ejecutivo que se viene comentando.

"Para mejor ilustración se transcribe la parte pertinente de la providencia aludida y que corresponde a los folios 20 y ss. de la misma así: "el ordinal a) del artículo 10, se limita a redistribuir en la División de Ejecuciones Fiscales de la Tesorería las funciones de "cobrar toda clase de créditos a favor de la Nación, provenientes de títulos ejecutivos dictados... "pero" ...en armonía con las normas legales que rijan la jurisdicción coactiva nacional, "que es igual que decir: en armonía con el artículo 562 del Código de Procedimiento Civil y demás normas relativas a las obligaciones fiscales. O sea que el cobro por jurisdicción coactiva así prescrito no extravasa lo dispuesto anteriormente por la Ley como materia de dicha competencia; simplemente la reitera respecto de los denominados créditos fiscales... Igual predicamento cabe en relación con el ordinal b) acusado del mismo artículo 10, que se limita a señalar para dicha División la función de "cobrar fianzas o sanciones análogas a favor de la Nación", en el natural entendimiento, aplicable por simple epiqueya, de que esa competencia está contraída apenas a la materia rigurosamente prescrita en el artículo 562 del Código de Procedimiento Civil, o sea respecto de los títulos que "prestan mérito ejecutivo en las ejecuciones por jurisdicción coactiva", es decir, exclusivamente en relación con los derechos personales de naturaleza fiscal. En consecuencia, mediante la expedición de los expresados ordinales, el gobierno se limitó a reconocer para una nueva dependencia de la Dirección General de la Tesorería del Ministerio de Hacienda, denominada "División de Ejecuciones Fiscales", la competencia, el procedimiento y la materia sobre jurisdicción coactiva que ya estaban señalados por leyes anteriores en aquella entidad. Luego no hubo extralimitación por razones de contenido. 2. Dado que las facultades otorgadas al Gobierno por la Ley 28 de 1974 para modificar la estructura de la Tesorería en el Ministerio de Hacienda señalaban un término de doce meses contados desde la vigencia de la ley, la cual se ordenaba a partir de su publicación (artículo 5o.) que se produjo el 28 de enero de 1975 según consta en el diario oficial No. 34.244, y que el Decreto 078 se expidió el 19 de enero de 1976, tampoco encuentra la Corte extralimita-

ción por razón del tiempo. 3. El ordinal c) del artículo 10. Aunque la ponencia presentada por la Sala Constitucional de la Corte ha sido acogida como sentencia hasta lo precedentemente transcrito, sin embargo, la mayoría de la Corte no acoge la propuesta de dicha Sala de declarar también exequible el ordinal c) del artículo 10 del Decreto 078 de 1976, por cuanto dicho literal asigna a la División de Ejecuciones Fiscales de la Tesorería, la función indiscriminada de "cobrar en general toda deuda a favor del Estado, cuyo importe deba ingresar a las arcas nacionales", sin hacer distinción acerca de la naturaleza de la deuda que prescribe, que puede entenderse no solo como de carácter fiscal, sino también mercantil o civil, por lo cual el gobierno se excedió en relación con la Ley 18 de 1974, ya que esta apenas lo había facultado para modificar la estructura del Ministerio de Hacienda del que forma parte la Tesorería, más no para ampliar la competencia de la jurisdicción coactiva, y como quiera que el ejecutivo la extendió de manera genérica a "toda clase de deuda a favor del Estado", infringió por extralimitación el artículo 118-8 en relación con el 76-12 ambos de la Carta, y es por ello que dicho precepto se declarará inexequible".

"El Decreto-ley 078 de 1976, en su artículo 10, dice: "Son funciones de la División de Ejecuciones Fiscales: ... "a) Cobrar toda clase de créditos a favor de la Nación, provenientes de títulos ejecutivos, dictados por la Contraloría General de la República, Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias e Institutos Descentralizados y por los funcionarios nacionales competentes para imponer las sanciones pecuniarias en armonía con las normas legales que rigen la jurisdicción coactiva nacional". "b) Cobrar las fianzas o sanciones análogas a favor de la Nación". c)..."

"Se tiene entonces que la vigencia de los ordinales "a" y "b" antes transcritos del Decreto 078 de 1976, continúan vigentes en la forma como lo interpreta la H. Corte Suprema de Justicia.

"El acta de liquidación que se toma como título ejecutivo en este proceso, encaja dentro de los preceptos jurídicos contemplados en el ordinal a) del artículo 10 del Decreto-ley 078 de 1976, pues se trata de un crédito a favor de una entidad nacional como lo es el Fondo Vial Nacional, proveniente de un título ejecutivo, que es el acta de liquidación, proveniente del Ministerio de Obras Públicas y Transporte - Fondo Vial Nacional.

"Nótese que la argumentación de la H. Corte Suprema de Justicia, vista a los folios 21 y 22 de la Providencia, respecto del ordinal c) y que la llevó a declarar la inexequibilidad del mismo, obedece a que el colegislador le dio facultad a la División de Ejecuciones Fiscales para "cobrar en general toda deuda a favor del Estado cuyo importe deba ingresar a las arcas nacionales", sin tener en cuenta su naturaleza, esto es que ellas sean fiscales, civiles o mercantiles.

"Es entendido que en tratándose de créditos fiscales nacionales, la jurisdicción y competencia sí corresponde a la División de Ejecuciones Fiscales, para el cobro de los respectivos títulos ejecutivos de aquella naturaleza. Igualmente puede entenderse, entonces, *que carece de esa competencia, cuando se trata de créditos que tienen el carácter de mercantiles o civiles.*

"Ahora bien, el acta de liquidación No. 35 del 6 de noviembre de 1980, representa un crédito que puede calificarse de fiscal, pero jamás de que se trata de un crédito mercantil o civil y en consecuencia a que se encuentra la respuesta en el sentido de que la División de Ejecuciones Fiscales sí tiene competencia para conocer de su ejecución, no solo por los mandatos legales del Decreto-ley 078 de 1976, sino también por el contenido del artículo 561 del C. de P.C.

"El acta de liquidación, no contiene un crédito mercantil o civil, sino fiscal, porque se refiere a un saldo de dinero oficial que fue entregado al Contratista como "anticipo" y que no fue amortizado con actas de obra, ni devuelto a la Tesorería del Ministerio. Ese anticipo, fue hecho en desarrollo de un contrato administrativo de orden nacional, celebrado con fundamento en normas de derecho público como son las contenidas en las leyes sobre contratación nacional.

"No se trata de un contrato mercantil, ni civil de los que suelen celebrar determinados entes nacionales, sino de un contrato administrativo y de éste se derivó el acta de liquidación en comento.

"Pero para aclarar definitivamente cualquier duda que pueda quedar después de lo dicho anteriormente, sobre la jurisdicción y competencia por parte de la División de Ejecuciones Fiscales, para conocer del proceso ejecutivo de autos, es suficiente mencionar el artículo 289 del Decreto-ley 222 de 1983, que expresa claramente que el acta de liquidación presta mérito ejecutivo ante la jurisdicción coactiva contra el contratista y su garante cuando de ella resultaren obligaciones económicas".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

En primer lugar vale la pena estudiar la circunstancia en que se está desenvolviendo este negocio, según la cual no ha sido el Juez Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales quien ha iniciado el proceso, de acuerdo con las atribuciones especiales que le otorga la ley y que lo constituye en Juez y parte; atributo propio y exclusivo de los Jueces de Ejecuciones Fiscales.

En este caso ha sido el Estado a través del Fondo Vial Nacional y por medio de apoderado especial, quien ha formulado demanda ante el Juez de Ejecuciones para que se libre mandamiento de pago por la suma a cargo del presunto demandado, proveniente de la liquidación de un contrato de obra según acta No. 35 de 6 de noviembre de 1980 suscrita por el Director de Construcción de Carreteras, por el Jefe de División de Contratación y por el propio contratista.

Es importante en primer lugar, por lo tanto, estudiar si en este tipo de acciones que normalmente deben ser iniciadas e impulsadas por el propio Juez de Ejecuciones Fiscales, como representante de la Nación, pueden constituirse apoderados por las entidades gubernamentales en cuanto ellas tengan personería jurídica propia y representante legal reconocido expresamente por norma especial; o si la facultad que le ha dado la Ley al Juez de Ejecuciones Fiscales implica un atributo excluyente para cumplir la doble función de Juez y parte.

Las distintas normas que a través del tiempo han ido estructurando las atribuciones de los Jueces de Ejecuciones Fiscales y de su interpretación se ha creado la doctrina de que este tipo de funcionarios cumple una doble funcionalidad de jueces y partes que contraría los principios generales de todo proceso judicial pero que tiene su razón de ser por tratarse de los medios o instrumentos de que debe disponer el poder representado por la Nación para exigir de los ciudadanos el pago de sus obligaciones.

Bien se sabe que de acuerdo con el artículo 57 de la Constitución Nacional el Gobierno lo constituye: "El Presidente de la República y los Ministros del Despacho o los jefes de Departamentos Administrativos, y en cada negocio particular el Presidente y el Ministro o Jefe del Departamento Administrativo correspondiente...".

Como se ve para cada acción, en acatamiento a lo previsto en la Carta tendría que ser el Presidente y su Ministro o el Presidente y el Jefe del Departamento Administrativo quienes estuvieran actuando en representación del Gobierno; por eso la ley le otorgó facultades especiales a los Jueces de Ejecuciones Fiscales para llevar la representación del Gobierno en este tipo de acciones y al mismo tiempo ejercer la función jurisdiccional con poder de definir la suerte de cada proceso.

Pero por virtud del crecimiento del Estado en todos los órdenes y en aras de una mejor y más ágil administración, se han venido desbrozando del propio Gobierno, pero formando parte integrante del mismo, una serie de institutos descentralizados, empresas de economía mixta o industriales y comerciales, a quienes se les ha dado personería jurídica propia, se les ha asignado un patrimonio, se les ha señalado determinadas funciones, y se les ha dado un representante legal para que pueda actuar en su nombre y representación dentro del ámbito de su propia actividad.

Este es el caso específico del Fondo Vial Nacional, que fue creado por medio de la Ley 64 de 1967 para manejar con sentido ágil y comercial el estudio, construcción, conservación y pavimentación de las carreteras nacionales y la conservación y mejoramiento de las vías fluviales y al cual como instituto descentralizado, se le asignó un patrimonio y se le señaló como su representante legal al Ministro de Obras Públicas, según reza el artículo 8o. de la misma ley.

En estas condiciones, teniendo personería propia y siendo su representante legal el Ministro de Obras Públicas la atribución asignada por la Ley al Juez de Ejecuciones fiscales no contraría el que se otorgue poder especial a abogado titulado para que represente los intereses de ese instituto e impulse el ejercicio de las acciones de cobro por jurisdicción coactiva ante el funcionario ejecutor.

Dentro de este orden de ideas, no es por lo tanto injurídico afirmar que además de la propia atribución que tiene el Juez de Ejecuciones Fiscales pueda actuar dentro del proceso el organismo estatal con personería jurídica propia a través de apoderado especial asignado para el caso.

Por eso la Sala considera ajustado a derecho el que se haya intentado iniciar el proceso mediante demanda instaurada por el Fondo Vial Nacional

ante el Juez de Ejecuciones Fiscales por el representante judicial de ese instituto con poder para actuar judicialmente.

Después de estas consideraciones que la Sala ha estimado necesario hacer para dejar definido si es posible atender la apelación formulada por el apoderado del Fondo Vial Nacional, se procede a resolver sobre el auto materia de apelación.

En la fecha en que fue dictada la mencionada providencia el Gobierno Nacional no había expedido el Decreto 222 del 2 de febrero de 1983 el que en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 19 de 1982 promulgó el estatuto de contratación administrativa que regula todo el fenómeno a nivel gubernamental y que en el inciso último del artículo 289 de ese estatuto estableció:

"El acta de liquidación, que deberá ser aprobada por el Jefe de la entidad contratante, si él no hubiese intervenido, presta mérito ejecutivo ante la jurisdicción coactiva contra el contratista y su garante en cuanto de ella resultaren obligaciones económicas a su cargo".

Por lo tanto el Juez de Ejecuciones Fiscales produjo su providencia bajo el imperio de las decisiones tomadas por la Corte Suprema de Justicia con relación a lo que prescribía el artículo 193 del Decreto 150 de 1976 y el literal c) del artículo 10 del Decreto 078 de 1976.

En estas circunstancias como atribuciones para el Juez de Ejecuciones Fiscales solamente subsistían los literales a), b) y d) del artículo 10, en ninguno de los cuales puede ubicarse la facultad de cobrar las sumas a favor de la Nación y a cargo de los contratistas provenientes de las actas de liquidación de los contratos de obra, pues además de las simples facultades otorgadas por ese decreto al Juez de Ejecuciones Fiscales era necesario que norma expresa le diera carácter de título ejecutivo a este tipo de documentos, como lo hace, reiterando lo previsto en el Decreto 150 de 1976, el inciso final del artículo 289 del Decreto 222 de 1983 ya transcrito.

Pero como la competencia de la Sala está circunscrita a verificar si la decisión tomada por el Juez de Ejecuciones Fiscales, en su momento, estaba ajustada a la Ley; sin perjuicio de que la misma acción pueda formularse nuevamente al amparo del mandato del nuevo decreto sobre régimen de contratación administrativa, la Sala no puede menor de confirmar el auto del señor Juez de Ejecuciones Fiscales por estar ajustado a la situación legal vigente en el momento en que fue dictado.

En consecuencia el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta.

RESUELVE:

Confírmase el auto apelado.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la sala en sesión del día 20 de mayo de mil novecientos ochenta y tres.

Enrique Low Murtra, Bernardo Ortiz Amaya, Gustavo Humberto Rodríguez, Carmelo Martínez Conn, (No asistió a Sala).

Jorge A. Torrado. Secretario.

JURISDICCION COACTIVA. CONCORDATO PREVENTIVO. No es posible adelantar una ejecución separada del Concordato. No es posible acumular la ejecución coactiva con otras ejecuciones. Prelación de los créditos fiscales sobre otros créditos.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Bogotá, mayo veinte de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Enrique Low Murtra**

Referencia: Radicación No. 10.107. Jurisdicción coactiva. Ejecutivo de la Nación contra Industrias Caygar Ltda. Excepciones

En el asunto de la referencia el apoderado judicial de la sociedad Industrias Caygar Limitada interpuso el recurso de apelación contra el auto de mandamiento de pago dictado por las oficinas de Cobranzas de la Administración de Hacienda de Palmira alegando que al dictarse el mandamiento de pago la sociedad se encontraba en concordato preventivo, situación que ha persistido hasta el momento de la interposición del recurso. Al tenor del Código de Comercio, sostiene el recurrente, "no se puede adelantar ningún otro proceso de ejecución cuando existe en tramitación un proceso de concordato preventivo potestativo".

El apoderado de la ejecutada, al notificarse del mandamiento de pago solicitó la "suspensión del proceso" por la existencia del concordato. Esta aparece demostrada pues en el expediente se encuentran dos constancias expedidas por la señora Juez Segundo del Circuito Civil de Palmira, la una con fecha 16 de abril de 1982, la otra con fecha 9 de septiembre de ese mismo año, constancias que acreditan plenamente que a la fecha de dictarse el mandamiento de pago (27 de julio de 1982) existía el trámite del concordato en el Juzgado Segundo del Circuito de Palmira sobre la empresa Industrias Caygar Ltda.

SE CONSIDERA:

1. Efectivamente el artículo 1914 del Código de Comercio reza:

"Art. 1914. Mientras se tramita el concordato preventivo no podrá aceptarse solicitud en el mismo sentido, ni de declaratoria de quiebra, ni proceso alguno de ejecución y se suspenderá la prescripción de los créditos y la actuación en los procesos de ejecución iniciados contra el deudor, excepto los derivados de relaciones de trabajo o de obligaciones alimentarias.

"Serán nulas las actuaciones surtidas en contravención a lo prescrito en este artículo y en el anterior".

De este tenor se infiere no solo que el recurrente tiene razón cuando dice que no es posible adelantar ninguna ejecución mientras esté vigente el concordato preventivo sino que, aún más, la ley sanciona con nulidad cualquier actuación que se realice en contravención con ese precepto.

2. Por su parte el Código Civil considera que los créditos fiscales tienen preferencia. (Artículo 2495 del Código Civil).

3. Finalmente el artículo 566 del Código de Procedimiento Civil ha excluido la acumulación de las ejecuciones fiscales con otro tipo de cobros ejecutivos. Esta disposición reza:

"566. *Acumulación de demandas y procesos, y citación de acreedores hipotecarios.* En los procesos de jurisdicción coactiva no es admisible acumulación de demandas y procesos con títulos distintos a los determinados en el artículo 562.

"Si del respectivo certificado del registrador resulta que los bienes embargados están gravados, el funcionario ejecutor hará saber al acreedor la existencia del proceso, mediante notificación personal o carta certificada remitida a la dirección que aparezca en la declaración de renta y que será suministrada por el funcionario correspondiente, para que pueda hacer valer su crédito ante juez competente.

"El dinero que sobre del remate del bien hipotecado se enviará al juez que adelante el proceso para el cobro del crédito con garantía real o se depositará a la orden de la entidad ejecutoria para los fines indicados en el inciso anterior, a menos que el acreedor y el deudor convengan otra cosa mediante memorial presentado como se exige para las demandas".

La anterior norma tiene un sentido lógico si se considera que la ejecución por jurisdicción coactiva es especialísima como quiera que en ella va involucrada una potestad exorbitante de la administración: actúa simultáneamente como juez y parte, como titular del derecho y como funcionario ejecutor, vale decir, la administración cobra directamente sus acreencias fiscales. Por esta razón resulta jurídicamente imposible acumular las acreencias del Estado con las que algunos particulares tengan sobre un deudor común. De no ser así, se rompería la potestad exorbitante del Estado.

4. Una lógica interpretación que armonice los tres principios enunciados: que no es posible adelantar una ejecución separada del concordato; que no es posible acumular la ejecución coactiva con otras ejecuciones y que los créditos fiscales tienen prelación sobre otros créditos, lleva a la Sala a decretar la suspensión del proceso pero mantener las medidas preventivas que se han dictado a fin de participar, si fuere el caso, en el cobro si hubiese remate de los bienes. (Artículo 542 del Código de procedimiento civil).

Por lo expuesto el Consejo de Estado promedio 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:

1o. Suspéndase el proceso ejecutivo mientras dure el concordato preventivo.

2o. Manténganse las medidas preventivas que se han dictado en este proceso. La concurrencia de embargo se ajustará a lo previsto por el artículo 542 del código de procedimiento civil.

3o. Devuélvase el expediente a la oficina de origen con el encargo de reiniciar los trámites de ley tan pronto se termine el concordato preventivo.

Cópiese, publíquese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Bernardo Ortiz Amaya, Carmelo Martínez Conn, (Ausente), **Gustavo Humberto Rodríguez, Enrique Low Murtra.**

Jorge A. Torrado Torrado. Secretario.

Título IX

Recursos de Súplica

ACCIONES LABORALES. Caducidad y prescripción. Los tres años indicados en el artículo 151 de C. de P.L. y luego en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, deben entenderse solo para el reclamo ante la misma administración, ya que una vez obtenida la decisión denegatoria de ésta, el plazo de caducidad que opera es el señalado en el C.C.A. para las acciones de plena Jurisdicción, entre las cuales están incluidas las de índole laboral.

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D.E. noviembre diecinueve de mil novecientos ochenta y dos (1982).

Consejero ponente: **Dr. Carlos Betancur Jaramillo**

Actor: **Johannes (Juan) Michelis Wilhelm María Herkrath Müller**

Referencia: Expediente No. 10.862 Súplica

Conoce la Sala del recurso de súplica interpuesto contra la sentencia de 6 de noviembre del año pasado dictada por la Sección II de esta Corporación, con ponencia del señor Consejero Ignacio Reyes Posada.

Mediante ese proveído se decidió:

"1o. Declárase la nulidad parcial de la Resolución No. PJ-064 de 1980 (julio 21) originaria de la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia en cuanto en el artículo 1o. de su parte resolutiva se dice "con efectividad a partir de la fecha en que demuestre haberse retirado definitivamente del servicio oficial" y el artículo 4o. de la misma resolución en cuanto establece que "existe incompatibilidad entre el disfrute de esta pensión y la percepción de asignaciones provenientes del Tesoro Público".

"2o. La Caja de Previsión de la Universidad Nacional de Colombia reconocerá y pagará al señor Johannes (Juan) Michelis Wilhelm María Herkrath Müller o a quien sus derechos represente las sumas que le corresponden por concepto de la pensión de jubilación que le fue liquidada mediante la Resolución No. PJ-064 de 1980, a partir de la fecha de expedición de dicha resolución, 21 de julio de 1980, sin que el beneficiario tenga que demostrar haberse retirado definitivamente del servicio oficial.

3o. Niéganse las restantes peticiones de la demanda.

"4o. A esta sentencia se le dará cumplimiento dentro del término establecido en el artículo 121 del C.C.A.".

Como se observa, la Sala acogió parcialmente las pretensiones, las que fueron del siguiente tenor:

"*Primera*. Que es parcialmente nula la resolución PJ-064 de julio 21 de 1980, proferida por el Director de la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia, en cuanto por ella se establece como condición necesaria para que el demandante Johannes (Juan) Michelis Wilhelm María Herkrath Müller perciba la suma que le corresponde por concepto de Pensión de Jubilación que allí se le reconoce, la demostración de haberse retirado definitivamente del servicio oficial (Art. 1o.), por existir una presunta incompatibilidad entre la percepción de esa prestación y la consiguiente remuneración del mismo (Artículo 4o. Resolución PJ 064 de julio 21 de 1980).

"*Segunda*. Que como consecuencia de la anterior declaración la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia reconozca y pague al señor Johannes (Juan) Michelis Wilhelm María Herkarth Müller o a quien sus derechos represente las sumas que le corresponden por concepto de Pensión de Jubilación a partir del 21 de mayo de 1977, inclusive, día subsiguiente al cual cumplió 55 años de edad y 20 de servicios continuos dentro del Ramo Docente, sin necesidad de demostrar su retiro definitivo del servicio oficial.

"*Tercera*. Que la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia pague al demandante señor Johannes (Juan) Michelis Wilhelm María Herkrath Müller la pensión de jubilación que le corresponde en la cuantía fijada en la resolución acusada, sin perjuicio de los aumentos a los cuales tiene derecho de conformidad con la Ley 4a. de 1976 teniendo en cuenta la fecha en la cual adquirió su status de pensionado, esto es, que deberá ser reajustada en un 5.13% más $120.oo a partir de enero 1o. de 1979 y en un 16.86% más $345.oo a partir de enero 1o. de 1980.

"*Cuarta*. Que la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia, o la entidad que haga sus veces, dé cumplimiento a las disposiciones de este fallo en el término establecido por el Artículo 121 del C.C.A.".

La parte actora no quedó satisfecha con lo así decidido e interpuso el recurso de súplica contemplado en la Ley 11 de 1975, por cuanto consideró que la decisión de la Sección II contrarió la jurisprudencia contenida en las sentencias de la Sala Plena de septiembre 8 de 1972 y 6 de agosto de 1959. Cita para reforzar su pretensión las sentencias de la Sección II de agosto 2 de 1980, 3 de mayo de 1978, 7 de marzo de 1978 y 18 de marzo de 1969.

Siguiendo el pensamiento reiterado de la Sala Plena, para efectos de este recurso solo se tendrán en cuenta las dos primeras decisiones, por corresponder al pensamiento de la Sala Contenciosa de la Corporación.

En este orden de ideas se anota:

"Dicen en lo pertinente y en su orden, las dos providencias sustentatorias del recurso:

1a. "Aparte de lo anterior es necesario tener en cuenta que el citado artículo 151 fue modificado por los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, de los cuales el primero repite la prescripción de los tres años, pero agrega: 'salvo en los casos de prescripción especial establecida en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto". Una excepción al principio general de los tres años de la prescripción la constituyó hasta antes de la vigencia de la Ley 171 de 1961 (1), el artículo 267 del C.S. del T. (pensión después de quince años de servicios), al estatuir que esa pensión especial debía reclamarse dentro del término de un año contado a partir del despido. Si el trabajador no la reclamaba dentro de ese término, le prescribía el derecho a la misma y la perdía. Por tanto, el plazo de un año no era para instaurar la acción judicial correspondiente sino para reclamar al patrono el reconocimiento y pago de la misma" (Sentencia Sept. 8/72).

Estas consideraciones fueron compartidas por la Sección Segunda de esta Corporación.

"La memorada sentencia, objeto de esta apelación, que invita a cambiar la jurisprudencia vigente contiene eruditas reflexiones encaminadas a identificar y diferenciar los fenómenos jurídicos que los doctrinantes llaman prescripción del derecho y caducidad de la acción. Y de su razonado estudio deduce que los preceptos del Código de Trabajo y del Decreto 2158 de 1948, confirmados por el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 (2) son inaplicables a los funcionarios públicos no vinculados por contrato de trabajo, cuyas acciones laborales siguen sujetas al término de caducidad preceptuado de modo general por el artículo 83 del C.C.A. vale decir, que la amplitud reconocida hasta hoy por la jurisprudencia debe regresar a los antiguos y estrechos límites de los cuatro meses, a pesar de la diafanidad del mandato del referido artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

"Siempre se ha sostenido que en materia laboral la ley favorable debe aplicarse de preferencia. Este principio se deriva del precepto constitucional de dar al trabajo y, en consecuencia, al trabajador la especial protección del

Estado. Y, como es obvio, no puede variar su naturaleza porque el titular de ese derecho sea empleado público o privado.

"La acción, ya se sabe, es un instrumento que puede ejercer el titular de cualquier derecho sustancial para que el Estado a través de sus jueces ordene reconocerlo y pagarle lo suyo cuando el deudor no se allane espontáneamente al cumplimiento de la obligación, ya se derive ésta del contrato o de la ley.

"En el caso en estudio no hay duda sobre el término de prescripción del derecho del trabajador que es igual, ya se dijo, para los dependientes del Estado y los de empresa privada.

"Lo único que es distinto es el Juez ante quien debe presentarse la demanda y tramitarse el juicio y algunos aspectos reglamentados de modo diverso según sea la jurisdicción que haya de conocer".

"El Decreto 2148, o sea el Código de Procedimiento Laboral dispone en su artículo 151 que "las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años que se contarán desde que la respectiva obligación se haga exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación previamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.

"Los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo establecen que la prescripción extintiva se interrumpe en la clase de créditos que a ellos se refieren pasados los tres años contados desde la fecha en que se hagan exigibles".

"De suerte que no es dable aceptar la tesis del señor Fiscal, o sea la de que la última reforma acerca de la prescripción extintiva de la acción para exigir el pago de créditos de la índole de los que preceden de jubilaciones es la estatuida por la Ley 65 de 1941, porque como se dejó explicado, la legislación sobre la materia ha sido modificada varias veces y es otra la norma imperante". (Sent. 6 de agosto de 1969).

Sea lo primero anotar que la jurisprudencia contenida en los dos fallos transcritos (Sentencia Sept.8/72 y 6 agosto/69), en torno a la caducidad de las acciones de plena jurisdicción laborales fue rectificada desde hace varios años en Sala Plena en vista de que contrariaba el texto legal, concretamente el artículo 83 del C.C.A.

Esa rectificación se hizo, aunque sin mayores explicaciones, en el auto de 31 de mayo de 1976, del cual fue ponente el señor Consejero Arango Henao.

Pues bien, tanto las sentencias citadas como infringidas como otras, estimaron que en asuntos de plena jurisdicción de carácter laboral no provenientes de un contrato de trabajo, existía norma especial que excepcionaba el mencionado plazo de caducidad de los 4 meses y que permitía la aplicación del artículo 151 del C. de Procedimiento Laboral que señala 3 años para el reclamo de esos derechos sociales ante la jurisdicción.

La jurisprudencia fue rectificada en el sentido de que esos tres años indicados en la antecitada norma y luego en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, deben entenderse sólo para el reclamo ante la misma administración, ya

que una vez obtenida la decisión denegatoria de ésta, el plazo de caducidad que opera es el señalado en el código administrativo para las acciones de plena jurisdicción, entre las cuales están incluidas las de índole laboral.

La jurisprudencia anterior permitía la anómala práctica de extender el plazo a 6 años, ya que el administrado, si quería inflar su pretensión económica reclamaba administrativamente cuando estaba por vencerse el plazo de los 3 años del código laboral y luego, ante la negativa, acudía a la jurisdicción cuando estaba por finalizar el segundo trienio.

Aunque el asunto es claro la Sala hace algunas reflexiones adicionales con base en los textos mismos que gobiernan la cuestión.

El artículo 83 del C.C.A. en su inciso final sienta la regla para la caducidad de las acciones de restablecimiento, las que genéricamente pueden calificarse como de plena jurisdicción.

Su texto tiene un inequívoco sentido:

"La encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos particulares prescribe, *salvo disposición legal en contrario*, al cabo de cuatro meses a *partir de la publicación, notificación o ejecución del acto*, o de realizado el hecho u operación administrativa que cause la acción" (subrayas fuera de texto).

La norma transcrita establece la caducidad para dos acciones diferentes de restablecimiento genéricamente consideradas: la primera que exige la impugnación de un acto administrativo previo, de allí que la norma hable de que empezará a contarse a partir de su notificación, publicación o ejecución del que causa la acción y la segunda, que se apoya en el supuesto de un hecho o de una operación administrativa perjudicial y que se cuenta desde su realización y en la que, como es obvio, no existe el acto que deba demandarse.

Las acciones laborales están incluidas en las de plena jurisdicción típicas enunciadas en primer término. Es decir, frente a ellas debe darse siempre el pronunciamiento previo de la administración, mediante un acto ordinariamente susceptible de recursos. La regla no desaparece con el hecho de que por excepción puede darse el silencio administrativo con alcance de decisión ficta denegatoria pero esta modalidad, como tal, tiene su regulación propia y especial.

Las demás acciones de restablecimiento, que pueden denominarse de reparación o reclamación directa, cuestionan la actividad administrativa conformada por sus hechos y operaciones y ya no tienen el término de caducidad indicado en el antecitado artículo 83, sino que están sujetas al de 3 años impuesto por el artículo 28 del Decreto 528 de 1964.

Frente a las primeras acciones (la aquí estudiada pertenece a su grupo) el artículo 83 establece un término procesal para acudir a la vía jurisdiccional y no para hacer el reclamo administrativo. Es un plazo de caducidad, strictu sensu. Es una oportunidad para impugnar una decisión unilateral ante la jurisdicción administrativa.

Aquí, como lo dice el texto legal, tiene que existir el pronunciamiento de la administración. Si así no fuera no tendría sentido que empezara a contarse su caducidad desde su notificación, publicación o ejecución.

Cosa diferente es, y de allí los equívocos que se han creado en la jurisprudencia y en la doctrina, el plazo que el administrado tiene para buscar ese pronunciamiento de la administración y que no es otro que el de prescripción de sus derechos.

Para asuntos laborales relacionados con los servidores públicos, ese plazo prescriptivo está gobernado, en principio, por el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

De allí que no existe incompatibilidad alguna entre los términos para reclamar los derechos sociales ante la administración y los que existen para impugnar la decisión desfavorable de ésta y por ende, tampoco puede hablarse de derogatoria del plazo de caducidad o del establecimiento de uno diferente al de los 4 meses contemplado en el artículo 83.

En otras palabras, los dos términos coexisten y se aplican a aspectos diferentes: el primero vinculado a la prescripción de los derechos y es obvio que corra entre el funcionario y la administración que lo tuvo a su servicio y el segundo, ligado al plazo que para provocar la actuación jurisdiccional tiene la persona que se considere lesionada con el acto de la administración.

Normativamente el enunciado precedente puede sintetizarse así: el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 impone un término de prescripción de los derechos sociales emanados del mismo estatuto; en cambio, el artículo 83 fija un plazo procesal para demandar esa decisión administrativa desfavorable para el servidor público.

Y de allí el porqué cuando el artículo 83 sienta la regla general de los 4 meses, con la advertencia de "Salvo disposición legal en contrario", la excepción así enunciada no pueda referirse sino a la caducidad de la acción y nunca a la prescripción del derecho.

En este orden de ideas hay que pensar que constituyen excepciones a la caducidad cuatrimensual y por referirse a idéntico fenómeno entre otras, las contempladas en las siguientes normas: artículo 272 del C.C.A. (acción fiscal, 3 meses), artículo 12 Ley 4 de 1973 (acción de revisión del acto que extingue el dominio, 30 días) artículo 263 del C.C.A. (indemnización trabajos públicos, 2 años) y artículo 28 del Decreto 528 de 1964 (responsabilidad extracontractual, 3 años). Obsérvese que no existe norma alguna que excepcione el término de caducidad de las acciones laborales; y que el 41 del Decreto 3135 se refiere única y exclusivamente a la prescripción.

Su tenor es bastante claro: las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible...". Aquí acción corresponde a la concepción clásica de derecho en ejercicio o en actividad; o, en otros términos, a la facultad inherente a todo derecho para exigir su cumplimiento al deudor.

Si no existiera diferencia alguna entre la relación laboral de derecho privado patrono-trabajador y la que opera entre los funcionarios y la adminis-

tración, la norma habría que entenderla como que dentro de esos tres años tendría que presentarse la demanda ante la jurisdicción para evitar, en principio, las consecuencias del fenómeno prescriptivo. Pero esa diferencia es real, ya que en la relación servidor-administración, cuando esta última no reconozca oficiosamente sus obligaciones para con aquél, deberá el afectado buscar el pronunciamiento de la administración y agotar frente a esta decisión la vía gubernativa, lo que no tiene que hacer el trabajador en la relación privada, ya que puede demandar directamente. Y es ese pronunciamiento gubernativo, de forzosa ocurrencia, el que debe impugnarse ante la jurisdicción y para el cual se establece el término de caducidad o plazo procesal de incoación; diferente, como es lógico, al de prescripción que tiene el servidor para reclamar sus derechos ante la administración deudora.

Además, el artículo 41 al indicar desde cuándo se cuenta la prescripción corrobora aún más lo dicho sobre las diferencias de los dos plazos estudiados, (el prescriptivo del derecho y el procesal de la acción jurisdiccional contemplado en el artículo 83 del C.C.A.), porque mientras aquél, como es obvio, se empieza a contar "desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, éste se computa no desde esa exigibilidad, sino desde la notificación del acto que cierra el debate gubernativo propuesto contra la decisión desfavorable de la administración (artículo 83 del C.C.A. en armonía con el 62 ibídem).

Si se entendiera que ese artículo 41 es precisamente una excepción a la regla del artículo 83 del código administrativo, habría que concluir que las acciones laborales oficiales no tienen caducidad y que frente a ellas ni siquiera se da el agotamiento de la vía gubernativa, con lo que se les estaría convirtiendo, contra todo el sistema legal, en acciones de reclamación directa. No puede olvidarse que el derecho del servidor oficial a sus prestaciones se hace exigible al término de la relación de servicio y no a partir del pronunciamiento administrativo sobre esas prestaciones, que puede producirse dentro de los 3 años siguientes o después, siempre y cuando el reclamo se haya hecho dentro del primer trienio, reclamo que interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

En suma: el 41 del Decreto 3135 gobierna el reclamo de los derechos ante la administración que debe conocerlos; y el 83, la oportunidad que el administrado tiene para demandar ante la jurisdicción el pronunciamiento hecho por aquélla que desconoce los derechos pretendidos.

Al respecto y para terminar es importante transcribir una cita tomada de la obra Droit Administratif del profesor M. Maline y que confirma lo aquí sostenido. Dice el profesor francés: Nota muy importante: es preciso guardarse de confundir el plazo de 2 meses dado para impugnar una decisión previa ante la jurisdicción administrativa, y el término señalado para provocar esta decisión. Este último puede ser de varios años mientras que una vez se haya expedido la decisión previa, ella deberá ser impugnada dentro de los dos meses: es un plazo de procedimiento".

Hechas las reflexiones precedentes, se concluye:

Estando revaluada la jurisprudencia que se estima contrariada, no puede entrarse a estudiar su posible contradicción. Fuera de que no se ve en qué

sentido ella estaba en contradicción con lo dispuesto por la Sala en la sentencia suplicada, la que no toca para nada el punto de la caducidad de las acciones laborales y sí el de la compatibilidad entre la pensión de jubilación y la docencia en la Universidad.

En este último aspecto se observa una clara violación de las sentencias de la Sección II citadas para reforzar el recurso pero éstas, por voluntad de la Sala Plena, no sirven de soporte al de súplica aquí propuesto.

Lo precedente no permite, entonces, entrar a considerar el fondo del asunto.

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

FALLA:

Declárase improcedente el recurso de súplica formulado por la parte demandante en el proceso de la referencia.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue aprobada por la Sala Plena en su sesión celebrada el día 16/82.

Bernardo Ortiz Amaya, (Presidente), **Carlos Betancur Jaramillo, Aydée Anzola Linares**, (Salvamento), **Samuel Buitrago Hurtado, Jorge Dangond Flores, Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn, Alvaro Orejuela Gómez**, (Salvamento), **Mario Enrique Pérez Velasco, Jacobo Pérez Escobar, Ignacio Reyes Posada**, (Salvamento), **Gustavo Humberto Rodríguez, Eduardo Suescún Monroy, Roberto Suárez Franco, Joaquín Vanín Tello**, (Salvamento), **Jorge Valencia Arango.**

Darío Quiñones Pinilla. Secretario.

ACCIONES LABORALES. Caducidad y prescripción. Tanto el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral como el 41 del Decreto 3135 de 1968, hablan de la prescripción de "las acciones", lo que debe entenderse en su sentido técnico como la oportunidad para instaurar la acción judicial correspondiente y no el simple reclamo directo ante la administración.

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D.E., veintiséis de enero de mil novecientos ochenta y tres.

Actor: **Johannes (Juan) Michelis Wilhelm María Herkrat Müller**

Referencia: Expediente No. 10.862 Recurso de Súplica

El presente salvamento de voto no se refiere a la parte resolutiva del fallo, con la que está de acuerdo el suscrito, sino a la interpretación que en la parte motiva se le da a las normas sobre prescripción extintiva de los derechos laborales vigentes en Colombia.

En efecto, tanto el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral como el 41 del Decreto 3135 de 1968, hablan de la prescripción de "las acciones", lo que debe entenderse en su sentido técnico como la oportunidad para instaurar la acción judicial correspondiente y no el simple reclamo directo ante la Administración. La "anómala práctica" que anota la sentencia de demorar el reclamo hasta poco antes de extinguirse el término de prescripción para así extenderlo a seis años, está permitido en las mismas normas citadas que consagran que el simple reclamo escrito del trabajador interrumpe la prescripción, pero sólo por un término igual. Finalmente debe observarse que el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo habla de que la acción de reparación por lesión de derechos particulares "prescribe" al cabo de cuatro meses, salvo disposición legal en contrario, y, no obstante la impropiedad técnica que la jurisprudencia ha encontrado en esta norma al referirse a prescripción cuando se trata de caducidad, las normas de los artículos 151 y 41 citados están en armonía con los términos del artículo 83 y deben ser consideradas como la excepción legal prevista en este artículo.

Dejo en los anteriores someros términos expresado mi criterio que me inclina a salvar el voto en esta ocasión.

Ignacio Reyes Posada.

ACCIONES LABORALES. Caducidad y Prescripción.

ACCION CONCEPTO. Artículo 41. Decreto 3135 de 1968. En este artículo, acción no se liga al concepto de reclamación administrativa, sino que le cabe la misma acepción que tiene en el artículo 433 del Código Sustantivo del Trabajo y en el 151 del Código Procesal del Trabajo, como poder jurídico para solicitar o reclamar pronunciamiento de la Rama Jurisdiccional sobre una controversia, para decirlo en forma sintética.

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DR. JOAQUIN VANIN TELLO

Actor: **Johannes (Juan) Michelis Wilhelm María Herkrath Müller**

Referencia: Expediente No. 10.862 Recurso de Súplica

Aunque estoy de acuerdo con la parte resolutiva de la providencia proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, el 19 de noviembre de 1982 (Expediente No. 10.862), discrepo del criterio expresado en la parte motiva de la misma que desfigura el sistema de la prescripción extintiva de las acciones de carácter laboral, tal como está consagrado en varios textos de la legislación colombiana, cercena el artículo 41 del Decreto extraordinario 3135 de 1968 y, por consiguiente, el 151 del Decreto legislativo 2158 de 1948 (Código Procesal del Trabajo), aplicable en algunos casos en el campo de las relaciones de trabajo dependiente de índole administrativa, y desnaturaliza el concepto de acción implícito en tales disposiciones, con una acepción ad hoc que contraría la definición que de ella da contemporáneamente la doctrina y la jurisprudencia, inclusive la del Consejo de Estado, y que coincide con el significado que ese vocablo tiene en nuestro derecho positivo, tanto sustancial como procesal, de cuyos preceptos se traen a colación además de los antes citados, el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, y los correspondientes del Código Civil (Capítulo 3o., Título XLI del Libro IV), donde la institución, en Colombia, encuentra su más inmediato origen, pues de ahí la tomó el derecho laboral.

Puesto que mi criterio sobre este tema quedó expuesto en la ponencia que fue aprobada en Sala, por la Sección Segunda el 5 de noviembre de 1982 y que luego se convirtió en la sentencia de 2 de diciembre del mismo año (Expediente No. 6528), lo que aquí se diga será simplemente a guisa de comentario de conceptos expresados en la providencia a que se refiere este salvamento de voto.

La tesis fundamental de la citada providencia consiste en que las acciones contencioso administrativas de carácter laboral están sometidas al sistema de la caducidad y que el de la prescripción rige únicamente para la reclamación de los derechos correspondientes ante la Administración Pública, lo cual no está de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 41 del Decreto extraordinario 3135 de 1968 y 151 del legislativo 2158 de 1948; rompe además la coherencia del sistema y deja sin aplicación la figura de la interrupción de la prescripción, con su lógica consecuencia de reanudación del término prescriptivo por un período igual al anterior (3 años).

Se transcribe en la citada providencia la jurisprudencia de dos fallos de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, acordes con las correspondientes normas legales en materia de prescripción de las acciones laborales de naturaleza administrativa, para luego afirmar que ella fue rectificada, "sin mayores explicaciones en el auto de 31 de mayo de 1976". Esa rectificación jurisprudencial no es susceptible de comentario distinto del que se hace en la providencia que es objeto de este salvamento de voto, al decir, incurriendo en un eufemismo, que se hizo "sin mayores explicaciones".

Dice la Sala Plena en su última providencia: "La jurisprudencia fue rectificada en el sentido de que esos tres años indicados en la antecitada norma y luego en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1956, deben entenderse solo para el reclamo ante la misma administración, ya que una vez obtenida la decisión denegatoria de ésta, el plazo de caducidad que opera es el señalado en el código administrativo para las acciones de plena jurisdicción, entre las cuales están incluidas las de índole laboral".

Más adelante se afirma:

"De allí que no exista incompatibilidad alguna entre los términos para reclamar los derechos sociales ante la administración y los que existen para impugnar la decisión desfavorable de ésta; y por ende, tampoco puede hablarse de derogatoria del plazo de caducidad o del establecimiento de uno diferente al de los 4 meses contemplado en el artículo 83. "En otras palabras, los dos términos coexisten y se aplican a aspectos diferentes: el primero vinculado a la prescripción de los derechos y es obvio que corra entre el funcionario y la administración que lo tuvo a su servicio; y el segundo, ligado al plazo que para provocar la actuación jurisdiccional tiene la persona que se considere lesionada con el acto de la administración".

Y después, comentando parcialmente el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, se hace la siguiente aseveración:

"Su tenor es bastante claro: 'las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible'. Aquí acción corresponde a la concepción clásica de derecho en ejercicio o en actividad; o, en otros términos, a la facultad inherente a todo derecho para exigir su cumplimiento al deudor".

Pero antes de comentar las tesis de la providencia de Sala Plena, conviene transcribir en su integridad el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, lo mismo que las disposiciones que constituyen sus más inmediatos antecedentes, aquellas que le sirvieron de modelo y que, por su naturaleza una y por su campo de aplicación todas, no podían referirse obviamente, a reclamación administrativa sino a "acciones judiciales", como lo hace el Capítulo 3o. del Título XLI, Libro IV del Código Civil. Ellas son los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo, 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo. Tales preceptos son del siguiente tenor:

"Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres (3) años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual" (Art. 41 del Decreto 3135 de 1968).

"Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero solo por un lapso igual" (Art. 151 del C.P. del T.).

"Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto" (Art. 488 C.S.T.)

"El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una

sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente" (Art. 489 C.S.T.).

I. No entiendo cómo en las normas que aplica el Consejo de Estado la palabra acción tiene el moderno contenido conceptual de poder jurídico para reclamar la decisión jurisdiccional de una controversia, para ser en el caso del artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 el mismo derecho subjetivo reclamado. Esta relación de sinonimia no la establece la norma que comenta la providencia de la Sala Plena, pues si dice el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 que "las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto...", significa que acción y derecho subjetivo laboral son dos cosas diferentes. La una emana del otro, o corresponde a él, según la expresión del artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo. Como se dice en el fallo que dictó la Sección Segunda, con ponencia del suscrito y que se citó antes, "el lógico que si las acciones emanan de esos derechos o corresponden a ellos, no se identifican como la misma cosa, sino que se relacionan como la causa y el efecto".

La institución de la prescripción de las acciones laborales tiene como antecedentes, en nuestra legislación, las correspondientes disposiciones del código civil y se configuró en leyes del trabajo anteriores al Código Procesal del Trabajo que, como ya se vio, la consagró en su artículo 151, de donde la tomaron, primero, los artículos 483 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo y, posteriormente, el 41 del Decreto extraordinario 3135 de 1968. Pues bien, tanto en el Código Civil, como en las citadas disposiciones laborales, una de ellas del orden administrativo, y en las demás que no se citan en gracia de brevedad, la palabra acción tiene un significado distinto de "derecho en ejercicio o en actividad" y en ningún caso de reclamación administrativa, a la cual no podían referirse, por ejemplo, los artículos 2535 y 2543 del del Código Civil, 4o. de la Ley 165 de 1941, 151 del Código Procesal del Trabajo y 488 del Código Sustantivo del Trabajo, cuyo campo de aplicación en un caso está constituido, de manera exclusiva, y en los otros lo estuvo, en forma preponderante, por relaciones entre particulares. El origen del artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, las normas sobre las cuales se moldeó (las de los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo, 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo) desvirtúan la afirmación de que en ese precepto acción es "el derecho en ejercicio o en actividad", es decir, que tiene un significado distinto del que se le dio en tales disposiciones.

Repito que no entiendo por qué una cosa es acción en nuestro derecho positivo, incluyendo el Código Contencioso Administrativo, en la doctrina y en la jurisprudencia actuales y otra lo es en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, ni sospecho qué fundamento legal tiene la tesis que hace esa diferencia.

Acción, en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, no se liga al concepto de reclamación administrativa, sino que le cabe la misma acepción que tiene en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y en el 151 del Código Procesal del Trabajo, como poder jurídico para solicitar o reclamar pronunciamiento de la rama jurisdiccional sobre una controversia, para decirlo en forma sintética.

Como se dijo en la citada sentencia de la Sección Segunda, "la solicitud o reclamación administrativa se dirige al Estado, en la misma forma como el trabajador particular solicita o reclama un derecho a su patrono, es decir, como sujeto de una relación de trabajo, como persona obligada, sujeto pasivo entonces: se le solicita o reclama el pago de unos salarios o de una prestación social. Aquí el Estado figura simplemente como empleador, en la misma forma como una persona natural o jurídica de carácter particular lo es respecto de sus trabajadores.

"En cambio la acción, que se ejerce ante una autoridad del orden jurisdiccional, se dirige al Estado no como deudor de un derecho subjetivo, sino de un derecho a la justicia, del derecho de los particulares a una decisión jurisdiccional.

"La acción se dirige al Estado no como sujeto pasivo en una relación de derecho sustancial, sino procesal; no como sujeto de la obligación de pagar unos salarios o unas prestaciones sociales, sino como sujeto de la obligación de decidir como juez sobre un derecho que se pretende hacer valer contra él, de la obligación de hacer justicia aun contra sí mismo".

II. Si en la providencia de la Sala Plena se hubiera analizado completamente y no en forma parcial, como se hizo, el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, habría habido más motivos de reflexión al sostener la tesis a que se refiere este salvamento de voto y se hubiera podido captar mejor su sentido y estudiado el mecanismo de la interrupción de la prescripción y sus consecuencias.

El reclamo escrito que se haga ante la Administración, que según la providencia que se comenta agota la acción (el "derecho en ejercicio o en actividad"), además de iniciar el procedimiento administrativo, de acuerdo con las correspondientes normas legales, tiene el efecto de interrumpir la prescripción, conforme al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

No puede entenderse esta disposición en el sentido de que la prescripción se interrumpe y se reanuda su término hasta por tres años exclusivamente para efectos del reclamo ante el correspondiente organismo oficial sino respecto de la acción, la que se ejerce ante la jurisdicción contencioso administrativa y ante los jueces del trabajo. Porque ese artículo (el 41 del Decreto 3135 de 1968) se refiere a las acciones de los empleados públicos y de los trabajadores oficiales y, por lo tanto, lo tienen que interpretar y aplicar tanto las autoridades de la jurisdicción contencioso administrativa, a cuya cabeza está el Consejo de Estado, como las del ramo laboral, presididas por la Corte Suprema de Justicia.

Surgen entonces estos interrogantes:

Primero, si la reclamación administrativa constituye el ejercicio de la acción a que se refiere el precepto antes citado, ¿con qué finalidad se reanuda la prescripción hasta por otros tres años, luego de la interrupción que la primera determina? ¿Qué objeto tiene la norma que así lo dispone? ¿Carece de sentido, de efecto?

Segundo, si la interrupción de la prescripción y su reanudación, establecidas por el citado artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, tiene efecto, y no puede dejar de tenerlo, ¿cómo empatar una caducidad de cuatro meses con una prescripción apenas interrumpida y cuyo nuevo lapso puede durar hasta por tres años? ¿Cómo podría conciliar la jurisdicción de lo contencioso administrativo el término de caducidad con el nuevo plazo prescriptivo de tres años, sobre todo si la Administración hace su pronunciamiento denegatorio faltando más de cuatro meses para vencerse el nuevo lapso de prescripción? ¿Se sentiría facultada para dejar de aplicar esa norma que dispone que "el simple reclamo escrito del empleado (público) o trabajador (oficial) ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual?".

Tercero, ¿puede cerrarse la vía de la jurisdicción contencioso administrativa, mediante la aplicación inadecuada de la caducidad, a quien su acción no ha prescrito, está viva, de conformidad con la ley y que de acuerdo con ella puede ejercerla?

Cuarto, si la justicia del trabajo acogiera esa definición de acción que da la Sala Plena y la interpretación que hace del artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, ¿cómo se extinguirían las acciones laborales de los trabajadores oficiales o cómo se impediría su uso indefinido en el tiempo, después de la reclamación administrativa, si en el procedimiento que regula el Decreto 2158 de 1948, aplicable a los conflictos jurídicos que se erigen directa o indirectamente de un contrato de trabajo, no hay caducidad con qué sustituir la prescripción?

De todos modos, se ha sembrado un motivo de perplejidad para quienes hayan de estudiar el tantas veces citado precepto; que la misma palabra (acción) usada en la misma disposición (artículo 41 del Decreto 3135 de 1968) que señala el mismo fenómeno emanado de los mismos derechos que consagra dicho decreto, designe dos cosas diferentes, tenga dos significados distintos: el de derecho subjetivo en actividad ante la administración, para el Consejo de Estado, y el de poder jurídico de provocar la actuación o el pronunciamiento de la jurisdicción, para la justicia del trabajo.

III. Esta jurisprudencia, en coordinación con otra de la misma Sala Plena, según la cual cuando se presenta el fenómeno de la abstención de la Administración en pronunciarse sobre una reclamación o del silencio administrativo frente a un recurso interpuesto, no opera la caducidad, aunque haya transcurrido más de un mes, lleva a estas situaciones que no parecen lógicas:

Si un empleado público presenta una reclamación ante la Administración y ésta, mucho antes de que hayan corrido tres años, por ejemplo, al año, se pronuncia en sentido negativo, cuatro meses después de la notificación del acto denegatorio o del que resuelva desfavorablemente el recurso, si procedía, caduca la acción y aquel no puede hacer valer su derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, a pesar de que, según el artículo 41 del Decreto extraordinario 3135 de 1968, ella no ha prescrito.

En cambio, si la Administración demora indefinidamente su pronunciamiento respecto de la solicitud o del recurso, como según la jurisprudencia de Sala Plena, en ese caso no caduca la acción, mantendrá el empleado público

vivo su derecho de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, también por tiempo indefinido, aunque hayan pasado varias veces los tres años que según el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, determinan la prescripción de la acción.

En cambio, si se aplica integralmente el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en ambos casos la acción prescribe cuando más a los tres años del segundo lapso, haya habido, o no, pronunciamiento de la Administración.

IV. Pero la consecuencia más grave de la jurisprudencia de la Sala Plena se presenta en lo atinente a las pensiones de jubilación y de invalidez.

Es una regla desde hace mucho tiempo inmutable en el derecho colombiano, consagrada tanto en jurisprudencia del Consejo de Estado como de la Corte Suprema de Justicia, que la acción tendiente a reclamar tales derechos, por ser éstos de carácter vitalicio, no prescribe nunca. Lo que prescribe es la acción enderezada a reclamar las mesadas pensionales.

Según jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, quien prestó servicios como trabajador particular u oficial o empleado público puede reclamar dichas prestaciones mientras viva (y muerto pueden hacerlo las personas indicadas en la Ley 33 de 1973 y en la 12 de 1975).

Pero de conformidad con la jurisprudencia del fallo que se comenta, si un ex-empleado público reclama a la Administración, por ejemplo, la pensión de jubilación a que cree tener derecho y ella se la niega, para el reclamante, cuyo derecho está a resguardo de la prescripción, corre el término de caducidad de cuatro meses.

Al aplicar las dos jurisprudencias de la Sala Plena a que se ha hecho referencia, se pueden presentar estas situaciones, en caso de que se reclame a la Administración la pensión de jubilación.

1. Si la Administración se pronuncia en forma negativa sobre la solicitud, la acción para reclamar por la vía contencioso administrativa ese derecho que no prescribe nunca, caduca en cuatro meses.

2. Pero si la Administración no se pronuncia respecto de la reclamación o del recurso interpuesto contra la decisión denegatoria, permanece a perpetuidad la posibilidad de reclamar la pensión de jubilación por la vía contencioso administrativa, mas no porque se trate de un derecho vitalicio, sino porque, según la Sala Plena, en ese caso no corre el término de la caducidad.

En suma, la jurisprudencia de la Sala Plena, expuesta en términos absolutos, sin salvedades, tiene como consecuencia no prevista y mucho menos deseada, revocar una regla tenida como verdad inconclusa desde hace muchos años en nuestro derecho: la vigencia indefinida del derecho a reclamar por la vía jurisdiccional la pensión de jubilación y la de invalidez. Lo que por su naturaleza, por su carácter vitalicio, no prescribe nunca, puede caducar en cuatro meses. O sea que tal jurisprudencia hace caducable lo que es imprescriptible.

V. La providencia de Sala Plena pretende encontrar fundamento a la tesis que ella sostiene en parte en la diferencia que existe entre "la relación

laboral de derecho privado patrono-trabajador y la que opera entre los funcionarios y la administración", pues en el primer caso "cuando esta última no reconozca oficiosamente sus obligaciones para con aquél (el empleado público), deberá el afectado buscar el pronunciamiento de la administración y agotar frente a esta decisión la vía gubernativa, lo que no tiene que hacer el trabajador en la relación privada, ya que puede demandar directamente".

Ciertamente hay diferencia en este aspecto, como en otros, entre la situación del empleado público y la del trabajador particular. Pero la comparación debió hacerse, razonablemente, con otro trabajador, aquel que, como le sucede al empleado público, no "puede demandar directamente", sino que debe "buscar el pronunciamiento de la administración y agotar frente a esta decisión la vía gubernativa"; el trabajador oficial, que, como ya se dijo, está sujeto a la misma norma que en materia de prescripción rige para el empleado público (el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968) y que lo mismo que este último, no puede acudir a los jueces del trabajo sin antes haber hecho reclamación administrativa y agotado la vía gubernativa, según regla que se estableció primero en el artículo 7o. de la Ley 24 de 1947 y luego en el artículo 6o. del Código Procesal de Trabajo.

Pero, como según la providencia que se comenta, "acción" en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, aplicable, se repite, tanto para empleados públicos como para trabajadores oficiales, no es "acción judicial", no es el poder jurídico para solicitar a la jurisdicción la decisión de una controversia, sino el "derecho en ejercicio o en actividad" ante la Administración Pública, o la facultad "para exigir su cumplimiento al deudor", que se realiza en este caso por medio de la reclamación administrativa, y como los últimos de los mencionados servidores del Estado no están sujetos a las reglas de la caducidad, que solo tienen aplicación en el caso de los primeros, la jurisprudencia de Sala Plena hace que se presenten los siguientes fenómenos con sus respectivas discordancias:

1. Como la acción se agota en el ámbito de la Administración, no opera entonces la reanudación del lapso prescriptivo, por tres años, subsecuente a la reclamación administrativa, que debía tener como efecto, según el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, la interrupción de la prescripción. En otros términos, como esa acción no va dirigida a las autoridades de la rama jurisdiccional, sino a las administrativas, si ya se presentó la reclamación ante estas últimas, no tiene sentido, se repite, que se reanude el lapso de la prescripción hasta por otros tres años. La jurisprudencia de Sala Plena deja sin efecto esa regla del artículo que se acaba de citar.

2. Las acciones correspondientes a los derechos del trabajador oficial que estén consagrados en el Decreto 3135 de 1968, hecha la reclamación ante la Administración, se tornan imprescriptibles, pues fuera del artículo 41 de dicho decreto no hay ninguna otra disposición que establezca su prescripción y dice la Sala Plena que la prevista en dicha disposición es únicamente para el reclamo ante los organismos administrativos. ¿O habría que echar mano de la prescripción del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, que legalmente no tiene aplicación respecto de las acciones emanadas de los derechos consagrados en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968? Pero si según la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo "acción" en el artículo 41 del Decreto antes mencionado es el derecho en ejercicio o en actividad ante la Administración,

tiene el mismo significado en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, puesto que la disposición primeramente citada de allí tomó ese vocablo, involucrado en el fenómeno de la prescripción, con su interrupción y posterior reanudación. Y si las dos anteriores objeciones no son válidas, ¿desde cuando se contaría esa otra prescripción? No será a partir de la notificación de la providencia administrativa que niega el derecho reclamado, ni de la solicitud que se hizo a la Administración puesto que según la correspondiente norma legal, con el reclamo lo que se origina es un nuevo lapso de la misma prescripción y, además, en derecho y por ley, aquella, la que afecta a la acción que realmente se incoa y agota en el ámbito jurisdiccional, no a la que supuestamente se ejerce y muere en el administrativo, comienza a correr a partir del momento en que la respectiva obligación se ha hecho exigible.

Lo cierto es que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena, si la Administración Pública pronuncia sendas decisiones denegatorias frente a dos reclamaciones de derechos de los consagrados en el Decreto 3135 de 1968, formulada la una por un empleado público y la otra por un trabajador oficial, al primero le caduca la acción, pero para el segundo se vuelve imprescriptible.

VI. Sería interesante saber, a la luz de la jurisprudencia que se comenta, qué sucede, en materia de prescripción, con las acciones correspondientes a derechos laborales de los empleados públicos y trabajadores oficiales no consagrados en el Decreto 3135 de 1968 sino en otros estatutos y a los cuales no se aplica el tantas veces citado artículo 41.

VII. Según la providencia a que se refiere este salvamento de voto, "la jurisprudencia anterior permitía la anómala práctica de extender el plazo a 6 años, ya que el administrado, si quería "inflar" su pretensión económica, reclamaba administrativamente cuando estaba por vencerse el plazo de los 3 años del código laboral; y luego, ante la negativa, acudía a la jurisdicción cuando estaba por finalizar el segundo trienio".

Con la aclaración de que ese segundo trienio no se cuenta a partir del acto denegatorio de la Administración sino de la fecha de presentación de la reclamación administrativa, precisa recordar que "la jurisprudencia anterior" no es la responsable de ese fenómeno, que se puede presentar, sino la ley que estableció la interrupción de la prescripción y su subsiguiente reanudación hasta por tres años más, lo cual no solamente está consagrado en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 sino también en el artículo 489 del Código Sustantivo del Trabajo y en el 151 del Código Procesal del Trabajo.

Si esa institución se presta para esos que se consideran excesos, o parece inconveniente, habría que modificar la ley, *pero mediante otra ley.*

Empero, no debe parecer excesivo un lapso de prescripción que en total puede llegar a un tiempo vecino a los seis años, lo que no es frecuente, si se tiene en cuenta que los derechos laborales de trabajadores particulares, trabajadores oficiales y empleados públicos estuvieron sometidos, con algunas excepciones, durante largo período, al régimen de prescripción de las acciones consagrado en el Código Civil, cuyo lapso era y es de veinte años.

VIII. Se dice en la comentada providencia:

"Si se entendiera que ese artículo 41 es precisamente una excepción a la regla del artículo 83 del código administrativo, habría que concluir que las acciones laborales oficiales no tienen caducidad y que frente a ellas ni siquiera se da el agotamiento de la vía gubernativa, con lo que se les estaría convirtiendo, contra todo el sistema legal, en acciones de reclamación directa".

No es exacto. La excepción a la regla sobre caducidad no implica una excepción al requisito legal consistente en el agotamiento de la vía gubernativa. Las acciones laborales de los trabajadores oficiales no caducan y sin embargo, como ya se vio, están sujetas a las reglas sobre agotamiento de la vía gubernativa.

En otros términos, esas acciones no están sometidas a las reglas sobre caducidad y no obstante, no se convierten "en acciones de reclamación directa", pues la ley exige, como requisito indispensable, para su ejercicio ante los jueces laborales, que se haya agotado la vía gubernativa.

Precisamente el fenómeno de la interrupción de la prescripción y el de la reanudación de ella hasta por otro trienio parten de la base de la reclamación administrativa. Si no la hay, tampoco opera la interrupción de la prescripción, ni habrá segundo trienio.

IV. Considero innecesario, refutar la tesis de que la prescripción no está incluida en la excepción prevista en el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo, en materia de caducidad ("salvo disposición legal en contrario", dice la norma). Es suficiente la consideración de que la norma sobre caducidad es general para las acciones contencioso administrativas y la relativa a la prescripción es especial, pues se refiere únicamente a las acciones contencioso-administrativas de carácter laboral. Y dispone el artículo 5o. de la Ley 67 de 1887 que "la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general". Ello basta, para no tener que afirmar el carácter de norma posterior que tiene el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 con relación al 83 del Código Contencioso Administrativo.

Se trata simplemente de un régimen especial, exceptivo (el de la prescripción de las acciones contencioso administrativas de carácter laboral) respecto del general (caducidad de las acciones contencioso-administrativas).

Finalmente, cabe advertir que es distinto el caso de las acciones contencioso administrativas dirigidas a obtener la anulación de actos como son, entre otros, los de remoción de empleados públicos (revocación, insubsistencia de nombramientos, destitución, etc.) o de suspensión de los mismos en el ejercicio del cargo, que están sujetas a las reglas de la caducidad y no a las de la prescripción.

En esos casos el derecho que se reclama no es anterior al acto administrativo sino que surge directamente de él, que fue el que causó, real o supuestamente, el daño o perjuicio. Es ese daño el que da origen al derecho y cuya reparación se busca mediante la acción de plena jurisdicción. Con ella no se puede pretender el restablecimiento del derecho mediante el reintegro al

servicio y el pago, a título de indemnización, de sumas dejadas de percibir a causa del acto real o supuestamente ilegal, sino sobre la base de su anulación.

Es decir, el acto acusado, real o supuestamente ilegal, es la fuente del derecho y lo que se busca con la acción de plena jurisdicción es el reconocimiento y efectividad de este último, a condición de la previa anulación de aquél, en razón de su ilegalidad, pues si no es ilegal, no violó ningún derecho y nada hay que restablecer o reparar.

En cambio, tratándose de una reclamación de salarios, cesantía, indemnización por accidente de trabajo, pensión de jubilación o de invalidez o de retiro por vejez, el derecho es anterior al acto administrativo que lo desconoce o niega total o parcialmente.

Joaquín Vanín Tello.

Bogotá, D.E., veinticinco (25) de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

IMPEDIMENTOS. RECURSO DE SUPLICA. (Ley 11/75. Art. 2o.). Régimen excepcional del recurso de súplica prescrito por el artículo 2o. de la Ley 11 de 1975.

NTA: Reiteración del Auto de agosto 30 de 1977. Sala Plena. Ponente: Dr. Humberto Mora Osejo. Exp. 10.125. Actor: María O. Toro Fernández y otra.

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D.E., tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Joaquín Vanín Tello**

Actor: **Segundo Pérez**

Referencia: Expediente No. 10.867 Recurso de Súplica

El Consejero doctor Jorge Valencia Arango, miembro de la Comisión Tercera, la cual profirió en este negocio el fallo que es objeto del recurso de súplica para ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, ha manifestado, en escrito de fecha 13 de enero del presente año, que se encuentra "impedido para actuar, a tenor de la causal 2a. del Artículo 102 del C.C.A., por haber concurrido a dictar la sentencia impugnada".

En diversas ocasiones la Sala ha expresado su criterio sobre esta materia en el sentido de que los Consejeros de la Sección que hayan dictado una providencia sometida al conocimiento de la Sala Plena en virtud de la interposición del recurso de súplica, no están impedidos para actuar en el correspondiente negocio ni para concurrir a dictar la providencia que resuelva el

recurso. Así, en auto de fecha 30 de agosto de 1977, dijo la Sala, en lo pertinente:

"3o. El recurso de súplica, prescrito por el artículo 2o. de la Ley 11 de 1975, aunque excepcional o extraordinario, es parte integrante de la segunda instancia, por apelación o consulta, e implica la posibilidad jurídica que se lo declare infundado o que prospere y se infirme, de contera, la providencia de la Sección y que, en esta hipótesis, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo profiera la que deba reemplazarla. Pero en todas ellas, por activa o por pasiva, mediata o inmediatamente, en relación con la providencia del Tribunal que es objeto del recurso de apelación o del grado de consulta, sobre la cual, de todos modos, repercute la decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Del mismo modo como en la Jurisdicción Ordinaria la sentencia de cualquiera de las Salas de Casación de la Corte Suprema de Justicia incide, necesariamente, sobre la proferida por el Juez de Primera Instancia, el cual por esta causa está impedido para conocer, como Magistrado de la Corte y de conformidad con el artículo 142, número 2, del Código de Procedimiento Civil, del Recurso de Casación. Nótese que en este caso no se trata del recurso de apelación ni del grado de consulta, que se surten ante los Tribunales Superiores, sino del recurso extraordinario de Casación, del conocimiento de la Corte, mientras que el de súplica, que corresponde a esta Corporación, es parte integrante de aquéllos, así tenga carácter excepcional y extraordinario, no por violación de la Constitución y de la ley, como sucede con el de casación, sino por contrariar una jurisprudencia, que bien puede tener por fundamento la ostensible infracción de éstas.

"4o. Las causales de impedimento y de recusación, que tienen por objeto garantizar la independencia del juez, como competencia subjetiva, en relación con una competencia objetiva, inciden, desde cuando ocurren los hechos que la constituyen, no sólo en las providencias o en algunas partes de ellas, separadamente consideradas, sino en el juicio, entendido como un todo, integrado por numerosas actuaciones procesales, que tiene por finalidad la decisión. De ahí que el artículo 142, número 12, del Código de Procedimiento Civil instituya como causales de impedimento, y por ende, de recusación para conocer del juicio "haber dado al juez consejo o concepto en las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en éste como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo", cualquiera que sea el sentido de su actuación y de la providencia que se vaya a proferir o revisar: si actuó en una de esas formas, por inane que sea su intervención, está absolutamente impedido, y hasta puede ser recusado, para conocer del juicio hasta su terminación".

" .....

"Por último, cabe advertir que el régimen del recurso de súplica, prescrito por el artículo 2o. de la Ley 11 de 1975, es excepcional y diferente: porque la misma norma dispone, en consideración a que el cambio de jurisprudencia, según el artículo 24 del Decreto-ley No. 528 de 1964, es de su competencia, que el recurso de súplica se interpone y surte ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; porque se trata, en consecuencia, de un precepto muy claro, cuyo tenor literal, como dispone el artículo 27 del Código Civil, no se puede desconocer "a pretexto de consultar su espíritu", que atribuye competencia a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y que, al hacerlo, instituye una

excepción a las reglas generales sobre causales de impedimento y recusación; porque, de lo contrario, desde el punto de vista lógico, el artículo 2o. de la Ley 11 de 1975 le habría otorgado una competencia a la mencionada Sala, creando a la vez, contradictoriamente, por esto mismo, una causal de impedimento para aquellos de sus miembros que profirieron la providencia que sea objeto del recurso de súplica, poque ello implicaría que, necesariamente, los recursos de súplica deben resolverse con el concurso de conjueces, los cuales inconstitucionalmente tendrían, en esta forma, funciones permanentes, de sustitución de los consejeros, impedidos por el hecho de serlo; porque el recurso de súplica, así tenga un carácter especial o extraordinario, es parte integrante de la segunda instancia...". Expediente No. 10125. Actoras: María Ofelia y María Regina Toro Fernández. Consejero Ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Anales del Consejo de Estado, Nos. 455 y 456. Segundo Semestre. 1977. Págs. 823 y ss.).

La Sala reafirma en esta oportunidad la anterior jurisprudencia y, en consecuencia, dispone:

Declárase infundado el impedimento que para actuar en este negocio ha manifestado el Consejero doctor Jorge Valencia Arango.

Cópiese y notifíquese.

Samuel Buitrago Hurtado, Presidente: **Aydée Anzola Linares, Carlos Betancur Jaramillo**, (salvó voto); **Jorge Dangond Flores**, (salvó voto); **Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn, Alvaro Orejuela Gómez, Bernardo Ortiz Amaya, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez Velasco, Ignacio Reyes Posada, Gustavo Humberto Rodríguez, Roberto Suárez Franco, Eduardo Suescún Monroy, Joaquín Vanín Tello.**

Darío Quiñones Pinilla, Secretario.

IMPEDIMENTOS. RECURSO DE SUPLICA. (Ley 11 de 1975, artículo 2o.). Artículo 102 del C.C.A. Impedimento. Aceptación.

SALVAMENTO DE VOTO
CARLOS BETANCUR JARAMILLO

Ponente: **Dr. Joaquín Vanín Tello**

Actor: **Segundo Pérez**

Referencia: Expediente No. 10.867

Súplica

Me separo, con todo respeto, de la decisión mayoritaria.

Estimo que debió acogerse el impedimento propuesto por el señor Consejero Valencia Arango, ya que su situación encaja en lo contemplado en el ordinal 2o. del artículo 102 del C.C.A., que a la letra dice:

"Son causas de impedimento y recusación en los miembros del Consejo de Estado y en los Tribunales Administrativos, las siguientes:

2o. Haber dictado el acto o providencia de cuya revisión se trate, o haber contribuido a dictarlos, o haber ejecutado o contribuido a ejecutar el hecho u operación administrativa sobre que versa la actuación".

El texto no deja margen a ninguna duda. El Dr. Valencia formó parte de la Sala que dictó la sentencia suplicada. De allí que se configurara una causal de amor propio, que le impide entrar a reconsiderar con absoluta libertad la decisión.

En el recurso extraordinario de súplica no se da sólo la posibilidad de confrontar el fallo con la jurisprudencia anterior de la Corporación, sino que se da el otro evento, perfectamente posible, de volver a dictar fallo de instancia.

En estas condiciones, la intervención de los miembros de la sala falladora cercena en cierta forma la garantía del debido proceso que tiene el recurrente, ya que éste tiene derecho a que su asunto lo reestudie la Sala Plena conformada por 16 Consejeros libres de todo compromiso previo. Y deben ser 16, de los cuales cuatro deben ser Conjueces. Con esto se reintegra el número legal de miembros.

Con todo respeto,

Carlos Betancur Jaramillo

Bogotá, D.E., febrero 26 de 1983.

IMPEDIMENTOS. Artículo 102 C.C.A. (Salvamento de Voto).

Artículo 102. "Son causas de impedimento y recusación en los miembros del Consejo de Estado y en los Tribunales Administrativos, las siguientes:

..."2a. Haber dictado el acto o providencia de cuya revisión se trate, o haber contribuido a dictarlas, o haber ejecutado o contribuido a ejecutar el hecho u operación administrativa sobre que versa la actuación".

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

SALVAMENTO DE VOTO DE JORGE DANGOND FLORES

Actor: **Segundo Pérez**

Referencia: Expediente No. 10.867

Me separo de la decisión adoptada por mayoría pues considero que se ha debido aceptar el impedimento manifestado por el Consejero Jorge Valencia Arango con claro fundamento en la causal contemplada en el ordinal 2o. del artículo 102 del Código Contencioso Administrativo y que dice:

"Son causas de impedimento y recusación en los miembros del Consejo de Estado y en los Tribunales Administrativos, las siguientes:

.....

"2a. Haber dictado el acto o providencia de cuya revisión se trate, o haber contribuido a dictarlos, o haber ejecutado o contribuido a ejecutar el hecho u operación administrativa sobre que versa la actuación.

El Consejero Valencia firmó, como miembro de la Sección Tercera, la providencia materia de impugnación y, en consecuencia, existe el motivo legal para declararlo separado del conocimiento del asunto en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a la cual corresponde estudiar y resolver el recurso de súplica por supuesto cambio de jurisprudencia y, en caso de prosperar éste, dictar fallo de instancia.

Jorge Dangond Flores

Bogotá, febrero 28 de 1983.

ACCION DE PLENA JURISDICCION. Restablecimiento del derecho.

EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION. Decreto 1950 de 1973, artículo 107.

Discrecionalidad de la administración en su remoción.

COMISION DE ESTUDIOS. En empleados de libre nombramiento y remoción: aquí no hay, una vinculación contractual entre la Administración y el actor, sino una situación legal y reglamentaria. De ahí que resulte cuando menos irritante pretender que por el hecho de que la Administración hubiera enviado al demandante a estudiar en el exterior adquiera el compromiso "contractual", de mantenerlo a su servicio sin solución de continuidad. La administración no puede limitar así su facultad discrecional de nombrar y remover sus agentes a su libre arbitrio.

RECURSO DE SUPLICA. (EXTRAORDINARIO. LEY 11/75. ART. 2o.). Finalidad.

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D.E., nueve de noviembre de mil novecientos ochenta y dos (1982).

Consejero ponente: **Dr. Carmelo Martínez Conn**

Actor: **Mario Valderrama Chaparro**

Referencia: Expediente No. 10.759. Recurso de súplica contra sentencia de 14 de noviembre de 1980 y 16 de febrero de 1981 de la sección segunda del Consejo de Estado.

En escrito de 13 de diciembre de 1980 (F. 249/256) el apoderado judicial de Mario Valderrama Chaparro, interpuso recurso de súplica, conforme al artículo 2o. de la Ley 11 de 1975, contra la sentencia de 14 de noviembre de 1980 (F. 234/242) proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, en la cual fueron denegadas las peticiones de la demanda formulada por el actor para que se anulara la Resolución No. 944 de 5 de junio de 1975, expedida por el Instituto Colombiano Agropecuario (ICA) por la cual fue declarado insubsistente el doctor Mario Valderrama Chaparro en el cargo de Economista Agrícola, Jefe de la División de Economía Agrícola del citado Instituto, y, como consecuencia de la declaración anterior y a modo de restablecimiento del derecho, se declare que el citado profesional a partir del día 26 de diciembre de 1973 y hasta el 26 de diciembre de 1980, esto es, por espacio de 80 meses, tiene derecho a que su remoción como empleado del Instituto Colombiano Agropecuario (ICA) no puede ser decretada sin que a ella proceda la existencia de justa causa legalmente comprobada, y en todo caso, sin que previamente a tal decisión se haya agotado por el Instituto Colombiano Agropecuario (ICA) las formalidades legales y convencionales que rigen para los contratos administrativos y especialmente la Ley 167 de 1941 en lo que se refiere a caducidad administrativa, como se pactó en el contrato de 16 de julio de 1971, celebrado entre el demandante y el ICA, que por lo tanto, el ICA está obligado a restablecer el demandante en su situación contractual en los términos y con las prerrogativas que contiene la convención citada. Como tercera petición, formuló, también a título de restablecimiento del derecho, la condena por perjuicios, tanto materiales como morales. Finalmente y como petición subsidiaria, pidió que se declarara resuelto a favor del actor el contrato administrativo celebrado entre el doctor Valderrama y el ICA por incumplimiento de éste y en consecuencia se declare al ICA responsable por los perjuicios derivados del incumplimiento.

Oportunamente el actor pidió sentencia complementaria alegando que se había omitido resolver los extremos de la litis, y por no contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda y no estar en consonancia con las pretensiones aducidas, todo con fundamento en el artículo 311 del C. de P. C., petición que fue resuelta en providencia de 16 de febrero de 1981 (F. 258/260) negando la adición.

El actor formuló entonces recurso de súplica instituido en la Ley 11 de 1975 estableciéndole a la sentencia los siguientes cargos:

1o. Haber contrariado la doctrina contenida en sentencia de 1o. de agosto de 1980, expediente No. 4047, actor: Tomás Alfredo Moreno Nieto, originaria de la misma Sección Segunda y de 3 de diciembre del mismo año, expediente 4436, actor: Martín Antonio Mc'Douall, también de la misma sección, según la cual de las controversias de plena jurisdicción relacionadas con contratos

administrativos, conoce la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, aplicando el Acuerdo de Sala Plena No. 1 de 1971, por lo cual el caso sub-judice debió resolverlo la Sección Tercera y no la Segunda.

2o. Haber contrariado la doctrina contenida en providencia de 1o. de octubre de 1974, expediente 1412, originaria de la Sección Tercera, actor: Jorge E. Cruz Pombo y 20 de marzo de 1975, expediente 1379, actor: Sociedad Rascovsky y Roldán Ltda., también de la Sección Tercera, conforme a la cual procede la sentencia complementaria en todos los casos en que se omite decidir cualquier extremo de la litis alegando al efecto, que no obstante que en la sentencia de 14 de diciembre de 1980 solo se estudiaron y decidieron las pretensiones principales, se omitió la decisión sobre las súplicas subsidiarias, negándose la adición de plano en providencia de 16 de febrero de 1981.

3o. Haber contrariado la jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual "en todo acto administrativo existen ciertos elementos esenciales, de los cuales dependen su validez y eficacia. Esos elementos son los siguientes: órgano competente, voluntad administrativa, contenido, motivos, finalidad y forma. 1o. ORGANO COMPETENTE: el acto debe emanar de la Administración, es decir, de un órgano estatal que actúe en FUNCION ADMINISTRATIVA, además, el órgano de la administración debe actuar dentro de los límites de su COMPETENCIA" (Mayúsculas del suplicante). Anales Tomo LXXX, Nos. 429-430, pág. 368, providencia de marzo 9 de 1971. También señaló como violada la que dice "es principio fundamental el que ningún órgano del Estado puede realizar actos individuales que no estén previstos o autorizados por disposición general anterior, pues salvo el caso de la facultad discrecional, en ningún otro es posible hacer excepción a este principio". Anales Tomo LV, Nos. 352-356, pág. 321, sentencia de 5 de octubre de 1945.

El suplicante desarrolla la acusación expresando que la jurisprudencia anterior fue doblemente contrariada en el caso de autos porque el acto administrativo contenido en la Resolución 944 de 1975 no fue declarado nulo, a pesar de la evidente incompetencia del Gerente General del ICA y de cualquier autoridad del orden administrativo para terminar por si y ante si un contrato administrativo como el celebrado el 26 de julio de 1971 con el doctor Mario Valderrama Chaparro, competencia exclusiva y excluyente del Juez de lo Contencioso Administrativo y ante el cual debió acudirse por el ICA para obtener la declaración pertinente pues "lo pertinente en casos como estos en que la administración observe una ilegalidad en el contrato o cualquier vicio que produzca la nulidad absoluta o relativa, debe acudir el juez de lo contencioso administrativo a pedir que se declare, pero en NINGUN CASO ROMPER UNILATERALMENTE EL CONTRATO (Arts. 2o. de la Ley 50 de 1936 y 1743 del C.C.) como lo adoctrinó el Consejo de Estado en fallo de julio 9 de 1976 (Sección 3a., expediente 1723, actor: Lucas Gutiérrez. Las mayúsculas son del suplicante). Y agrega, "fue por consiguiente contrariada la jurisprudencia por este aspecto, ya que, debiendo haber declarado nulo el acto administrativo, por incompetencia absoluta del ICA como administración para dictarlo, no se decidió así".

También se contrarió la jurisprudencia arriba citada, continúa el suplicante, por el aspecto de la competencia administrativa, puesto que el Gerente

General del ICA, segun sus estatutos en armonía con las normas constitucionales citadas en la demanda, no tiene facultad de libre remoción de los funcionarios directivos de la entidad, entre los cuales se hallaba el demandante. Al respecto cita otra jurisprudencia del Consejo de Estado, la cual transcribe y que dice así: "Es de simple lógica jurídica que si la ley priva a un funcionario que generalmente tiene esa facultad, de la libertad de nombramiento de ún empleado a falta de disposición expresa, como en el caso de autos, implícitamente también le quita la libertad de remoción, para radicarla en el funcionario a quien le otorgó la de nombramiento, ya que de otra manera no haría sino propiciarse en la vida de la administración pública, motivos de inseguridad para la buena marcha de ésta, de contradicciones, y de situaciones que hasta podrían degenerar en absurdo, todo con perjuicio del buen servicio general, lo que no es nada improbable dadas las intervenciones de diferente orden y con demasiada frecuencia se realizan en la administración..." (Anales Tomo LXII, Nos. 387-391, pág. 133, sentencia de abril 17 de 1959).

4o. Dice el suplicante que "se violó la jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual "la desviación de poder consiste en el hecho de que una autoridad administrativa, con la competencia suficiente para dictar un acto, ajustado en lo externo a las ritualidades de la forma, lo ejecute, no en vista del fin para el cual se le ha investido de esa competencia, sino para otros distintos" (Sentencia de 16 de julio de 1943, Anales Tomo LII Nos. 329-334, pág. 127). Y agrega el suplicante: "¿Cómo una de las causales de nulidad de los actos administrativos, la Ley 167 de 1941, consagró la denominada desviación o abuso de poder de quien expida el acto? Para nuestra jurisprudencia esa causal se presenta cuando "los móviles del acto administrativo no corresponden con los fines de la ley, lo cual se traduce en la utilización de una facultad legal o reglamentaria para un propósito diferente para el cual se confirió la facultad" (Sentencia de 8 de marzo de 1974, Anales Tomo LXXXVI, Nos. 439-440, pág. 249 s.s.). Añade que cuando se ataca un acto porque existe una desviación de poder es necesario demostrar el verdadero sentido de su producción. Y entonces no basta con estudiar el acto que se presenta como legal, sin vicios de alguna especie, pues es imprescindible buscar la intención del autor. Sobre este particular alega que en el juicio se demostró con evidencia el aserto por ser un hecho público y notorio que el actor fue removido como consecuencia de las investigaciones y debates públicos adelantados en la Comisión VIII del Senado, por la Contraloría y la Procuraduría General de la Nación y en la prensa hablada y escrita del país en donde se hicieron al Gerente del ICA, Rafael I. Mariño, investigación que se originó en denuncias del actor y seis compañeros más en cumplimiento de un deber profesional.

Sobre el mismo tema de la desviación de poder cita, además, las sentencias de 30 de septiembre de 1975, Anales del Consejo de Estado, Tomo LXXXIX, Nos. 1581; de 28 de octubre de 1980, sección segunda, expediente 4419, actores: Oscar Londoño Pineda y otros, de la cual transcribe el aparte pertinente.

5o. Dice que se violó la jurisprudencia del Consejo de Estado según la cual tratándose de empleados oficiales de libre nombramiento y remoción, si bien pueden ser desvinculados del servicio sin necesidad de agotar procedimiento alguno, cuando se pretenda imponerles sanción disciplinaria es preciso adelantar un proceso disciplinario con audiencia del inculpado, con garantía del

debido proceso y del derecho de defensa, bajo pena de violar los artículos 14 del Decreto 2400 de 1968, 1o. del Decreto 3074 de 1968 y 131 del Decreto 1950 de 1973 conforme a sentencia de 16 de abril de 1980, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, expediente 10.633; cita además, las sentencias de 10 de septiembre de 1978, expediente 2362; 20 de febrero de 1980, expediente 1581, todos de la sección segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo, lo mismo que el de 17 de diciembre de 1975, expediente 2829. Desarrolla este cargo diciendo que el fallo suplicado quebranta esta jurisprudencia por cuanto estima que el actor era empleado de libre nombramiento y remoción y no se demostró que estuviera protegido por un "status" determinado, podía ser desvinculado del servicio cuando a bien lo tuviera el nominador, disfrazando bajo la insubsistencia, la imposición de una sanción disciplinaria y la terminación irregular de un contrato administrativo sin que previamente se hubiere rituado ningún procedimiento.

Como el suplicante funda el recurso en la violación de doctrinas de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, sobre desviación y abuso de poder es procedente el examen de la sentencia suplicada (F. 234/242), para lo cual se transcribirá en lo fundamental.

Dijo la sentencia que acogió íntegramente el concepto del Ministerio Público:

"El acto aquí acusado es la Resolución No. 944 de 5 de junio de 1975, por medio de la cual el Gerente General del Instituto Colombiano Agropecuario ICA declaró insubsistente el nombramiento del accionante como Economista Agrícola, Jefe de la División de Economía Agrícola del ICA.

"Se trata, como es obvio, del ejercicio de la acción contenciosa administrativa de plena jurisdicción consagrada en el artículo 67 del C.C.A. y que solo puede perseguir como restablecimiento del derecho en caso de que el acto demandado sea ilegal, la reincorporación al cargo, al pago de sueldos, y demás prestaciones dejadas de devengar y al cómputo del tiempo no servido, como sin solución de continuidad, para efectos prestacionales.

"2a. Como servidor de un establecimiento público del orden nacional, el demandante ostentaba la calidad de empleado público, vinculado al servicio oficial por medio de una situación legal y reglamentaria, no contractual, sujeto por lo mismo al régimen de libre nombramiento y remoción. No se ha alegado, ni mucho menos se ha probado en el curso del juicio, que el señor Valderrama, en el momento de producirse el acto acusado, estuviera amparado por los fueros inherentes a la Carrera Administrativa u otra modalidad que le garantizara su relativa inamovilidad; siendo ello así, el ICA podía en cualquier momento, si se tiene en cuenta la disposición del Decreto 1950 de 1973 en su artículo 107, que dice: "En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados".

"3a. La controversia que al apoderado del actor pretende plantear con respecto a un posible "contrato" suscrito entre la entidad demandada y el demandante, aduciendo que la Administración lo había incumplido, no solo es

improcedente sino perfectamente fuera de lugar. Aquí no hay, se repite, una vinculación contractual entre la Administración y el actor, sino una situación legal y reglamentaria".

"Ocurrió simplemente, que el señor Valderrama como empleado público, obtuvo una comisión de estudios en el exterior, formalizada mediante un convenio que rigió para el solo efecto de sus estudios de especialización, no para modificar ni regular su vinculación con el Estado, que no fue nunca contractual. Se trataba, como en muchísimos casos semejantes, de una comisión de estudios durante la cual la Administración cumplió todas sus obligaciones con el ciudadano que tuvo la prerrogativa de estudiar y especializarse en el exterior".

"4a. De ahí que resulta cuando menos irritante pretender que por el hecho de que la Administración hubiera enviado al demandante a estudiar en el exterior adquiera el compromiso "contractual", según se alega, de mantenerlo a su servicio sin solución de continuidad. La Administración no puede limitar así su facultad discrecional de nombrar y remover sus agentes a su libre arbitrio".

"Tan libre es de hacerlo, que renunció una cláusula establecida solo en su favor, no en favor del demandante; la que establecía que éste último trabajaría a su servicio durante un término de tres veces mayor al empleado en sus estudios. Si el ICA profirió el acto acusado fue porque resolvió renunciar a ese derecho de mantener a su servicio al empleado; pero éste no puede alegar, por ningún motivo que ese derecho se establecía en su favor, es decir, que el ICA tuviera la *Obligación* de mantenerlo a su servicio. Los deberes del Instituto se cumplieron a satisfacción durante los cursos en el exterior del demandante. Una vez de regreso al país, no podía el Instituto simularle un fuero de estabilidad y permanencia que no obedecía al origen de su vinculación al sector público, pues no era funcionario inscrito y escalafonado en Carrera Administrativa sino sujeto a libre nombramiento y remoción".

"Con estas breves razones, entre muchas otras sobre las cuales cabría abundar, la Fiscalía emite su concepto de fondo para solicitar que se nieguen las súplicas de la demanda" (F. 239/241 C. No. 1).

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Bastaría la lectura de la parte doctrinaria de la sentencia que constituye el soporte de la resolutiva, para concluir que en ella no se emite o asume posición doctrinaria contraria a las sostenidas por la Corporación sobre desviación o abuso de poder que el suplicante cita en el escrito en el cual interpone el recurso de súplica instituido en el artículo 2o. de la Ley 11 de 1975, con lo cual sería suficiente para desecharlo, por cuanto lo que el legislador quiso remediar con este recurso especial de súplica, fue evitar que las distintas secciones de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado, modificaran doctrinas originarias de dicha Sala, sin cumplir con el requisito del artículo 24 del Decreto 528 de 1964 de llevar el proyecto de sentencia previamente a la consideración de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo para que en ésta se acogiera total o parcialmente o se reitere la doctrina que se quería modificar, pero en ningún caso para retrotraer el debate probatorio, pues las secciones tienen competen-

cia plena para apreciar las pruebas y decidir las cuestiones contenciosas que le están adscritas.

No habiéndose demostrado contradicción doctrinaria entre la sentencia suplicada y las que se citan de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, es procedente rechazar el recurso de súplica como se hará a continuación.

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

FALLA:

1. No prospera el recurso de súplica.

2. Vuelva el expediente a la sección de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Bernardo Ortiz Amaya, (Presidente).

Los consejeros,

Aydée Anzola Linares, Carlos Betancur Jaramillo, (Salvó el voto), **Samuel Buitrago Hurtado, Jorge Dangond Flores, Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn, Alvaro Orejuela Gómez, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez Velasco**, (Con salvamento de voto), **Ignacio Reyes Posada, gustavo Humberto Rodríguez**, (Con Salvamento), **Roberto Suárez Franco, Eduardo Suescún Monroy**, (Con Salvamento), **Jorge Valencia Arango, Joaquín Vanín Tello.**

Darío Quiñones Pinilla. Secretario General.

CONTRATO DE COMISION DE ESTUDIOS. (Salvamento). Terminación unilateral: limitaciones. Finalidad dada por la ley.

ACTOS INDIVIDUALES. (Salvamento). PROHIBICION. Ningún órgano del Estado puede realizar actos individuales que no tengan el respaldo en una disposición anterior, bien reglamentaria o convencional.

CONTRATO. Es ley para las partes. Artículo 1602 C.C.

FUNCIONARIOS. COMPETENCIA. (Salvamento). No puede hacer sino aquello para lo cual está expresamente autorizado en el ordenamiento.

DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA. Criterio del buen servicio.

DESVIACION DE PODER. En la declaratoria de insubsistencia.

SALVAMENTO DE VOTO
CARLOS BETANCUR JARAMILLO

Consejero ponente: **Dr. Carmelo Martínez Conn**

Actor: **Mario Valderrama Chaparro**

Referencia: Expediente No. 10.759

Me separo con todo respeto de la decisión mayoritaria de 9 de noviembre del presente año. Y lo hago por cuanto considero que no sólo se quebrantó la jurisprudencia de la Corporación con la sentencia del 14 de noviembre de 1980 dictada por la Sección II, sino que el desconocimiento de aquélla fue flagrante y ostensible. Hasta el punto que puede afirmarse que el ICA con su decisión le dio a la literatura jurídica colombiana un ejemplo antológico sobre la desviación de poder.

Como razones de mi discrepancia presento apartes de la ponencia que elaboré al estudiar asunto similar ante la Sala Plena y que también fue despachado desfavorablemente por ésta.

Así del proceso 10.738 del cual fue actor el Dr. César Cardona Mejía, destaco:

Intentó este profesional la nulidad de la resolución No. 948 de 5 de junio de 1975, por la cual la gerencia del ICA lo declaró insubsistente del cargo de Director de la División de Investigación Agrícola; y en subsidio, licitó que se reconociera el incumplimiento por parte de la misma entidad del contrato administrativo de comisión de estudios que había celebrado con ésta. A título de restablecimiento pidió indemnización de perjuicios tanto por concepto de lucro cesante como por daño emergente. En escrito posterior corrigió la demanda y solicitó, además de la nulidad, que se le restableciera en su situación contractual, por el indebido rompimiento del vínculo y se le pagaran los perjuicios de toda índole, previa su actualización. Como hechos narró, en síntesis:

a) Que el día 23 de julio de 1968 celebró con el ICA un contrato administrativo mediante el cual cursó estudios en el exterior por un lapso de 40 meses hasta obtener los títulos de master of Science y doctor of Philosophy; y se comprometió a prestar sus servicios al mismo Instituto por un término no inferior a tres veces el tiempo de su comisión.

b) Que en relación con la terminación unilateral del contrato por el ICA, se convino que ella no podía producirse sino por justa causa (cláusula 6a., 7a., 8a. y 12a.).

c) Que se reincorporó al servicio tan pronto regresó del exterior, el día 17 de diciembre de 1971, hasta que fue declarado insubsistente el 5 de junio de 1975, cuando debía permanecer en el cargo hasta diciembre de 1981.

d) Que en derecho las cosas se deshacen como se hacen, de donde debió ajustarse la decisión al convenio celebrado y no con apoyo en una insubsistencia que implicó el rompimiento unilateral, ilegal e intempestivo del mismo.

e) Que el acto de insubsistencia se dictó sin la observancia de las formas legales propias, ya que no mediaron motivos legales o convencionales para la extinción del contrato, ni fue motivado el acto y ni siquiera notificado.

El fallo de la súplica denegó las peticiones con base en las razones que se transcriben más adelante y que coinciden con las expuestas por la señora fiscal 5a. de la Corporación.

Para el suplicante la sentencia desconoce la jurisprudencia de este Consejo contenida en los siguientes fallos: 1o. de octubre de 1974 (S. III); 20 de marzo de 1975 (S. III); 5 de julio de 1976 (S. II); 1o. de agosto de 1980 (S. II); 3 de diciembre de 1980 (S. II); 9 de marzo de 1971 (S. Plena); 5 de octubre de 1945 (S. Plena); 9 de julio de 1976 (S. III); 17 de abril de 1959 (S. Plena); 16 de julio de 1943 (S. Plena); 8 de marzo de 1974 (S. Plena); 30 de septiembre de 1975 (S. II); 27 de julio de 1980 (S. II); 16 de abril de 1980 (S. Plena); 30 de abril de 1976 (S.I); 5 de mayo de 1977 (S. II); 13 de mayo de 1972 (S. III); 17 de octubre de 1974 (S. III); 13 de marzo de 1972 (S. III); 2 de diciembre de 1980 (S. III); 18 de abril de 1969 (S. Consulta); 28 de agosto de 1980 (S. III); 17 de junio de 1946 (S. Plena); 12 de agosto de 1946 (Sala Plena); 11 de julio de 1962 (S. Plena); 18 de julio de 1975 (S. III); y 16 de mayo de 1975 (S. III).

Para efectos del recurso de súplica debe hacerse el cotejo o la confrontación entre la doctrina sentada por el fallo recurrido y la jurisprudencia de la Sala Plena que se afirma fue contrariada.

En este orden de ideas, se observa:

La doctrina contenida en el fallo suplicado.

1o. Que el contrato celebrado con sujeción al decreto 2196 de 1965 entre la administración y el becario, según el cual éste quedaba obligado para con aquélla a prestarle sus servicios por un término equivalente a tres veces el tiempo que durara la comisión de estudio, "impone una obligación al contratista mas no a la administración".

2o. Que esta conclusión se deriva del texto mismo del contrato celebrado, porque "a quien se impone una obligación es al contratista y no a la administración".

3o. Que "el contrato tenía un fin específico a través del cual en modo alguno podía variarse la relación laboral del actor, y mucho menos despojarse a la administración de la facultad discrecional de remover libremente en cualquier momento, ya que no era funcionario de carrera".

4o. Que "el contrato es ley para las partes a términos del artículo 1.602 del C.C. Pero en el caso presente, tratándose de un contrato administrativo en el cual se incorporaron todas las normas que rigen los contratos administrativos y especialmente la que se refiere a la cláusula de caducidad prevista en la Ley 167 de 1941, conforme se estipula en la cláusula décima segunda, bien podía el Instituto Colombiano Agropecuario ICA prescindir de los servicios

del demandante, máxime que todas sus obligaciones contractuales habían sido cumplidas en beneficio de la otra parte".

5o. Que "la insubsistencia de que fue objeto el actor no puede juzgarse como incumplimiento del convenio suscrito, por parte del Instituto, pues es claro que siendo un funcionario de libre nombramiento y remoción, como claramente se evidencia en autos, a pesar del mismo convenio, conservaba ese carácter. Mal puede considerarse que por ministro de un contrato suscrito por el actor su condición de empleado de libre nombramiento y remoción se iba a tornar de relativa estabilidad, con un período fijo de tres veces los 40 meses que duraron los estudios de especialización".

6o. Y que "es un hecho evidente, que el contrato tuvo su ejecución desde el mismo momento en que el demandante se reintegró en su cargo en el Instituto Agropecuario ICA al finalizar sus estudios en el exterior, sin que sus efectos tengan un alcance indefinido o preciso en el tiempo, en forma que le permita solicitar y obtener el reconocimiento de derechos presuntamente emanados para ello del contrato en mención".

Para la Sala luego de la lectura de los fallos citados, la respuesta sobre violación jurisprudencial es afirmativa y para llegar a ella le bastará analizar solo las sentencias de Sala Plena mencionadas, acatando así la decisión tomada por la misma en el proceso 10.392 (Dionisio Ariza) y de la cual fue ponente el señor Consejero Martínez Conn. Se advierte, sí, que las demás sentencias enunciadas y provenientes de las distintas secciones igualmente podrían tenerse en cuenta porque muchas de ellas se limitan a reproducir o a acatar, sin decirlo expresamente, orientaciones jurisprudenciales de Sala Plena.

En este orden de ideas la confrontación entre la sentencia recurrida y la jurisprudencia de la Sala Plena se hará en torno a las siguientes providencias: 9 de marzo de 1971; 5 de octubre de 1945; 17 de abril de 1959; 16 de julio de 1943; 16 de abril de 1980; 17 de junio de 1946; 12 de agosto de 1946 y 11 de julio de 1962.

JURISPRUDENCIA VIOLADA

Dados el contexto de las distintas decisiones y los motivos alegados, se presentan para su análisis en dos grupos: el primero, referente al fenómeno de la competencia; y el segundo, relacionado con la desviación de poder. Así, se observa:

PRIMER GRUPO:

a) Auto de 9 de marzo de 1971; y b) sentencia de 5 de octubre de 1947.

Sostiene la Corporación, en lo pertinente y en el mismo orden:

a) "En todo acto administrativo existen ciertos elementos esenciales, de los cuales dependen su validez y eficacia. Esos elementos son los siguientes: Organo competente, voluntad administrativa, contenido, motivos, finalidad y forma. 1o. Organo Competente: El acto debe emanar de la administración, es decir de un órgano estatal que actúe en función administrativa. Además, el órgano de la administración debe actuar dentro de los límites de su competen-

cia. Si los excede, el acto resulta viciado, con mayor o menor intensidad, según sea la naturaleza del exceso cometido. 2o. Voluntad Administrativa: Otro elemento esencial del acto administrativo es la existencia de una voluntad estatal válida, exteriorizada en una declaración expresada en forma legal. El acto administrativo se aprecia a través de esa declaración, pero lo esencial es la voluntad real del órgano administrativo. 3o. Contenido: Todo acto administrativo debe tener un contenido determinado, el cual debe ajustarse a todas las normas jurídicas vigentes. La existencia de este contenido, ajustado a las normas jurídicas vigentes y superiores, es un elemento esencial para la validez del acto. *La administración no puede actuar caprichosamente, sino que debe hacerlo tomando en consideración las circunstancias de hecho y derecho que corresponde.* En las actividades fundamentalmente regladas, los actos de la administración están casi determinados de antemano; en cambio, en las actividades discrecionales, la administración tiene un margen más o menos amplio para decidir, *pero debe tomar en cuenta las circunstancias y los fines propios del servicio a su cargo, las circunstancias de hecho y de derecho que, en cada caso, llevan a dictar el acto administrativo constituyen la causa, o mejor, el motivo de dicho acto administrativo*". (Anales del Consejo, Tomo 43, 1971. Auto de marzo 9 de 1971 Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez. Actor: Francisco Sefair López).

b) "Es principio fundamental el que ningún órgano del Estado puede realizar actos individuales que no estén previstos o autorizados por disposición general anterior, el que tiene en todos los Estados modernos un carácter casi absoluto; pues, salvo el caso de facultad discrecional, en ningún otro y por ningún motivo es posible hacer excepción a este principio". (Anales Tomo LV, números 352 a 356 pág. 321).

Las transcripciones precedentes muestran una misma línea doctrinaria, la que aparece contrariada, en primer término, por cuanto el ICA al declarar la insubsistencia de un funcionario que no estaba en ese entonces sujeto al status de libre remoción sino al de becario con período fijo o status legal convencional, ejerció una competencia por fuera de los cauces que este último status le imponía o sea, por la vía de la declatoria de caducidad y por cualesquiera de las causales. La competencia para terminarlo por otras causas era del juez del contrato, vale decir de la jurisdicción contencioso administrativa. El poder exorbitante de terminación unilateral es una facultad reglada y por ende, la administración tiene su competencia limitada exclusivamente a los motivos que permitan su ejercicio. Por fuera de éstos, nada puede hacer y si lo hace su decisión será anulable por incompetencia.

En segundo lugar, se da esa violación porque ningún órgano del Estado puede realizar actos individuales que no tengan el respaldo en una disposición anterior, bien reglamentaria o convencional; y porque pese a que se demostró que el Dr. Cardona no era funcionario de libre remoción, se tomó la medida con apoyo en esa premisa, disfrazando bajo la insubsistencia la terminación irregular de un contrato que era ley para las partes según el mandato legal (artículo 1.602 del C.C.)

SEGUNDO GRUPO:

Sentencias de 16 de julio de 1943 y 5 de octubre de 1947 (a y b) en su orden).

Dichos fallos dicen en lo pertinente:

a) "Para terminar, es bueno advertir, ya que el caso aquí contemplado guarda cierta analogía o semejanza con el de Rafael Gómez Quiroga, fallado en sentido distinto por esta misma Corporación, que si esto se hizo, lo fue por haberse demostrado en ese juicio (demostración que en éste no se trajo a los autos), que tal supresión se hizo, no por necesidades del servicio, ni por hacer economías, sino con el exclusivo fin de deshacerse, con prescindencia de los trámites de ley, de un empleado que se consideró estorboso, hecho constitutivo de una clásica desviación de poder "que consiste en el hecho de que una autoridad administrativa con la competencia suficiente para dictar un acto ajustado en lo externo a las ritualidades de forma, lo ejecuta, no en vista del fin para el cual se le ha investido de esa competencia, sino para otros distintos", lo que da base suficiente para calificar la destitución como arbitraria e ilegal, y, por ende, para ordenar, como entonces se ordenó, que el empleado fuera restituido a su puesto y que se le pagarán los sueldos correspondientes al tiempo que estuvo cesante. (Anales Tomos 50 a 53, julio 16 de 1943, pág. 127).

b) "El agente público no puede perseguir sino un fin de interés general, ni debe perseguir una finalidad en oposición a la ley. Pero no basta que el fin perseguido sea lícito y de interés general, sino que es necesario, además, que entre en la competencia del agente que lo realiza. Pero aún siendo lícito el fin de interés público y dentro de la competencia del agente, no puede perseguirse sino por medio de los actos que la ley ha establecido al efecto.

"De tal manera, pues, que hay ilegalidad de los fines del acto, ilegalidad que se conoce con el nombre de desviación del poder, o abuso de autoridad, cuando las circunstancias que concurren revelan que el fin que con el acto se persigue no es la satisfacción del interés público —que es lo único que debe perseguirse por el agente administrativo— y no un interés cualquiera, sino el interés concreto, que debe satisfacerse por medio de la competencia atribuida a cada funcionario". (Anales Tomo LV, Nos. 352 a 356, pág. 321).

Las jurisprudencias aquí transcritas aparecen igualmente contrariadas. Muestran los autos que no fue el móvil legal del buen servicio público, el que impulsó al señor Gerente del ICA para tomar la medida de insubsistencia, sino otros diferentes sin justificación alguna dentro del proceso. En otros términos, el mencionado funcionario expidió el acto por fuera de los fines de la ley, contrariándola y con apoyo en una facultad legal y reglamentaria que a la sazón no poseía y que solo le permitió disfrazar u ocultar los motivos reales de la desvinculación.

La Sala estima que sobra analizar las otras providencias citadas, máxime cuando ellas en lo fundamental reiteran iguales tesis doctrinarias.

JUSTIFICACION DE LA CONTRARIEDAD JURISPRUDENCIAL ANOTADA

Con este título la Sala desarrolla tres temas que guardan una íntima relación entre sí y que se explicarán con los títulos siguientes: la situación estatutaria y el contrato; el contrato de comisión; y la libre remoción.

LA SITUACION ESTATUTARIA Y EL CONTRATO

Aparece acreditado en autos que el Dr. Cardona Mejía se vinculó al ICA en enero de 1966, en período de prueba, y como genetista auxiliar del programa de horticultura y que pasó satisfactoriamente dicho período. Dadas sus condiciones de trabajo fue comisionado para que adelantara estudios de entomología en la Universidad de California tendientes a obtener el máster. (Ver resolución 00706 de 11 de julio de 1968, a fol. 79 de los antecedentes).

En obedecimiento al mandato contenido en el artículo 3o. de la mencionada resolución el ICA contando con la autorización del Decreto 2196 de 1965, suscribió contrato con el Dr. Cardona el 23 de julio de 1968, mediante el cual el mencionado profesional contrajo entre otras obligaciones la de prestarle al Instituto "sus servicios por un término no menor al triple del de su permanencia en el exterior en uso de la comisión a que se refiere la presente resolución, a partir de la fecha de su regresó al país, con remuneración similar o no inferior a la del personal que desempeñe funciones semejantes".

Se evidenció además que el Dr. Cardona cumplió con todo rigor su comisión de estudios durante 40 meses y obtuvo las más altas calificaciones y distinciones y los títulos de master of Science y doctor en Philosophy. Asimismo se demostró su reintegro al servicio el 17 de diciembre de 1971, sus ascensos posteriores y su insubsistencia, inmotivada, el 5 de junio de 1975, cuando cumplía las funciones de Director de la División de Investigaciones Agrícolas.

El recuento que se deja visto muestra que cuando el Dr. Cardona suscribió el contrato de comisión de estudios era un funcionario de libre remoción. Hasta ese momento el ICA podía separarlo del servicio por razones de buena administración, sin tener que motivar su insubsistencia. No era funcionario de carrera, ni gozaba de período fijo.

Pero la suscripción del contrato, autorizado por la ley (Decreto 2196 de 1965) introdujo una serie de modificaciones en la relación estatutaria. Y fue así como en virtud de ese mandato legal, desarrollado en el aludido contrato administrativo, el funcionario comisionado quedó sujeto temporalmente a una nueva situación estatutaria (la del funcionario especializado por cuenta del Estado) y por el término permitido en la ley, o sea la comisión más tres veces su duración.

De manera que la situación inicial no se varió ilegal o caprichosamente por las partes, ya que éstas no hicieron otra cosa que acogerse a la ley que permitía su mutación. Si no hubiera existido el Decreto 2196 el contrato sería nulo, de nulidad absoluta, por objeto ilícito y tendría razón la Sección II cuando insiste en que la relación de libre remoción no podía variarse convencionalmente.

Gracias a la nueva situación legal-convencional desapareció temporalmente la facultad de libre remoción que la administración tenía antes de celebrar el contrato y fue reemplazada por la de caducidad, tal como se lee en la cláusula décimo-segunda de éste, que a la letra dice: "Se entienden incorporadas al presente contrato, todas las normas legales que rigen los contratos administrativos y especialmente la Ley 167 de 1941 en lo que se refiere a caducidad administrativa".

La inclusión de esta cláusula, que le otorgó un poder exorbitante al ICA para declarar terminado el contrato unilateralmente cuando se dieran los motivos señalados expresamente en la ley para el efecto, hizo imposible la vigencia de la libre remoción (fenómenos que se excluyen por contradictorios) y por ende, ostensiblemente ilegal su ejercicio.

Por el mandato legal mencionado, delimitado en el contrato, se concretó la competencia del ICA para darlo por terminado y se le condicionó a que se dieran las causales expresas de caducidad indicadas en la ley, vinculadas al convenio por voluntad del mismo Instituto. Esta consagración de la caducidad le dio estabilidad relativa al funcionario no solo durante la comisión, sino en la etapa posterior y subsiguiente (o de aprovechamiento por parte de la administración) equivalente a tres veces la duración de aquélla (ver cláusula 4a. y resolución 706) y le permitió al contratista laborar con la certeza de que mientras cumpliera con las funciones encomendadas no corría con el riesgo de quedar cesante.

La competencia de los funcionarios públicos es de derecho estricto. El funcionario no puede hacer sino aquello para lo cual está expresamente autorizado en el ordenamiento, dentro de ciertos límites fijados por la naturaleza del asunto, el tiempo, el lugar o las formas propias. Por estas razones se habla de incompetencia ratione materiae, ratione temporis y ratione loci o del ejercicio informal de la competencia. Estos extremos delimitan su ejercicio y no es el capricho del funcionario el que le permite ejercerla a su antojo, sino que para el efecto debe acatar el ordenamiento que le dice cuándo, cómo, dónde y en qué asuntos puede cumplirla.

Pues bien, en el caso concreto, antes del vencimiento del contrato el ejercicio de la competencia para desvincular al Dr. Cardona estaba supeditado a que se dieran las causales de caducidad, entre las que figuraba el incumplimiento del contratista y no podía estar la libre remoción, porque el convenio hablaba sólo de causas justas de terminación y señalaba las consecuencias patrimoniales de las mismas, (ver cláusulas 6a., 7a. y 8a.).

EL CONTRATO

Como es bien sabido, el contrato es un ente creador de obligaciones. Es quizás su fuente más fecunda y su única finalidad jurídica y económica.

En razón de las obligaciones que produce, puede ser unilateral o bilateral; siendo de la primera clase cuando de él sólo resultan obligaciones para una de las partes; y de la segunda o sinalagmático, cuando produce obligaciones para todas las partes contratantes.

De la lectura del contrato de comisión de estudios suscrito entre las partes en contienda, se infiere claramente su bilateralidad. De un lado, el Dr. César Cardona Mejía contrajo las obligaciones indicadas en las cláusulas primera (tomar los cursos de especialización en la universidad norteamericana convenida); segunda (el envío periódico de sus calificaciones); cuarta. (continuar a su regreso prestando sus servicios al ICA por un término no inferior al triple de su comisión); y sexta (devolver, en caso de incumplimiento, lo percibido durante la misma).

De otro lado, el ICA se obligó a: 1o.) Condonar la suma de $81.180.oo o el monto total de lo que el comisionado reciba por concepto de la comisión en la forma allí indicada; 2o.) Condonar lo que haya recibido el comisionado, si la cancelación de la comisión se deba a justa causa, sin culpa de éste; 3o.) Condonar esas mismas sumas, mediante resolución motivada, si por causas ajenas al comisionado, justas para el Instituto, aquél no pudiera servir el tiempo que debe prestar según el convenio, luego de su regreso al país.

Pero, como es obvio, dada la correlación de las obligaciones creadas por ese contrato y la interdependencia de los nexos jurídicos que nacieron del mismo (la causa de las obligaciones del ICA eran las contraprestaciones del Dr. Cardona) debe anotarse la siguiente correspondencia:

A la obligación del Dr. Cardona de tomar los cursos de especialización en la forma convenida, correspondía el derecho para el ICA de exigir la toma de esos cursos y la obligación de facilitarle los medios para el efecto. A la obligación de suministrar periódicamente reportes sobre calificaciones obtenidas por el comisionado, correspondía el derecho del ICA a exigirlos. A la obligación de prestar servicio, a su regreso, por el triple del tiempo de la comisión, correspondía la obligación del Instituto de suministrarle trabajo por ese mismo lapso con la remuneración adecuada y el derecho correlativo de exigirle la prestación de ese servicio. Como es lógico al deber de prestarlo correspondía asimismo el derecho a exigir del ICA las facilidades para hacerlo. A la obligación de devolver lo percibido durante la comisión, en caso de incumplimiento, bien en la época de estudios o en su vinculación posterior, correspondía la obligación para el ICA de condonar, en caso de cumplimiento, lo que el comisionado hubiera percibido como valor de la comisión.

Como se observa, son una serie de obligaciones y derechos interdependientes que contradicen la afirmación de la sentencia suplicada de que por virtud de ese contrato sólo se obligó al Dr. Cardona o mejor que esa comisión "impone una obligación al contratista más no a la administración".

En suma, en ese contrato bilateral (y en todos, en principio) las obligaciones de una parte son los derechos de la otra. Y además, el contrato es ley para las partes por mandato legal y ninguna de ellas puede prevalerse de su especial rango o categoría para no cumplir las obligaciones a su cargo.

Efectivamente, tal como lo dispone el artículo 1.602 del C. Civil, el contrato es ley para las partes y por ende, obligatorio para las mismas. Pero la Sección II luego de hacer esa afirmación extrajo una conclusión diferente. Si era ley para las partes y en él se convino que su terminación no podía lograrse sino por unas causales de caducidad, ¿por qué aceptó como correcta la terminación de la relación contractual por un motivo, la libre remoción, que no estaba contemplado? Basta leer el texto del contrato para concluir que el día de la insubsistencia todavía le faltaba mucho tiempo para su terminación normal.

Esa declaratoria de insubsistencia, fuera de que desconoció las normas reguladoras de la competencia, puso de presente el incumplimiento del ICA y comprometió su responsabilidad. El Dr. Cardona al suscribir el contrato de comisión quedó sometido a una situación legal y reglamentaria diferente, como se explica en apartes de esta misma providencia, y, por consiguiente, no

sujeto a la libre remoción que el Decreto 2196 de 1965 no comprende y que antes rechaza implícitamente al disponer que el funcionario favorecido con una beca "queda obligado a prestar sus servicios en la respectiva rama de la administración pública a que pertenece y dentro de su especialidad, en cargos de igual o superior nivel, *por un término equivalente a tres veces el término que dure la comisión de estudios*". (Subrayas fuera de texto).

El contrato de comisión, para lograr los fines pretendidos por el legislador (dotar a la administración de personal altamente calificado), no termina con la culminación de los estudios, ya que éstos son sólo su primera etapa, sino que continúa en la segunda, o sea la de prestación del servicio del becario por el término señalado en la ley, que es precisamente la circunstancia que justifica la celebración de este tipo de convenios, ya que así la administración logrará los beneficios de la actividad del funcionario especializado.

Es apenas lógico que para lograr ese aprovechamiento, la ley haya ideado mecanismos para garantizar coercitivamente ese servicio. Así, y en favor de la misma administración, dejó de lado la libre remoción y le impuso al administrado la obligación de permanecer en su ejercicio durante un término no inferior al triple de su comisión.

Si el contrato no cobijara sino la primera etapa de estudios, adolecería de nulidad porque sería en beneficio exclusivo del becario y la inversión estatal implicaría una clara malversación de fondos públicos. No puede olvidarse que el móvil o la causa determinante de las obligaciones de la administración en este tipo de contrato radica, primordialmente, en el provecho que va a derivar de los servicios del funcionario especializado.

Y si por un lado la administración no puede remover libremente al becario mientras cumple su obligación de servicio, éste no podrá caprichosamente renunciar antes de su vencimiento, so pena de sufrir las sanciones expresamente señaladas en el convenio. Se observa aquí una nueva relación interdependiente. No tiene sentido alguno que la administración alegue la libre remoción frente a un funcionario que por ley debe prestarle sus servicios por un término definido, como contraprestación por la comisión que le otorgó.

LIBRE REMOCION

La estabilidad del funcionario es un principio del derecho administrativo, ya que consulta no sólo los intereses de la administración sino los del propio funcionario. De aquélla, porque en esa forma puede cumplir sus cometidos de una manera continua e ininterrumpida, y de éste, porque podrá de tal manera entregar lo mejor de sí ante la certidumbre, así sea relativa, de su permanencia en el puesto.

Y la estabilidad es la regla y no la excepción, al menos en el ordenamiento jurídico colombiano. Tan consciente de esto ha sido el legislador que en el sector administrativo desde tiempo atrás impuso la carrera administrativa y creó las condiciones para su ingreso mediante el lleno de ciertos requisitos. Además, contempló, mediante reglas especiales, que ciertos funcionarios gozarían de período fijo, sólo removible antes de su vencimiento, como los de carrera, por causales preestablecidas y mediante un debido proceso.

Y asimismo esa estabilidad se observa, aunque atenuada, en los funcionarios que la ley llama de libre remoción, porque ésta, como lo ha sostenido reiteradamente la Corporación no podrá ser nunca arbitraria por tener que obedecer forzosamente al interés general del buen servicio público. No puede olvidarse que el administrado posee dentro del régimen de sus garantías, el derecho a la legalidad de la actividad administrativa.

Quizás por una anacrónica interpretación del poder discrecional y a una inadmisible confusión entre el motivo legal que debe existir en toda manifestación de voluntad administrativa y la motivación que debe o no exponer al hacerla, se ha llegado a sostener que el acto de insubsistencia carece de control jurisdiccional, porque la administración al expedirlo no tiene que explicar los motivos de la misma. Aquí esta permisión no debe significar que el acto pueda carecer de motivo legal porque éste tendrá que darse siempre so pena de nulidad. Motivo legal que en los casos de insubsistencia no podrá estar desvinculado del interés general del buen servicio público.

Hoy ya es insostenible la tesis del acto discrecional inimpugnable y puede afirmarse que tal posición pertenece al archivo de la doctrina.

En la actualidad todo acto administrativo, en principio, es controlable jurisdiccionalmente y como mínimo los extremos de la competencia y del fin serán objeto de ese control en todos los casos.

La libre remoción es así cuestionable, no sólo en cuanto a la competencia del funcionario que la ejerce, sino, especialmente, en su finalidad: el interés público del buen servicio. Esta noción tendrá que estar presente siempre y para hacerla actuante el mismo legislador exige que aunque el acto de insubsistencia no se motive, sí tendrá que expresarse la razón o el móvil del mismo en la hoja de vida del funcionario. Esta exigencia, que implica una obligación para la administración, es un derecho para el funcionario y una garantía para ambos. Para la primera, porque podrá seleccionar mejor así a sus futuros servidores para lograr una mayor efectividad; y para el segundo, porque le facilitará el control de legalidad del acto que lo declare insubsistente. Por lo demás, es una obligación para la administración como lo ordena el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968; y es un derecho para el administrado vinculado al que toda persona tiene a que se le respete su honra y buen nombre, ya que de esta manera podrá reivindicarse ante los de su oficio o profesión y la sociedad en general cuando estén reñidos con la verdad.

Y es controlable ese acto de insubsistencia no sólo por violación de la ley que organiza las competencias, sino en cuanto al fin que movió a la administración para expedirlo, vale decir, por desviación de poder; fenómeno que puede radicar en el desconocimiento de la regla del buen servicio o en la carencia de motivo legal.

La libre remoción está seriamente cuestionada en la doctrina. Y lo está porque se ha prestado, como la que más al ejercicio del más crudo "clientelismo", en perjuicio de la buena marcha de la administración y de los derechos de los servidores públicos eficientes.

Por fortuna ya la jurisprudencia ha tomado también conciencia del fenómeno y permite su control no sólo en cuanto a la competencia sino en lo que toca con su fin, por la mencionada vía de desviación de poder.

Pero el caso subjudice muestra a qué extremos aberrantes puede llegar la administración en su carrera clientelista. El Dr. Cardona fue enviado al exterior a cumplir estudios de especialización para provecho y beneficio fundamentalmente de la misma administración y a costa de ésta y no para su provecho personal. Si así hubiera sido, el contrato adolecería de objeto lícito y el funcionario que autorizó esa especialización estaría sindicado por peculado.

El país clama contra la fuga de cerebros. Se hacen reuniones a altísimo nivel para estudiar fórmulas que faciliten su aprovechamiento en el interior. Pero el Estado, el primer obligado a la solución del problema, en la práctica se burla del mal que pretende remediar, con conductas como la aquí discutida. El becario regresa con un bagaje de conocimientos adquiridos gracias a la inversión estatal y la administración, olvidándose de sus compromisos y de sus deberes, hace prevalecer simples apetitutos burocráticos sobre los intereses generales de la colectividad.

Aquí se pregunta la Sala: Si esto no es malversación de fondos públicos, ¿qué es? Si el sistema empleado no atenta contra la buena administración, ¿qué clase de atentado se precisa? Si esto no configura un fin desviado, ¿cuándo lo hay?

DESVIACION DE PODER

¿Tendrá justificación en el buen servicio la libre remoción anticipada de quien logró una especialización gracias a los dineros oficiales y para el provecho de la administración?

La respuesta a este interrogante es obvia y pone de presente, además de la incompetencia, una típica desviación de poder, la que radicó en el hecho de haber tomado una decisión por fuera del motivo legal y sin causa justificada. Lo irrazonable de la medida salta a la vista: prescindir de los servicios de un profesional de altísimas condiciones científicas, sin que pueda imputársele la más mínima falta contra el servicio, contra sus superiores o contra los demás servidores de la entidad, tiene por fuerza que obedecer a móviles ocultos, dañados e incompatibles con una honesta y eficiente administración.

La irrazonabilidad anotada y que se patentiza en los hechos debidamente acreditados, sería suficiente por sí sola para dar por establecida la desviación. Pero existen otros indicios que la corroboran y que se formulan a modo de interrogantes. ¿Por qué no se apoyó la decisión del ICA en el contrato y ni siquiera se hizo mención a él?

¿Por qué la junta del ICA celebrada el 4 de junio de 1975, convocada por el señor Ministro, "con el propósito principal" de conocer la opinión de los integrantes" con relación a la situación que viene afrontando el Instituto desde hace unos meses motivada por la actitud de los doctores... César Cardona", no dejó constancia alguna en el acta de cuál era esa "actitud" y se limitó sólo a autorizar la declaratoria de insubsistencia? ¿Por qué si existía causa legal para el despido, según se insinúa, se dispuso allí mismo que el Dr. Cardona quedaba relevado de las obligaciones contractuales que había contraído con el Instituto? ¿Por qué dice el testigo Fernando Gómez M. (a folios 125) que al Dr. Cardona se le hizo por la prensa la imputación de anarquista y comunista?

¿Por qué se habla en el expediente que unos días antes del despido, el Dr. Cardona y otros profesionales igualmente desvinculados del ICA pusieron en conocimiento de las autoridades serias irregularidades que se estaban cometiendo en el Instituto, en las que estaba implicado su gerente? ¿Por qué afirma el testigo Dr. Miguel Revelo (a folios 116) que a mediados de 1975 el Dr. Cardona con otros seis directivos fueron despedidos del ICA por discrepancias con el gerente Dr. Mariño Navas?

Estos interrogantes permiten inferir, con la falta de razonabilidad de la medida, que se patentizó una desviación de poder y que, por ende, el acto debe ser anulado.

En resumen de todo lo anterior y siguiendo el orden de los argumentos expuestos por la Sección II en el fallo suplicado, se anota:

a) El contrato celebrado entre el ICA y el Dr. Cardona con base en el Decreto 2196 de 1965, creó obligaciones para ambos contratistas. Su índole bilateral así lo da a entender y sus cláusulas muestran la interdependencia de sus derechos y obligaciones recíprocas.

b) La relación inicial de libre remoción quedó en suspenso durante la ejecución del contrato, vale decir, desde que se inició la comisión y hasta la terminación del tiempo de servicio que tenía que cumplir el Dr. Cardona; suspensión que no se produjo por la mera voluntad de las partes, sino por expreso mandato de la ley.

c) La estabilidad relativa así formada nada tiene que ver con la existencia o no de una carrera administrativa o de un período fijo. El contrato de comisión de estudios, por regla general, se puede celebrar con el funcionario que elija la administración dentro de sus cuadros y no es un privilegio para cierta clase de funcionarios. La estabilidad que ese contrato da no nace del mismo sino de la ley que desarrolla.

d) El contrato es ley para las partes y dada su bilateralidad no puede hablarse de que en el caso subjudice solo se obligó el Dr. Cardona y no el ICA, ya que las obligaciones de éste subsistían hasta la terminación del contrato.

e) El ICA al declarar insubsistente al Dr. Cardona, prevalido de una libre remoción que en ese entonces no podía ejercer, obró por fuera de su competencia con abuso de poder.

f) Además, al tomar esa misma decisión, francamente irrazonable e ilegal, atentatoria del fin general de orden público que debía respetar, incurrió asimismo en desviación de poder.

Las violaciones jurisprudenciales anotadas permiten a esta Sala, por disposición de la Ley 11 de 1975, hacer el papel de juez de instancia para dictar la decisión que ha de reemplazar a la que será objeto de información. Para ello, se considera:

Aparecen bien acreditados en el expediente los siguientes extremos:

1o. Que el 23 de julio de 1968 celebró el demandante el contrato administrativo con el ICA, mediante el cual cursó estudios de especialización por

espacio de 40 meses en los Estados Unidos, en donde obtuvo los títulos de master y PHD.

2o. Que cumplidos sus estudios, se reincorporó al servicio el 17 de diciembre de 1971 y laboró sin sanción alguna hasta el 5 de junio de 1975.

3o. Que en esa fecha la gerencia general del ICA dictó el decreto de desvinculación (resolución 948) carente de toda motivación y con el calificativo de insubsistente.

De acuerdo con las voces del contrato, el Dr. Cardona Mejía tenía la obligación de prestarle al Instituto servicios "por un término no inferior al triple del tiempo de su comisión" (ver cláusula 4a. a folios 2 del C.P.) o sea, hasta el 16 de diciembre de 1981, toda vez que la comisión había durado 40 meses. El rompimiento unilateral del contrato, por causas no convenidas e ilegales, el 15 de junio de 1975, produjo daños patrimoniales al aludido profesional desde esa fecha e impone el restablecimiento de su derecho, para el caso la indemnización de perjuicios, por el lapso que le faltaba para cumplirlo a cabalidad, tomando como medida de ese perjuicio todos los derechos de carácter laboral que hubiera percibido si hubiera continuado en el cargo hasta el final. Se habla sólo de la indemnización de perjuicios porque el reintegro ya no será posible, toda vez que la relación legal convencional no tenía vigencia sino hasta el 16 de diciembre del año pasado.

Y esa relación así concertada no se podía desconocer unilateralmente, por cuanto lo que nace del mutuo acuerdo se deshace por el mutuo disenso o por causas legales, tal como lo ordena el Art. 1.602 del C. Civil al afirmar que "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". Ese consentimiento mutuo no es otra cosa que el mutuo disenso. Esas ideas corresponden a la sentencia dictada el 2 de diciembre de 1980 por la Sección III en el proceso 1867.

Además y tal como lo ha venido sosteniendo la mencionada Sección en forma reiterada "mientras el juez del contrato no haya declarado su nulidad el contrato conserva su validez, obliga a la administración y a todas las partes y el incumplimiento de las obligaciones contractuales por cualquiera de ellas, compromete su responsabilidad y da lugar a indemnizar los perjuicios consiguientes". (Anales tomo LXXVI, números 421 y 422, sent. de 18 de abril de 1969).

Y la administración, salvo por los motivos de caducidad expresamente señalados, no podrá "en ningún caso por sí y ante sí dar por terminado o romper unilateralmente un contrato, sino que siempre debe previamente acudir ante el juez pertinente para demandar la respectiva declaración. (Proceso 1725, Sección III, actor: Lucas Gutiérrez).

Como se observa, debió informarse la sentencia de 14 de noviembre de 1980 y en su lugar, en fallo de instancia, accederse a todas las súplicas de la demanda.

Con todo respeto.

Carlos Betancur Jaramillo.

Bogotá, D.E., noviembre 29 de 1982.

CONTRATO DE COMISION DE ESTUDIOS. (Salvamento). Si el contrato de comisión de estudios suscrito entre el empleado y el empleador tiene consecuencias jurídicas y si esas consecuencias son para ambas partes, conforme a lo estipulado, no es aceptable la tesis, de que el contrato lo puede hacer efectivo el empleador y no el empleado, lo cual es sencillamente aberrante.

EMPLEADOS PUBLICOS. (Salvamento). Los empleados de carrera administrativa no son de libre nombramiento y remoción, y por lo tanto no puede aplicárseles el artículo 26 del Decreto 2400/68.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR EDUARDO SUESCUN MONROY

Actor: **Mario Valderrama Chaparro**

Referencia: Expediente No. 10.759

Con todo respeto me separo de la mayoría por considerar que en este caso, hubo violación de jurisprudencia y la demanda estaba llamada a prosperar.

En cuanto al primer aspecto comparto plenamente los planteamientos hechos en su salvamento de voto por el doctor Carlos Betancur con relación a la contradicción de la sentencia suplicada con la jurisprudencia sentada por el Consejo de Estado en sentencias del 16 de julio de 1943 y del 5 de octubre de 1947.

En cuanto a la demanda en sí, considero que debía prosperar por cuanto el actor no podía ser objeto de la declaratoria de insubsistencia, por dos hechos fundamentales: a) había firmado un contrato de comisión de estudios y b) ocupaba un empleo de carrera administrativa.

Es preciso sentar que el actor nunca cambió su condición de empleado público. Esto es obvio. Pero es obvio también que dicho empleado firmó con el ICA un contrato de comisión, contrato expresamente autorizado por el ordenamiento jurídico y que por lo tanto debe tener efectos.

El problema debe situarse en este punto: si el contrato de comisión de estudios suscrito entre el empleado y el empleador tiene consecuencias jurídicas y si esas consecuencias son para ambas partes, conforme lo estipulado. No es aceptable, la tesis que se planteó durante la discusión, de que el contrato lo podía hacer efectivo el empleador y no el empleado, lo cual es sencillamente aberrante.

En la cláusula cuarta del contrato se estipuló: "El comisionado al regresar al país por cualquier causa, o al término normal de su comisión, se obliga a continuar prestando servicios al Instituto Colombiano Agropecuario, por un término no inferior al triple del tiempo de su omisión, servicios que prestará en el cargo que actualmente desempeña o en otros de remuneración no inferior a la fijada para dicho empleo" (fl. 2).

Lo anterior significa que el comisionado luego de hacer sus estudios de especialización en el exterior tenía la obligación de prestar sus servicios durante tres años al ICA, en las condiciones pactadas. Pero significa igual-

espacio de 40 meses en los Estados Unidos, en donde obtuvo los títulos de master y PHD.

2o. Que cumplidos sus estudios, se reincorporó al servicio el 17 de diciembre de 1971 y laboró sin sanción alguna hasta el 5 de junio de 1975.

3o. Que en esa fecha la gerencia general del ICA dictó el decreto de desvinculación (resolución 948) carente de toda motivación y con el calificativo de insubsistente.

De acuerdo con las voces del contrato, el Dr. Cardona Mejía tenía la obligación de prestarle al Instituto servicios "por un término no inferior al triple del tiempo de su comisión" (ver cláusula 4a. a folios 2 del C.P.) o sea, hasta el 16 de diciembre de 1981, toda vez que la comisión había durado 40 meses. El rompimiento unilateral del contrato, por causas no convenidas e ilegales, el 15 de junio de 1975, produjo daños patrimoniales al aludido profesional desde esa fecha e impone el restablecimiento de su derecho, para el caso la indemnización de perjuicios, por el lapso que le faltaba para cumplirlo a cabalidad, tomando como medida de ese perjuicio todos los derechos de carácter laboral que hubiera percibido si hubiera continuado en el cargo hasta el final. Se habla sólo de la indemnización de perjuicios porque el reintegro ya no será posible, toda vez que la relación legal convencional no tenía vigencia sino hasta el 16 de diciembre del año pasado.

Y esa relación así concertada no se podía desconocer unilateralmente, por cuanto lo que nace del mutuo acuerdo se deshace por el mutuo disenso o por causas legales, tal como lo ordena el Art. 1.602 del C. Civil al afirmar que "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". Ese consentimiento mutuo no es otra cosa que el mutuo disenso. Esas ideas corresponden a la sentencia dictada el 2 de diciembre de 1980 por la Sección III en el proceso 1867.

Además y tal como lo ha venido sosteniendo la mencionada Sección en forma reiterada "mientras el juez del contrato no haya declarado su nulidad el contrato conserva su validez, obliga a la administración y a todas las partes y el incumplimiento de las obligaciones contractuales por cualquiera de ellas, compromete su responsabilidad y da lugar a indemnizar los perjuicios consiguientes". (Anales tomo LXXVI, números 421 y 422, sent. de 18 de abril de 1969).

Y la administración, salvo por los motivos de caducidad expresamente señalados, no podrá "en ningún caso por sí y ante sí dar por terminado o romper unilateralmente un contrato, sino que siempre debe previamente acudir ante el juez pertinente para demandar la respectiva declaración. (Proceso 1725, Sección III, actor: Lucas Gutiérrez).

Como se observa, debió informarse la sentencia de 14 de noviembre de 1980 y en su lugar, en fallo de instancia, accederse a todas las súplicas de la demanda.

Con todo respeto.

Carlos Betancur Jaramillo.

Bogotá, D.E., noviembre 29 de 1982.

CONTRATO DE COMISION DE ESTUDIOS. (Salvamento). Si el contrato de comisión de estudios suscrito entre el empleado y el empleador tiene consecuencias jurídicas y si esas consecuencias son para ambas partes, conforme a lo estipulado, no es aceptable la tesis, de que el contrato lo puede hacer efectivo el empleador y no el empleado, lo cual es sencillamente aberrante.

EMPLEADOS PUBLICOS. (Salvamento). Los empleados de carrera administrativa no son de libre nombramiento y remoción, y por lo tanto no puede aplicárseles el artículo 26 del Decreto 2400/68.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR EDUARDO SUESCUN MONROY

Actor: **Mario Valderrama Chaparro**

Referencia: Expediente No. 10.759

Con todo respeto me separo de la mayoría por considerar que en este caso, hubo violación de jurisprudencia y la demanda estaba llamada a prosperar.

En cuanto al primer aspecto comparto plenamente los planteamientos hechos en su salvamento de voto por el doctor Carlos Betancur con relación a la contradicción de la sentencia suplicada con la jurisprudencia sentada por el Consejo de Estado en sentencias del 16 de julio de 1943 y del 5 de octubre de 1947.

En cuanto a la demanda en sí, considero que debía prosperar por cuanto el actor no podía ser objeto de la declaratoria de insubsistencia, por dos hechos fundamentales: a) había firmado un contrato de comisión de estudios y b) ocupaba un empleo de carrera administrativa.

Es preciso sentar que el actor nunca cambió su condición de empleado público. Esto es obvio. Pero es obvio también que dicho empleado firmó con el ICA un contrato de comisión, contrato expresamente autorizado por el ordenamiento jurídico y que por lo tanto debe tener efectos.

El problema debe situarse en este punto: si el contrato de comisión de estudios suscrito entre el empleado y el empleador tiene consecuencias jurídicas y si esas consecuencias son para ambas partes, conforme lo estipulado. No es aceptable, la tesis que se planteó durante la discusión, de que el contrato lo podía hacer efectivo el empleador y no el empleado, lo cual es sencillamente aberrante.

En la cláusula cuarta del contrato se estipuló: "El comisionado al regresar al país por cualquier causa, o al término normal de su comisión, se obliga a continuar prestando servicios al Instituto Colombiano Agropecuario, por un término no inferior al triple del tiempo de su omisión, servicios que prestará en el cargo que actualmente desempeña o en otros de remuneración no inferior a la fijada para dicho empleo" (fl. 2).

Lo anterior significa que el comisionado luego de hacer sus estudios de especialización en el exterior tenía la obligación de prestar sus servicios durante tres años al ICA, en las condiciones pactadas. Pero significa igual-

mente que el ICA se comprometía a utilizar los servicios del empleado durante los tres años siguientes a la especialización. Como la prestación de servicios es bilateral, la obligación que de ellas surge tiene también ese carácter, en cuanto compromete al prestador y al dador de trabajo: al primero para que lo realice y al segundo para que asegure la realización.

Por esto el ICA estaba obligado a garantizarle a su empleado la permanencia en el puesto durante el plazo pactado. En el parágrafo de la Cláusula sexta se estipuló que no se le podía declarar insubsistente sino por justa causa (fl. 8v).

Desconocer el valor de estas modificaciones hechas a la simple condición estatutaria de empleado, a través de un instrumento jurídico, como es el contrato, es ponerse contra la dinámica del ordenamiento jurídico, para concluir que por tratarse de empleados no pueden celebrar contratos, como los de comisión, de préstamos, etc., cuando es la ley misma la que autoriza estos contratos de comisión. No se puede tratar, como se hacía en el derecho romano, a ciertos sectores, como si no pudiesen hacer uso de los contratos y que si los suscribían dichos actos resultaban inválidos.

Finalmente debe tenerse en cuenta que el cargo que desempeñaba el empleado no era de los señalados por la ley como de libre nombramiento y remoción (Art. 3o. del Decreto 2400 de 1968). Y que por tratarse de un cargo de carrera administrativa y no de libre nombramiento y remoción, no podía utilizarse en este caso el Art. 26 del mismo estatuto, por cuanto según su texto, solo tiene aplicación con relación a estos últimos.

Bogotá, D.E., marzo 26 de 1983.

Eduardo Suescún Monroy.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR MARIO ENRIQUE PEREZ

Consejero ponente: **Dr. Carmelo Martínez Conn**

Actor: **Mario Valderrama Chaparro**

Referencia: Expediente No. 10.759

En un caso similar al presente el Consejero Carlos Betancur Jaramillo presentó una ponencia que no obtuvo el quorum decisorio requerido por la Ley. Dicha ponencia fue repartida en fotocopia varios meses antes de iniciarse en la Sala Plena las deliberaciones sobre este grupo de asuntos.

Desde un principio compartí esa ponencia y durante su discusión intervine en favor de ella, estando de acuerdo en que sí hubo contrariedad jurisprudencial y en el fallo de instancia que, en consecuencia, se propuso a la consideración de la Sala.

Como el salvamento de voto del doctor Betancur Jaramillo se inspira en el proyecto de fallo a que me he referido, adhiero a él.

Atentamente,

Mario Enrique Pérez.

Bogotá, D.E., seis de diciembre de mil novecientos ochenta y dos (1982).

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR GUSTAVO HUMBERTO RODRIGUEZ

Actor: **Mario Valderrama Chaparro**

Referencia: Expediente No. 10.759

Como el salvamento de voto que antecede, escrito por el doctor Carlos Betancur Jaramillo examina extensiva y minuciosamente la tesis sostenida por el mismo Magistrado en proyecto de sentencia por él elaborado en este proceso, y que no recibió el respaldo mayoritario de la Sala, pero que el suscrito Consejero compartió en el fondo de la cuestión planteada, me permito manifestar que adhiero al referido salvamento.

Gustavo Humberto Rodríguez.

Bogotá, D.E., 18 de enero de 1982.

INSCRIPCION EN LA OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PUBLICOS. CORRECCION. La corrección de una inscripción ilegalmente hecha para mantener en orden la tradición de los inmuebles y la información del público sobre la misma, no puede violar los artículos de la Constitución Política que garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, ni los objetivos a que deben subordinar el ejercicio de sus funciones las autoridades de la República, ni el sometimiento de las mismas autoridades en cada caso a la ley, dada su competencia reglada, ni el artículo 39 del Decreto-ley 1250 de 1970 que reglamentaba la manera de sentar los registros en los libros respectivos, ni el 756 del C.C. que explica que es precisamente mediante la inscripción del título en la oficina de Registro, correspondiente como se efectúa la tradición de los inmuebles.

RECURSO DE SUPLICA (LEY 11 DE 1975. ART. 2o.). El auto interlocutorio no puede oponerse a la sentencia.

DEMANDA. CONCEPTO DE LA VIOLACION. Es cierto que el artículo 84, ordinal 4o. de la Ley 167 de 1941 dispone que toda demanda que se instaure ante la jurisdicción de lo contencioso admi-

nistrativo, deberá expresar las disposiciones que se consideren violadas y el concepto de la violación. Lo que no determinó, y tal vez no podría determinar, es qué tan explícito debe ser éste, qué extensión deba tener, hasta dónde y cómo deba adelantar al demandante su análisis. Naturalmente la amplitud y minuciosidad del concepto no pueden ser los mismos en todos los casos.

(Reiteración de la jurisprudencia contenida en proveído de Noviembre 27 de 1959. Consejero ponente: Dr. Gabriel Rojas Arbeláez. Actor: Nicolás Ricardi. Anales 1958-1959. tomo LXI BIS).

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D.E., abril veintiséis de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Jorge Valencia Arango**

Actor: **Inversiones Margoth Moanack & Cía. S. en C.**

Referencia: Expediente No. 10.948 Recurso de Súplica

Contra la sentencia de agosto 25 de 1982, proferida por la Sección Primera de esta Corporación, dentro del proceso de plena jurisdicción adelantado por la Sociedad Inversiones Margoth Moanack & Cía. S. en C., tendiente a obtener la nulidad de las Resoluciones 0857 de 18 de marzo de 1981, emanada de la Superintendencia de Notariado y Registro que aclara y confirma la No. 01553 de 29 de octubre de 1980 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, la que a su vez había sido confirmada por la Resolución No. 01687 de 28 de noviembre de 1980 de la misma oficina, interpuso recurso extraordinario de súplica el señor apoderado de la parte demandante y de su decisión se ocupa la presente providencia.

I. LA SENTENCIA IMPUGNADA

La sentencia acusada declaró probada la "excepción de ineptitud sustantiva de la demanda" y se inhibió para decidir en el fondo, con las siguientes consideraciones:

"NORMAS VIOLADAS

"El concepto de violación: En sentido estricto este capítulo está expresado así: "Disposiciones que se consideran violadas: Constitución Nacional artículos 16, 20, 21, 30 y 51 en cuanto las autoridades están instituidas para proteger a las personas en sus bienes y se garantiza la propiedad privada y los derechos adquiridos con justo título, sin que leyes posteriores los puedan desconocer. Decreto 1250 de 1970, estatuto de registro de instrumentos públicos".

"El Consejo de Estado en múltiples ocasiones ha dicho que los fallos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no solamente están supeditados a las peticiones de la demanda, sino principalmente a las normas legales que en ella se citen como violadas y sustancialmente limitados al concepto de la violación que de tales disposiciones exponga el actor. Es tan indispensable que el demandante exprese las disposiciones que considere vulneradas y el concepto

de la violación, que bien podría suceder que al decidirse se encontrare que el acto acusado no es ilegal por el aspecto contemplado en la demanda, y en cambio sí lo fuere por violar otras disposiciones legales, o por violarlas en otro sentido y no en el indicado por el demandante, caso en el cual no podría declararse nulo, pues, se repite, la sentencia no puede fundarse en disposiciones legales no citadas en el libelo, o en conceptos jurídicos no alegados. Por eso la exigencia del numeral 4o. del artículo 84 de la Ley 167 de 1941, en el sentido de que la demanda debe contener la expresión de las disposiciones violadas y el concepto de la violación, sea esencial en todas las demandas que se presenten ante esta jurisdicción.

"Y dentro del criterio expuesto, tampoco es aceptable que en el libelo de demanda se señalen genéricamente una serie de estatutos legales como violados, sin especificar, precisar, concretar, la disposición de ellos presuntamente contrariada por el acto acusado, para que el juzgador se imponga una labor de adivinación tendiente a desentrañar el sentido y alcance de ellas.

"En el caso de autos, en la demanda, al hablarse de las disposiciones que se consideran violadas, el señor apoderado de la actora se limita a señalar los artículos 16, 20, 21, 30 y 51 de la Constitución Nacional, sin precisar los extremos de la violación de tales disposiciones por los actos acusados. Indica así mismo el Decreto 1250 de 1970, globalmente, sin precisar cuál o cuáles de los 97 artículos que lo integran son los violados por el acto impugnado. Naturalmente que al dar las razones de la impugnación de los actos menciona, "por ejemplo", el artículo 39 del Decreto 1250 y el artículo 756 del Código Civil, pero sin que con tal referencia pretenda estructurar el grupo de disposiciones que estima violadas, dentro de los requerimientos de la ley.

"Lo hasta aquí discurrido lleva a la Sala a concluir que en el caso presente se ha patentizado una ineptitud sustantiva de la demanda por pretermisión de uno de los requisitos que el artículo 84 de la Ley 167 de 1941 exige para todas las demandas que se presenten ante esta jurisdicción, como es el de la expresión de las disposiciones violadas y el concepto de la violación, excepción que impide un pronunciamiento de fondo. Así habrá de declararse en esta providencia en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 111 de la ley citada". (fls. 99 a 101, C. 1).

II. EL RECURSO

El recurrente sustenta su recurso, así:

"El marco de rigidez que se le quiso dar al par de requisitos de toda demanda, aparece claramente descrito en la sentencia (fl. 99), cuando se dijo al respecto del concepto de la violación: "*En sentido estricto este capítulo está expresado así*: "Disposiciones que se consideran violadas: Constitución Nacional artículos 16, 20, 21, 30 y 51 en cuanto las autoridades están instituidas para proteger a las personas y sus bienes y se garantiza la propiedad privada y los derechos adquiridos con justo título, sin que leyes posteriores los puedan desconocer. Decreto 1250 de 1970, estatuto de registro de instrumentos públicos". (El subrayado es nuestro).

"Del planteamiento anteriormente citado podemos sacar varias conclusiones, a saber:

"1. Estrictu sensu, no puede afirmarse que no se hayan citado disposiciones, ni se haya dado concepto sobre su violación.

"2. Nos estamos acogiendo única y exclusivamente a un párrafo de la demanda, sin considerar absolutamente ninguno de los otros planteamientos citados en la misma.

"3. Unica y exclusivamente echamos mano del párrafo que tal vez desafortunadamente se tituló "Disposiciones que se consideran violadas". No se miró el resto del proceso.

"4. Estamos regresando a la mayor rigidez, en cuanto a la aplicación de la ley procedimental, como si el procedimiento fuera lo más importante en sí mismo. Al respecto, no podemos olvidar que el procedimiento es un mero vehículo para resaltar lo sustantivo o sustancial del planteamiento que se hace.

"Analizando al menos un poco en detalle los anteriores puntos planteados, podemos advertir lo siguiente:

"1o. A. De las disposiciones violadas: Como se dijo en los planteamientos de la demanda (fl. 29) "el registro de instrumentos públicos es un servicio público". Este servicio prestado por funcionarios del Estado quedó reglamentado en su totalidad por el Decreto 1250 de 1970, denominado "Estatuto del Registro de Instrumentos Públicos" y en ninguno de los apartes del citado Estatuto se consignó la posibilidad de la apertura del folio de matrícula provisional.

"Como se repitió también en la demanda (fl. 29), el Artículo 39 del citado decreto, por ejemplo, explica que si el documento no es admisible, por falta de datos, el documento debe devolverse al interesado sin registrar.

"Este aspecto, curiosamente también lo trae a cuento la sentencia, a folio 101, cuando analiza "naturalmente que al dar las razones de la impugnación de los actos menciona, 'por ejemplo', el artículo 39 del Decreto 1250...".

"Agregamos luego en la demanda, que de conformidad con el Artículo 756 del Código Civil, la tradición del dominio se produce por la inscripción del título en la Oficina de Registro y complementábamos la tesis diciendo que si bien el certificado de libertad expedido por el Estado (Oficina de Registro), es plena garantía de la situación jurídica en que se encuentra un inmueble, también tiene que ser el Registro resultado de actuaciones legalmente válidas o de trámites legalmente válidos y no que se corra con la incertidumbre de que en cualquier momento el Estado, por intermedio de los funcionarios de Registro venga a establecer o fijar gravámenes en la propiedad privada de los inmuebles. En otros términos, si mediante una resolución, la oficina de Registro determina erróneamente que un bien está gravado con hipoteca o tiene alguna limitación del dominio, está violando los derechos de los particulares.

"Entonces, se violaron con la resolución impugnada varios artículos de la Constitución Nacional, como se anotó en los planteamientos de la demanda y particularmente los artículos 16, 20, 21, 30 y 51. En términos generales estos artículos garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos

con justo título, con arreglo a las leyes civiles, agregando que las autoridades están instituidas para proteger tales derechos y que en caso de atentar contra ellos, serán responsables de los perjuicios causados.

"Estos artículos no necesitan mayor explicación, como tampoco el concepto que se pueda tener sobre la violación de los mismos. Además, por ser de orden constitucional, no solamente deben ser conocidos por los particulares, sino que obligatoriamente deben ser de amplio dominio de los juzgadores.

"La única disposición o estatuto vigente a la fecha de la resolución impugnada era el Decreto 1250 de 1970 y en tal estatuto no se consignaba en ninguno de sus apartes el procedimiento seguido por la oficina de registro, al establecer y ordenar registrar el llamado "folio de matrícula provisional".

"2. A. La demanda debe considerarse como un todo: Hasta la saciedad la jurisprudencia ha repetido que la demanda en cualquier tipo de acción debe considerarse como un solo cuerpo. No es factible aislar los distintos párrafos o resolver por capítulos. Precisamente por ello, se ataca con tanta vehemencia la indebida acumulación de pretensiones, porque si la demanda va a resolverse en un sentido, es contradictorio que a su vez se planteen solicitudes en el sentido contrario.

"La sentencia que hoy acusamos, tímidamente se refiere a los planteamientos hechos en la demanda cuando se dan las razones de la impugnación, porque como antes anoté, en los mismos términos del juzgador para referirse al concepto de la violación *estrictamente* se atuvo al capítulo que se tituló "Normas o disposiciones que se consideran violadas", para luego entrar en una serie de disquisiciones alrededor de la imposibilidad de fallar, con respecto de normas que no se plantearon en la demanda, lo cual es lógico y además no tiene nada que ver con el asunto en cuestión.

"3. A. Como anotamos antes, ha debido analizarse en su totalidad lo dispuesto por el Decreto 1250 de 1970 y no con el criterio que expone el juzgador al decir que se le imponía "*una labor de adivinación...*". Ni tampoco con el criterio de que no se precisó cuál de los 97 artículos del Decreto se viola por el acto impugnado.

"Son aspectos distintos, los conceptos que pueda tener en un momento dado el demandante, que supone se ajustan a la ley y pueden ser conceptos totalmente distintos los que tenga el juzgador, que allí sí obligatoriamente deben ajustarse a la ley y en tal sentido debe fallar. En el presente caso, consideramos que el Estado por intermedio de sus funcionarios, como lo expresa la Constitución, no puede ir más allá de lo que estipulan las leyes y si así lo hace, de hecho está violando tales disposiciones y particularmente las normas de mayor entidad, como son las constitucionales.

"Anotamos que se violaba, con base en los preceptos constitucionales el Decreto 1250 de 1970, porque en ninguno de sus apartes, o de sus 97 artículos, como dice el Juzgador, se dispuso el establecimiento del folio de matrícula provisional y mucho menos su registro.

"Otro muy distinto ha podido ser el criterio del juzgador y así lo ha debido expresar al dictar sentencia, no refiriéndose a la adivinación, porque esto en ningún momento se quiso plantear.

"Como dijimos —y así lo repite la sentencia— (página 6 de la misma). "El artículo 39 del Decreto 1250/70, por ejemplo, que si el documento no es admisible..." "quería anotar, realmente a manera de ejemplo, que si la inscripción del título no es admisible, por falta de datos, se devuelve al interesado. Con ello quería significar, que en ninguno de los 97 artículos —como repite la sentencia— se trata sobre el procedimiento seguido en la Oficina de Registro que se trató de legalizar con la resolución demandada, al ordenar la apertura dizque de un folio de matrícula provisional y su posterior unificación con el folio de matrícula real.

"3. B. El proceso debe analizarse como un todo: al igual que la demanda, que no puede parcelarse para su análisis, el proceso que obviamente se encuentra patentizado en el expediente, debe estudiarse con todo detenimiento. Al más ignorante en cuestiones de derecho se le ocurre que si se trata de fallar, después de un dispendioso y prolongado trámite, debe entrarse a analizar con todo detenimiento todos y cada uno de los asuntos tratados, así: la demanda, las resoluciones impugnadas, las pruebas, las disposiciones citadas, los alegatos presentados en el curso del proceso etc. Es imposible pensar en que solamente se tenga en cuenta al resolver lo dicho en la demanda, como también sería imposible exigir que todo el resumen del pleito se proponga en el escrito inicial, con el cual se demanda.

"La demanda, con el lleno de determinados formalismos no puede ser más que un resumen previo de las inquietudes que se tienen o de las propuestas que llevan a iniciar una acción. Es más lógico, por ejemplo, considerar que en el alegato de conclusión, al igual que en la sentencia, se haga un resumen en lo posible exhaustivo de todos y cada uno de los puntos de que trata el proceso.

"Con este criterio, nos tomamos el trabajo de analizar desde 1850 para acá, todas las disposiciones relacionadas con el registro de instrumentos públicos y con los aspectos notariales, para hacer un resumen que nos llevara a la conclusión de que el sistema planteado por la Resolución impugnada era un exabrupto jurídico y contrariaba las disposiciones constitucionales a que tanto nos hemos referido.

"Cuando se habla de la suspensión provisional, se dice que ésta es procedente cuando "de bulto" se destaca la violación de la ley por el acto acusado. Si la violación de la ley no salta a la vista, no se decreta la suspensión provisional. Sin embargo, en ningún caso puede pensarse que por el hecho 'que es escaso' de que se suspenda provisionalmente un acto, debe fallarse al final, necesariamente anulándolo y lo contrario. Es decir, por el hecho de que no se decrete la suspensión provisional, no puede pensarse en que finalmente la norma acusada no se anula.

"Para la suspensión provisional, el juzgador estudia a grandes rasgos el acto acusado y su contradicción con la ley. Si ésta se destaca, procede a decretar la suspensión, pero si no es así, dejará para el final, en el momento de dictar sentencia, para entrar a hacer un análisis minucioso de todos los aspectos tratados, procurando desentrañar de los planteamientos conceptuales hechos por el demandante, la realidad o no de la oposición del acto acusado con la ley.

"En el caso que nos ocupa, no se tuvo en cuenta para nada el alegato final, que se hizo en concordancia y sobre la base de los preceptos que se enunciaron violados en la demanda y que sin mayor profundidad se adicionaron con el concepto de la violación.

"Por otra parte, como se propone en varias jurisprudencias que más adelante anotaremos, resulta abiertamente injusto que se admite la demanda al reconocer que las formalidades exigidas en el Art. 84 de la Ley 167 de 1941 se han cumplido y al final, en la sentencia, se agregue que la demanda no llenaba tales requisitos. Como se ha dicho, este aspecto es más injusto si se tiene en cuenta el breve término disponible para demandar y que vencido éste, es plenamente válido el acto acusado así esté viciado de toda clase de nulidades.

"Si la demanda no llena los requisitos, debe rechazarse de inmediato, cuando todavía hay tiempo para iniciar entonces nuevamente la acción, de acuerdo con el criterio que en ese momento se exponga.

"En el asunto que nos ocupa, la última resolución fue notificada el 25 de marzo de 1981 y el auto admisorio de la demanda tiene fecha 8 de julio de 1981.

"Parece contradictorio que ese H. Cuerpo Jurisdiccional, por una parte diga que se cumplieron los requisitos del artículo 84 del C.C.A. y por otra, transcurrido más de un año, diga que no se cumplieron.

"4. A. ¿Las normas procedimentales de mayor alcance que las normas sustanciales? sin pretender que se desechen los requisitos formales ordenados por la ley, si queremos hacer caer en cuenta de que la modernización conceptual, como dice una de las sentencias que más adelante citaremos, ha llevado al Consejo de Estado a que sin descartar la técnica se tramite y se concluya la acción contenciosa propuesta". (fls. 105 a 11, C. 1).

Cita luego como infringidas las jurisprudencias contenidas en las siguientes providencias:

a) Auto de noviembre 6 de 1978, Consejero ponente Dr. Jorge Dangond Flores, expediente 2402, proceso indemnizatorio adelantado por Marco Aurelio López y otro, Sección Tercera.

La anterior jurisprudencia no sirve para fundamentar el recurso extraordinario de súplica por las siguientes razones, reiteradamente acogidas por la Sala Plena:

1. Se trata de un auto interlocutorio y como tal no puede oponerse a una sentencia, pues lo allí dicho ni siquiera podía oponerse a una decisión contraria en la sentencia que pusiera fin a dicho proceso;

2. Se trata de decisión proferida por la Sección Tercera y se ha dicho que la jurisprudencia cuyo desconocimiento da lugar el rcurso de súplica, es la expuesta en decisiones de la Sala Plena de la Corporación, no la de sus Secciones.

3. El auto citado se refiere a un proceso indemnizatorio, pretensiones de condena, en los cuales rige el principio "jure novit curia", en virtud del cual las partes dan los hechos y el juez da el derecho, aunque resulte ser distinto al citado por las partes. Distinta es la situación en las acciones de simple nulidad o de plena jurisdicción que por su naturaleza de acciones de impugnación o acciones rescisorias, vinculan las facultades del juzgador a las normas citadas por el demandante y al concepto de la violación por el expuesto, porque cada violación de la ley es "causa petendi" independiente y suficiente para "un petitum" de nulidad, en forma que si el fallador declara la nulidad impetrada por violación de ley distinta a la afirmada en el libelo, estaría fallando *extra-petita*. No debe olvidarse que lo anterior es trascendental inclusive para determinar la extensión de la cosa juzgada de las sentencias proferidas en tales procesos y sus consecuencias jurídicas.

El caso decidido, pues, en el auto citado, es completamente distinto al decidido en la sentencia acusada:

b. Sentencia de 27 de noviembre de 1959, Consejero Ponente Dr. Gabriel Rojas Arbeláez, Sala de lo Contencioso-Administrativo, actor Nicolás Ricardi, Anales 1958-1959, Tomo LXI BIS.

Dice así:

"Es cierto que el artículo 84, ordinal 4o. de la Ley 167 de 1941 dispone que toda demanda que se instaure ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, deberá expresar las disposiciones que se consideren violadas y el concepto de la violación. Lo que no determina, y tal vez no podría determinar, es qué tan explícito debe ser éste, qué extensión deba tener, hasta dónde y cómo deba adelantar el demandante su análisis. Naturalmente la amplitud y minuciosidad del concepto no pueden ser los mismos en todos los casos, pues mientras a veces la violación es manifiesta, y de tal manera que así se impone la suspensión provisional del acto acusado, en otras el concepto de esa violación sólo se obtiene mediante estudios prolijos. En el presente caso, y según los términos del libelo, la violación de la ley para el actor parece ser perceptible y simple, pues dice que consistió en la no aplicación de los preceptos que cita, en la aplicación indebida de unos y en la errónea interpretación de otros. No es tarea ardua para el fallador precisar si el artículo legal en referencia efectivamente no fue aplicado, si a los presupuestos existentes en autos de aplicaron disposiciones no pertinentes, o si fue que a éstas se quiso hacer producir efectos, o lo que es lo mismo, el crédito fiscal buscado por la Administración, relacionándolas con falsos e incompletos hechos jurídicos. Como se sabe presupuesto o hecho jurídico es aquel que la ley determina como bastante a producir la obligación tributaria.

"No puede decirse en el presente negocio —como dijo el fallador de primera instancia— que no se dio el concepto de violación:

"Consta que el demandante citó las disposiciones que consideró como violadas, y que expresó en qué consistió, según él, la violación. No habría razón para desestimar su demanda so pretexto de no haber sido expedito y minucioso al cumplir con lo ordenado en el ordinal 4o. del artículo 84 de la Ley 167 de 1941. Es cierto que el actor enunció su concepto en forma por demás sucinta y

genérica, siendo de su interés, como lo es de todo demandante, circunscribir el punto concreto donde la norma legal fue infringida. Pero no estando determinado en la ley la forma y extensión conforme a las cuales el concepto de violación debe enunciarse, es evidente que por este aspecto la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda no puede prosperar" (fls. 142A y 143, C.1).

Como puede verse la sentencia anterior se refirió a una demanda en que se citaron expresa e individualmente las normas violadas pero el concepto de la violación la expresión en forma "sucinta y genérica" y en el caso *sub-judice* se afirma que la cita se hizo de estatutos completos, sin concretar las normas.

Pero, como la misma sentencia acusada reconoce que se citan los artículos 16, 20, 21, 30 y 51 de la Constitución Política, 39 del Decreto-ley 1250 de 1970 y 756 del C.C., aunque el concepto de la violación haya sido expuesto en forma genérica y vaga, ha de concluirse que el recurso de súplica debe prosperar, pues, resulta patente la contrariedad jurisprudencial afirmada por el recurrente.

c. Auto de agosto 11 de 1973, Consejero Ponente Dr. Juan Hernández Sáenz, expd. 2489. Sección Cuarta. Actor: Importadora de Repuestos del Quindío Ltda.

Esta providencia, por las mismas razones expuestas en el literal a) anterior, no sirve para fundamentar el recurso extraordinario de súplica.

d) Como el recurso prospera, habrá de anularse la sentencia acusada y proferirse la de instancia que haya de reemplazar aquélla.

III. LA NUEVA SENTENCIA

Para proferir sentencia de instancia, la Sala hace las siguientes consideraciones:

1. La Resolución sustancialmente impugnada, la 0153 de noviembre 29 de 1980 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, ordenó: "1) La unificación de los folios de matrículas No. 050-0094785 y 050-0063871 asignados al inmueble de la carrera 7 No. 17-64 de la ciudad de Bogotá, unificación que se hará en el folio No. 050-0094785. 2) Corregir la inscripción correspondiente al oficio No. 137 de 25 de mayo de 1971 del juzgado 4 civil del circuito de Cali en el sentido de que el acto en ella contenido es demanda sobre derechos de cuota. 3) Corregir la anotación de la inscripción correspondiente a la escritura 508 de 29 de diciembre de 1979 de la Notaría 13 del Círculo de Bogotá en el sentido de incluir entre las personas que intervinieron en el acto, a la señora Margoth Moanack de AKL". (fl. 4, C. 1).

2. La corrección de una inscripción ilegalmente hecha para mantener en orden la tradición de los inmuebles y la información del público sobre la misma, no puede violar los artículos de la Constitución Política que garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título ni los objetivos a que deben subordinar el ejercicio de sus funciones las autoridades de la República, ni el sometimiento de las mismas autoridades en cada caso a la ley, dada su competencia reglada, ni el artículo 39 del Decreto-ley 1250 de 1970 que reglamenta la manera de sentar los registros en los libros respecti-

vos, ni el 756 del C.C. que explica que es precisamente mediante la inscripción del título en la oficina de registro correspondiente como se efectúa la tradición de los inmuebles.

Y no puede violar tales normas el acto acusado, porque precisamente es en desarrollo y cumplimiento de ella y en defensa de los legítimos derechos de los asociados que ordena la corrección de una inscripción errónea o ilegal.

3. Al inmueble No. 17-64 de la carrera 7a. de Bogotá, al cual se refiere la presente controversia, se le asignó el folio real de matrícula No. 050-0094785 cuya apertura tuvo lugar el 6 de julio de 1972, en el cual figuran todas las mutaciones del dominio de dicho inmueble y las transacciones sobre el mismo.

4. Al mismo inmueble se le abrió un 'folio provisional' No. 050-0063871, el 18 de enero de 1973, en el cual se inscribió la demanda de filiación natural y petición de herencia comunicada el 25 de mayo de 1971 por un juzgado civil del circuito de Cali a la oficina de Registro de Bogotá.

5. La sociedad demandante adquirió, por compra, el referido inmueble, en un 50%, por escritura pública No. 3401 de 2 de noviembre de 1978 de la Notaría 13 de Bogotá, registrada bajo la matrícula inmobiliaria No. 050-0094785 el 23 de noviembre de 1978, es decir, en el folio real de matrícula que le correspondía.

"Ello quiere decir, que ningún perjuicio puede causar a la demandante, la unificación de la matrícula inmobiliaria, para arreglarla a la ley. La posibilidad de tal perjuicio, surge de la apertura del "folio provisional" que colocó a terceros en la imposibilidad de conocer la verdadera situación jurídica del referido inmueble y tal operación no ha sido impugnada ni es motivo o causa de las pretensiones deducidas en este juicio."

Por lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, anula la sentencia de agosto 25 de 1982, proferida por la Sección Primera de esta Corporación dentro del proceso de plena jurisdicción de que se ha hecho mérito y, en su lugar,

RESUELVE:

Primero: Deniéganse todas las súplicas de la demanda formulada por la Sociedad Inversiones Margoth Moanack & Cía. S. en C.

Segundo: Devuélvase el expediente a la Sección de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Samuel Buitrago Hurtado, (Presidente Sala Contenciosa. Vicepresidente Consejo de Estado. Salvó voto).

Bernardo Ortiz Amaya, Mario Enrique Pérez, Jacobo Pérez Escobar, (Salvó voto), **Roberto Suárez Franco**, (Salvó voto), **Aydée Anzola Linares, Joaquín Vanín Tello, Alvaro Orejuela Gómez**, (Salvó voto), **Ignacio Reyes Posada**, (Ausente), **Eduardo Suescún Monroy, Carlos Betancur Jaramillo**, (Aclaración de voto), **Jorge Dangond Flores, Enrique Low Murtra**, (Ausente), **Carmelo Martínez Conn, Gustavo Humberto Rodríguez, Jorge Valencia Arango.**

Darío Quiñones Pinilla. Secretario General.

Se deja constancia que la presente providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

---

1. RECURSO DE SUPLICA. (Aclaración de Voto). LEY 11 DE 1975. EL AUTO PUEDE OPONERSE A LA SENTENCIA.

Razón: Fuera de la terminación normal del proceso puede darse la anormal en los casos de desistimiento, perención, transacción o allanamiento, y todos éstos se resuelven mediante auto.

2. FALLO EXTRAPETITA. (Aclaración de Voto). Si el Juez administrativo falla con base en normas no citadas en el libelo incurre en extrapetita.

ACLARACION DE VOTO
CARLOS BETANCUR JARAMILLO

Consejero ponente: **Dr. Jorge Valencia A.**

Actor: **Inversiones Margoth Moanack & Cía. S. en C.**

Referencia: Expediente No. 10.948 Súplica

Manifiesto con todo respeto que me separo de algunos aspectos doctrinarios expuestos en la motivación, ya que comparto la parte resolutiva de la sentencia.

Mi discrepancia se reduce a dos puntos fundamentales. El primero, porque no puedo aceptar que jurisprudencialmente un auto no puede oponerse a una sentencia; o, en otras palabras, que para el efecto del recurso extraordinario de súplica la jurisprudencia violada no puede estar contenida en un auto.

Estimo que la afirmación hecha en el fallo parte de un supuesto errado y como si todo proceso culminara forzosamente con una sentencia. Olvida la Sala que fuera de la terminación normal puede darse la anormal, en los casos de desistimiento, perención, transacción o allanamiento. Y que todas éstas se resuelven mediante auto.

¿Podrá afirmarse, entonces, que estas decisiones no conforman jurisprudencia? No creo, como no creo que no exista en autos que deciden nulidades, impedimentos, acumulaciones e incidentes en general. Obsérvese que estos aspectos deben respetarse, inclusive, en el mismo proceso en que se profieren.

Con la tesis de la Sala, una de las jurisprudencias de mayor trascendencia dictadas por el Consejo con ponencia, primero del Dr. Carlos Gustavo Arrieta y después por el Dr. Humberto Mora Osejo la de los móviles determinantes de las acciones de nulidad y plena jurisdicción, no tendría significación alguna porque está contenido en sendos autos interlocutorios.

La segunda razón de mi discrepancia estriba en la afirmación que si el juez administrativo falla con base en normas no citadas en el libelo incurre en extrapetita.

No creo que pueda darse tal fenómeno porque éste está vinculado al petitum y no a la causa petendi.

Con todo respeto,

Carlos Betancur Jaramillo.

Bogotá, D.E., mayo 13 de 1983.

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION (Salvamento de Voto).

El Consejo de Estado en parte alguna está facultado para escoger por su propia cuenta las normas que aparezcan violadas y aplicarlas al caso controvertido, llenando así una obligación del demandante.

Las exigencias previstas en el Art. 84 del C.C.A. no son simples requisitos procedimentales sino elementos esenciales.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR SAMUEL BUITRAGO HURTADO

Actor: **Inversiones Margoth Moanack & Cía. S. en C.**

Referencia: Expediente No. 10.948

No comparto la opinión mayoritaria de la Sala consignada en el fallo anterior por las siguientes razones, que con todo respeto me permito exponer.

En innumerables oportunidades el Consejo de Estado ha dicho que determinando la acción contencioso administrativa una confrontación entre el acto, hecho u operación administrativa con normas positivas de derecho de grado superior, para saber si éstas se quebrantaron es de necesidad imprescindible puntualizar cada uno de los preceptos que establecen los derechos a fin de verificar sin duda ninguna si la Administración al pronunciarse sobre el caso concreto obró o no dentro de la legalidad. Pero naturalmente que esa labor no era posible en el caso de autos con planteamientos tan generales, tan restringidos como los que se hicieron en la demanda al citarse genéricamente una serie de estatutos legales, no estando por lo demás facultado el Consejo en parte alguna para escoger por su propia cuenta las normas que aparezcan violadas y aplicarlas al caso controvertido; llenando así una obligación procesal del demandante en una acción como la presente que no es pública y mucho menos oficiosa.

Y es que en verdad, el Consejo de Estado en no pocas ocasiones ha dicho que las exigencias previstas en el artículo 84 del C.C.A. no son simples requisitos procedimentales sino elementos esenciales, verdaderos presupuestos procesales que deben concurrir en toda demanda que se presente ante esta Jurisdicción, en forma tal, que si falta uno de ellos, o es deficiente el libelo en cuanto a uno de ellos, no puede dársele curso por mandato del artículo 87 del mismo Código. Y en cuanto a las disposiciones violadas, no se explica el suscrito Consejero cómo la mayoría de la Sala olvida la tesis tan reiterada de la Corporación en el sentido de que es tan indispensable que el demandante exprese las disposiciones que en su sentir han sido quebrantadas por el acto que impugna y el concepto de ese quebrantamiento, que bien puede suceder que en el momento del fallo se encuentre que ese acto no es ilegal por el aspecto contemplado por el actor y en cambio sí lo fuera por otras violaciones o por violar las normas citadas por él, pero en otro sentido, no pudiendo en consecuencia el Juzgador declararlo nulo.

A modo de ejemplo del criterio que ha animado al Consejo de Estado sobre el aspecto que se analiza, cito los siguientes pasajes de algunas providencias de la Corporación:

"El demandante por imperativo legal debe señalar las disposiciones de orden superior que estima han sido violadas por el acto (simple o completo) —operación jurídico administrativa—, hecho u operación material administrativa que acusa y dar —salvo en las acciones por daños con ocasión de trabajos públicos— el concepto de su violación, fijando en consecuencia un marco al Juzgador para estudiar y resolver la demanda. Una simple lectura del artículo 84, ordinal 4o., de la Ley 167 de 1941 es suficiente para llegar a esta conclusión". (Sentencia de noviembre 17 de 1955. Anales 382-386, pág. 294).

"La facultad discrecional que asiste al demandante en la "expresión de las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de la violación, que es una de las formalidades que debe reunir toda demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, está jurídicamente condicionada, para la prosperidad de la acción, a la procedencia de las citas que haga y a la juridicidad de la interpretación que de ellas exponga el actor, porque debiendo declarar la sentencia si el acto acusado viola o no tales disposiciones, no podría ella fundarse en consideraciones de textos que no sean atinentes, o cuya interpretación y aplicación estén atribuidas por la ley a otra competencia, ni en ninguna norma que no haya sido expresa y precisamente citada en la demanda, por no ser oficiosa sino rogada la justicia que se imparte por esta jurisdicción", (auto enero 23 de 1949, anales 367-371, pág. 340).

"Toda demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa debe expresar no solo las disposiciones que se estiman violadas sino también el concepto de la transgresión en que han incurrido el acto o actos acusados, porque dentro del sistema contencioso los actos cuya nulidad se impetra no pueden ser anulados por conceptos distintos a los invocados por el propio demandante. Este requisito no es pues, intrascendente, sino una forma esencial para que la demanda pueda prosperar, porque sin él el Tribunal no puede pronunciarse sobre el fondo de la litis. Tal la razón para que cuando la demanda carece de esta formalidad no pueda ni deba ser admitida, evitándose así la tramitación

de un juicio que forzosamente habrá de conducir al reconocimiento en la sentencia de la excepción de ineptitud de la demanda". (auto de abril 12 de 1962, anales 397-398, pag. 351).

"Determinando la acción contencioso administrativa una confrontación entre el acto, hecho u operación administrativa y normas consagratorias de derechos civiles o administrativos, para saber si éstas se quebrantaron es de necesidad imprescindible puntualizar cada uno de los preceptos que establecen esos derechos a fin de verificar sin duda ninguna si la administración, al pronunciarse sobre el caso concreto, obró o no dentro de la legalidad..." (sentencia de 26 de julio de 1963, anales 401-402, pág. 153).

En el caso que ocupó la atención de la Sala, tal como se expusieron las disposiciones violadas en el escrito de demanda, resultaba indiscutible para la Sección Primera que la proposición jurídica que ha debido conducir razonablemente a la solución del problema que se le planteó, francamente que se hacía imposible legalmente, por la precariedad del libelo que, salvo dos disposiciones, el artículo 39 del Decreto 1250 de 1970 y el artículo 756 del Código Civil a los cuales se hacen simples referencias sin puntualizar técnicamente los conceptos de su violación, citó genéricamente las demás que le sirvieron de apoyo.

Ahora bien, es explicable que cuando se ejercite la acción de simple nulidad se pueda obrar con cierta amplitud, con alguna laxitud, siendo así que esa acción la otorga el artículo 66 de la Ley 167 de 1941 a "toda persona" sin necesidad de que esa persona tenga que acudir a los servicios profesionales de un abogado. Pero tratándose de una acción de plena jurisdicción, como la presente, para la que sí se requiere la asistencia procesal de un profesional del derecho, en quien se presumen condiciones de indoneidad para el ejercicio de la acción, sí debe exigirse el cumplimiento estricto, previo y cabal de las exigencias de ley en cuanto hace a la técnica Contencioso-Administrativa.

Por lo antes expuesto, considero que la Sala ha debido declarar sin fundamento el recurso de súplica propuesto y confirmar la sentencia suplicada.

Samuel Buitrago Hurtado.

Bogotá, D.E., veintitrés de mayo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

JURISDICCION ROGADA. (Salvamento de Voto). La demanda que no señale las disposiciones violadas ni exprese con claridad y precición el concepto de la violación es inepta y debe ser por consiguiente inadmitida conforme lo dispone el artículo 87 del C.C.A.

DEMANDA. REQUISITOS. INADMISION. COSA JUZGADA. Delimitación en las disposiciones que se citan como violadas y en el concepto de la violación.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR JACOBO PEREZ ESCOBAR

Consejero ponente: **Dr. Jorge Valencia**

Actor: **Inversiones Margoth Moanack & Cía. S. en C.**

Referencia: Expediente No. 10.948

Con el debido respeto por la decisión mayoritaria, me aparto de ella porque considero que en el presente caso debió declararse probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, tal como lo hizo la Sección Primera de la Corporación, por las siguientes razones:

1. En la demanda no se expresaron con claridad y precisión las disposiciones violadas ni el concepto de violación de las mismas. Pues, el libelista se limitó a expresar en términos vagos que el acto administrativo acusado violaba "la Constitución Nacional, artículos 16, 20, 21, 30, 51. En cuanto las autoridades están instituidas para proteger a las personas y sus bienes y se garantiza la propiedad privada y los derechos adquiridos con justo título sin que leyes posteriores los puedan desconocer. Decreto 1250 de 1970, Estatuto de Registro".

Más adelante dice el libelista lo siguiente:

"Argumentos de derecho: Me baso en derecho en los artículos 16, 20, 21, 30 y 51 de la Constitución Nacional. Decreto 960 de 1970 Estatuto de Notariado. Decreto 1250 de 1970 Estatuto de Registro de Instrumentos Públicos. Decreto 2733 de 1959. Código Contencioso Administrativo especialmente en sus artículos 67 y subsiguientes, Capítulo IX Título 3o., artículo 82 y subsiguientes. Código Civil artículo 756 y subsiguientes Capítulo III Libro 2o. Título 6o.".

2. Ha sido reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de que toda demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa debe expresar no sólo las disposiciones que se estiman violadas sino también con claridad y precisión el concepto de la violación de las normas superiores de derecho señaladas como infringidas por el accionante, porque dentro del sistema del Contencioso Administrativo los actos acusados no pueden ser declarados nulos sino únicamente por los motivos señalados en la demanda (justicia rogada). Por esta razón la demanda que no señala las disposiciones violadas ni exprese con claridad y precisión el concepto de violación es inepta sustantivamente y debe ser, por consiguiente, inadmitida conforme lo dispone el artículo 87 del C.C.A. Si por alguna circunstancia la demanda es admitida, entonces en el momento de fallar deberá abstenerse la Corporación de proferir sentencia de mérito, como ocurrió en la Sección Primera en el presente caso. (En sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 9 de septiembre de 1981, de la cual fue ponente el suscrito Consejero. La Corporación expresó lo siguiente:

"Aunque en el fallo de 27 de noviembre de 1959, del cual fue Ponente el doctor G. Rojas Arbeláez (Anales T. LXI-Bis, 1960, pág. 157), se dijo que la ley no determina y tal vez no podría determinar lo explícito o no que debe ser el concepto de violación, "qué extensión deba tener, hasta dónde y cómo deba

adelantar el demandante su análisis", en otros fallos se han puntualizado mejor los criterios de la Corporación. Ya desde el fallo de 26 de enero de 1949, del cual fue Ponente el doctor Pedro Gómez Parra (Anales T. LVIII. Nos. 367-371, 1949-1951 , pág. 340), se había dicho que 'la facultad discrecional que asiste al demandante en 'la expresión de las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de la violación', que es una de las formalidades que debe reunir toda demanda ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, está jurídicamente condicionada para la prosperidad de la acción, a la procedencia de las citas que haga y a la juridicidad de la interpretación que de ellas exponga el actor, porque debiendo declarar la sentencia si el acto acusado viola o no tales disposiciones en su recto sentido, no podría ella fundarse en consideración de textos que no sean atinentes, o cuya interpretación y aplicación están atribuidos por la ley a otra competencia, ni en ninguna norma que no haya sido expresa y precisamente citada en la demanda, por no ser oficiosa sino rogada la justicia que se imparte por esta jurisdicción'.

"En fallo posterior de 17 de noviembre de 1955, del cual fue Ponente el doctor Ildefonso Méndez (Anales T. LXI, Nos. 382-386, pág. 294), se acogió el anterior concepto, reafirmando la idea de que el concepto de la violación debe fijar en consecuencia 'un marco al juzgador para estudiar y resolver la demanda'.

"Finalmente, en fallo más reciente de fecha 26 de julio de 1963, del cual fue Ponente el doctor Guillermo González Charry, confirmando lo transcrito anteriormente se dijo, aunque referido a la acción de plena jurisdicción: 'Bastaría a la Sala para decidir este caso la notoria falta de técnica con que se encuentra presentada la demanda en lo concerniente a las normas que se estiman violadas. En innumerables ocasiones se ha dicho que determinando la acción contencioso administrativa una confrontación entre el acto, hecho u operación administrativas y normas consagratorias de derechos civiles o administrativos, para saber si éstas se quebrantaron es de necesidad imprescindible puntualizar cada uno de los preceptos que establecen esos derechos a fin de verificar sin duda ninguna si la administración, al pronunciarse sobre el caso concreto, obró o no dentro de la legalidad. Pero esa labor no es posible con planteamientos generales como el que ha hecho la demanda al citar genéricamente una serie de estatutos legales que reglamentan materias y hechos muy distintos al de autos, aunque ésta pueda estar previsto en ellos. El Consejo no está autorizado para escoger, de su cuenta las normas que aparezcan violadas y aplicarlas al caso, sustituyéndose así el deber procesal del demandante, porque esta acción ni es pública ni es oficiosa' (Anales T. LXVI, Nos. 401-402, pág. 153).

"En el presente proceso, como lo anotara el proyecto del doctor Ortiz Amaya, la demanda adolece de falta de precisión y de orden, 'por cuanto en cada uno de los cargos enumerados a partir de la página 4a. de su libelo no se especifica en cuáles mesas de votación y en cuáles municipios se incurrió en las fallas anotadas y señaladas como causales de nulidad de los escrutinios, pues se limitó a hacer un catálogo de las deficiencias, sin especificar cuáles de ellas son aplicables a las mesas de votación relacionadas en el literal a) del petitum.

"El juez administrativo no es un investigador que tenga que buscar la verdad de los cargos formulados por medio de su personal iniciativa sino que

tiene que dispensar la justicia dentro de una sana interpretación legal con base en los supuestos de hecho y las pruebas debidamente presentadas por el interesado en obtener la declaración judicial".

3. La exigencia que con fundamento en el ordinal 4o. del artículo 84 del C.C.A. ha venido haciendo la Corporación de que no sólo se señalen las disposiciones que el demandante considera infringidas por los actos administrativos impugnados sino que además debe precisar en forma muy clara el concepto de la violación, no es una exigencia caprichosa o que obedezca a demasiado procesalismo, sino que ella obedece a la necesidad de delimitar la fuerza de la cosa juzgada de las sentencias que ponen fin a los procesos contencioso administrativos, ya que esta cosa juzgada no es absoluta sino relativa a las normas y al concepto de violación de las mismas que fueron objeto de examen del juez contencioso administrativo. Por esta razón en el sistema del contencioso administrativo un acto impugnado que en un proceso no fue anulado por estimarse que no violaba la norma señalada como infringida por el concepto expresado por el demandante, puede en otro proceso declararse su nulidad por considerarse que viola la misma norma señalada como infringida en el anterior proceso pero por un concepto distinto.

Lo expresado es suficiente para no haber compartido la decisión adoptada por la mayoría de la Sala en el fallo de 26 de abril del presente año.

Jacobo Pérez Escobar

Bogotá, D.E., primero de julio de mil novecientos ochenta y tres (1983).

DEMANDA. REQUISITOS. (Salvamento de voto). Es indispensable precisar en la demanda las normas que se estiman violadas y el concepto de la violación.

CONCEPTO DE LA VIOLACION (Salvamento). No basta mencionar un estatuto de orden legal, para que el funcionario conocedor del negocio entre a investigar cuál de sus disposiciones se estiman violadas y los alcances de tal violación.

COSA JUZGADA. (Salvamento). La exigencia legal del concepto de la violación gurda estrecha relación con la cosa juzgada la cual hace referencia a la norma que se estime violada que, desde luego, es consecuencia del concepto de la violación propuesto en la demanda.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. ROBERTO SUAREZ FRANCO

Bogotá, D.E., julio cinco de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Valencia**

Expediente: 10.948

Las razones expresadas con particular precisión y brillantez por los consejeros que me anteceden en el salvamento de voto son suficientes para que el suscrito las acoja como suyas y las reitere una vez más.

En efecto, la manera como se propuso el concepto de la violación en el libelo demandatorio no se da cabida para entrar a analizar, bajo este aspecto, soluciones concretas al caso debatido.

Para el suscrito, en consonancia con reiterada jurisprudencia de la Corporación, es indispensable precisar en la demanda las normas que se estiman violadas y el concepto de la violación, por cuanto la labor fundamental del juzgador, en la sentencia, se reduce primordialmente a concretar las disposiciones de orden constitucional o legal de jerarquía superior, que resulten vulneradas con el acto o actos que se impugnen.

De no ser ello así, correspondería al juez entrar a escudriñar cuales de las disposiciones resultan violadas con el acto que se acusa, lo cual no es propio de una jurisdicción rogada como es la contencioso administrativa; como también que podría incurrirse en fallo extra petita al orientar la demanda a campos ajenos a los puestos en discusión en el libelo.

Además, no puede ampliarse de tal manera el concepto de la violación; no basta mencionar un estatuto de orden legal, para que el funcionario conocedor del negocio entre a investigar cuál de sus disposiciones se estiman violadas y los alcances de tal violación. De aceptarse tal hipótesis, se llegaría al absurdo de que en ciertos casos sería suficiente citar el Código Contencioso, el C.C. o un estatuto conformado por múltiples disposiciones para que con ello se entendiera cumplido el requisito a que me vengo refiriendo.

Por otra parte, como lo anota el Consejero Pérez Escobar, la exigencia legal del concepto de la violación guarda estrecha relación con la cosa juzgada la cual hace referencia a la norma que se estime violada que, desde luego, es consecuencia del concepto de la violación, propuesto en la demanda.

Las razones expuestas son suficientes para separarme respetuosamente de la decisión mayoritaria.

Roberto Suárez Franco

JURISDICCION ROGADA. (Salvamento). Dentro del sistema contencioso administrativo, los actos cuya nulidad se solicita, no pueden ser anulados por motivos distintos de los que el mismo demandante invoca.

CONCEPTO DE LA VIOLACION. (Salvamento). Cumplimiento de lo exigido por el artículo 84 del C.C.A.

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D.E., veintidós de junio de mil novecientos ochenta y tres (1983).

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR ALVARO OREJUELA GOMEZ

Referencia: 10.948

En reiteradas providencias esta Corporación ha sostenido que toda demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 4o. del artículo 84 de la Ley 167 de 1941, debe expresar no sólo las disposiciones que se estiman violadas, sino también el concepto en que se considera que el acto o actos acusados las han quebrantado, "porque dentro del sistema del contencioso administrativo, los actos cuya nulidad se solicita, no pueden ser anulados por motivos distintos de los que el mismo demandante invoca.

La anterior jurisprudencia ha sido acogida en múltiples casos que ha decidido esta Entidad, hasta convertirse en una doctrina constante y uniforme que, si es verdad, en ciertas ocasiones ha sufrido alguna modificación, porque se haya aplicado con un amplio criterio o "con alguna laxitud", como lo anota el anterior Salvamento de Voto, es evidente también, que no puede llegar a establecerse como una tesis nueva y estable, con la cual se pretenda variar lo que la propia ley ya ha consagrado en una disposición inconcusa y lo que esta corporación ha venido sosteniendo mediante innumerables fallos, desde el momento en que aquélla fue expedida.

Por esas razones la sentencia dictada por la mayoría de la Sala, de cuyas conclusiones me separo, dejó de cumplir el perentorio mandato de la norma en un principio citada, que no admite interpretación de ninguna naturaleza, al aceptar que habiendo señalado el actor "una serie de estatutos legales como violados, sin especificar, precisar, concretar, la disposición de ellos presuntamente contrariada por el acto impugnado", hubiere expuesto el concepto de la violación, "en forma genérica y vaga", como lo afirma el fallo referido.

Porque, ciertamente, el accionante al no haber expresado en el libelo el concepto de la violación de las normas que citó genéricamente como infringidas, en lo cual se fundó la Sección Primera del Consejo para declarar la ineptitud sustantiva de la demanda, quiso enmendar luego tan protuberante error por medio de un extenso alegato, al interponer el recurso de súplica de la sentencia proferida por dicha Entidad, lo cual, no obstante las amplias explicaciones y razonamientos que aduce el recurrente, en forma alguna vienen a corregir aquella inexcusable falta, sobre la inobservancia de un terminante ordenamiento legal establecido como una formalidad indispensable para que la demanda además de ser admitida pueda prosperar.

Las razones precedentes explican mi disentimiento con los términos en que está concebida la sentencia aprobada por la mayoría y quedan como justificación de mi salvedad de voto en el presente proceso.

Alvaro Orejuela Gómez

NULIDADES.

1. No podrá alegar la nulidad quien haya dado lugar al hecho que la origina (155 C.P.C.).

2. Saneamiento (156 C.P.C.).

3. Un negocio cuyo trámite corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo podría adelantarse indistintamente por una u otra sección, aunque no se acomodase a lo dispuesto por el Acuerdo No. 1 de 1979; en consecuencia, una irregularidad o equivocación de tal naturaleza no daría origen a una nulidad por falta de competencia.

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D.E., mayo dieciocho de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Roberto Suárez Franco**

Demandante: **Luis Gómez Galué**

Referencia: 10.847

Decidido el recurso de súplica, por la Sala, el apoderado del actor formula una petición en los siguientes términos:

Como apoderado especial del demandante respetuosamente pido que se decrete la nulidad de lo actuado, a partir de la sentencia proferida con fecha 31 de agosto de 1981 por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del Dr. Alvaro Orejuela Gómez.

"HECHOS EN QUE SE FUNDA LA SOLICITUD DE NULIDAD

1. La demanda instaurada por Luis Gómez Galué está expresamente dirigida al tribunal competente, esto es, a la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

2. Igualmente en la misma demanda se dijo lo siguiente, en relación con la competencia para conocer del asunto:

"Como se trata de una *controversia surgida de un contrato administrativo* y la cuantía de la acción es superior a cien mil pesos ($100.000.oo), el Consejo de Estado es competente para conocer de ella en única instancia, a términos de los artículos 20 y 30, (ordinal 1o., literal a) del Decreto-ley 528 de 1964. (Ni las mayúsculas ni las subrayas pertenecen al texto).

3. En el escrito por el cual se aclaró y corrigió el libelo, conforme a la ley, se ratificó lo dicho en la demanda inicial sobre la competencia para conocer de este asunto, a más de que las pretensiones procesales del demandante, tanto principales como subsidiarias, no dejan duda alguna de que se trata de una controversia relacionada con el contrato administrativo celebrado entre el ICA y mi mandante el día 9 de febrero de 1973.

4. Al tenor del artículo 137 de la Constitución Nacional, en armonía con el 141 (atribución 3a.) ibídem y con las diferentes disposiciones que desarrollan y

distribuyen la competencia de las diferentes Salas o Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado como suprema juez de lo contencioso administrativo; tales como el artículo 50 de la Ley 167 de 1941, la Ley 50 de 1967 (en especial su artículo 3o.), el Decreto-ley 528 de 1964 (artículos 22, 24 y 30 en su ordinal 1o., lit. a), el Acuerdo No. 1 de la Sala Plena del Honorable Consejo de Estado sobre distribución de trabajo en las diferentes Salas o Secciones, etc.

.....

"Según el artículo 26 de la Constitución Nacional nadie puede ser juzgado sino ante Tribunal competente.

Por otra parte, "La competencia es improrrogable, cualquiera que sea el factor que la determine". (Art. 13 del C. de P.C.).

6. En el anterior orden de ideas, es evidente que la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado no es el Tribunal competente para conocer de la instaurada por el Ingeniero Luis Gómez Galué contra el Instituto Colombiano Agropecuario (ICA), surgida del contrato celebrado entre ambas partes el día 9 de febrero de 1973.

7. Por tanto, la sentencia dictada el 31 de agosto de 1981 por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, es nula, porque se ha tipificado la causal de nulidad contemplada en los artículos 113 (ordinal 1o.) y 114 del C.C.A., y en el artículo 152 (numeral 1) del C. de P.C., ya que según dichas normas hay nulidad de lo actuado en el proceso cuando el juez carece de competencia.

8. Mas, si contra todas las evidencias procesales que he anotado precedentemente y las expresas manifiestaciones del actor en su demanda al respecto, se calificare ésta no como una controversia de plena jurisdicción relacionada con el contrato administrativo celebrado entre el Ing. Luis Gómez Galué y el ICA ya mencionado, sino como una controversia de las que el Decreto-ley 528 de 1964 clasifica como "acciones de plena jurisdicción de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo", aún así sigue siendo incompetente la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo para proferir la sentencia de 31 de agosto de 1981 en este proceso, ya que:

"9. Por ser la cuantía de esa hipotética acción inferior a $150.000.oo, la competencia para conocer de ella es del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca en primera instancia, puesto que así lo disponen los artículos 32 (ordinal 2o., lit. a) del Decreto 528 de 1964, pertinentes del Decreto 2061 de 1966; 12 de la Ley 22 de 1977 y 8o. del Decreto-ley 1819 de 1964, ya que dicha acción estaría dirigida contra una entidad del orden nacional que es el ICA y el demandante es vecino de Bogotá.

"10. Y en el evento contemplado en los dos hechos inmediatamente anteriores, además de tipificarse la causal de nulidad derivada de la falta de competencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo para conocer del asunto y proferir la sentencia de 31 de agosto de 1981, también se configuraría la que (sic) de haber pretermitido íntegramente una instancia (Art. 152, numeral 3, del C. de P.C.), o de haber seguido un procedi-

miento distinto del que legalmente corresponda (Art. 152, numeral 4o., del C. de P.C.), ya que este proceso ha tenido una sola instancia, debiendo haberse surtido en dos (primera y segunda) y siguiente los trámites rigurosos previstos para cada una de ellas en los artículos 125 a 132 y 137 a 139, respectivamente del C.C.A.

"11. En síntesis, por ser la sentencia de 31 de agosto de 1981 de la Sección Segunda de la Sala de lo C. A. una decisión judicial prácticamente oficiosa, puesto que se dictó con respecto a una acción contenciosa-administrativa no rogada por la parte demandante, se ha quebrantado además el principio del debido proceso garantizado por el artículo 26 de la Carta Política.

CONCLUSION

En conclusión, en el proceso No. 10.847 instaurado por el Ingeniero Luis Gómez Galué contra el Instituto Colombiano Agropecuario (ICA) y a que dio lugar la controversia surgida del contrato administrativo celebrado el 9 de febrero de 1973 entre ambas partes, se han configurado las causales de nulidad previstas en los rtículos 113, ordinal 1o. del C.C.A. y 152, numerales 2-3 "infine", y 4o. del C. de P. C., según los hechos anteriormente relacionados.

Y como las nulidades que acabo de alegar no son saneables en ningún caso, respetuosamente pido a su Despacho, que se sirva dar el trámite que según la ley corresponda a la solicitud que encabeza el presente memorial (Arts. 119 del C.C.A. y concordantes del C. de P. C.).

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

a) Dispone el Art. 130 del C.C.A., en parte pertinente de sus incisos 3o. y 4o., que una vez que se ha citado para sentencia, "no se admitirán alegaciones ni incidentes".

b) Conforme al Art. 155 del C.P.C. "No podrá alegar la nulidad quien haya dado lugar al hecho que la origina".

c) Por último, el Art. 156 del C.P.C., en su numeral 1o. considera saneada la nulidad "cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente".

Por su parte los artículos 34 del C.C.A., 11 del Decreto 4120 de 1949 y el Art. 30 del Decreto 528 de 1964 y demás disposiciones concordantes, determinan las funciones concernientes a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado vale decir, fijan el ámbito de su competencia.

Así lo entendió la Sala cuando al aprobar el Acuerdo No. 1 de 1971, en su frase inicial, dispuso distribuir los negocios de la manera como en ella se determina pero solo *"para efectos de repartimiento"*. (Subraya la Sala).

De consiguiente, un negocio cuyo trámite corresponde a la Sala Contencioso Administrativo podría adelantarse indistintamente por una u otra sección, aunque no se acomodase a lo dispuesto por el Acuerdo No. 1 de 1979; en consecuencia, una irregularidad o equivocación de tal naturaleza no daría origen a una nulidad por falta de competencia.

Pero es más, en el caso sub-judice la Sección Tercera en providencia de 17 de julio de 1976, se ocupó de una nulidad propuesta por el apoderado de la entidad demandante, la cual tuvo como fundamento la "incompetencia de jurisdicción" y, en razón de que la competencia para conocer de tal acción corresponde a la Sección Segunda y no a la Tercera, en dicha providencia se denegó la nulidad impetrada y se convino en remitir el expediente a la Sección Segunda, lo cual fue previamente motivo de consulta por parte de los presidentes de las dos secciones. (Art. 155 C.P.C.).

Además, en lo que hace referencia al factor competencia por razón de la cuantía, el propio demandante en el escrito de la demanda (Fls. 8 vuelto y 9) sostuvo que el Consejo de Estado era competente para conocer de la acción en única instancia en los términos de los artículos 20 y 30 del Decreto-ley 528 de 1964.

Como se expresó, no puede alegar una nulidad quien haya dado lugar a ella (Art. 155 del C.P.).

Por último y en cuanto al trámite irregular del proceso, el propio demandante, por conducto de su apoderado, dirigió y presentó la demanda ante el Consejo de Estado acogiéndose luego al trámite que esta Corporación le impartió, sin que hubiese manifestado a todo lo largo del mismo su inconformidad. Ello equivale en los términos del Art. 156 del C.P.C. (numerales 1o. y 4o.) a que la nulidad que se hubiere podido presentar se entendería saneada...

Las consideraciones expuestas son suficientes para que las peticiones del demandante estén llamadas a fracasar.

EN CONSECUENCIA, SE DISPONE:

No se accede a decretar la nulidad propuesta.

Sesión del día 17 de mayo de 1983.

Cópiese y notifíquese.

Samuel Buitrago Hurtado, Bernardo Ortiz Amaya, Gustavo Humberto Rodríguez, Jorge Valencia Arango, Carlos Betancur Jaramillo, Mario Enrique Pérez Velasco, Jacobo Pérez Escobar, Aydée Anzola Linares, Joaquín Vanín Tello, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada, Jorge Dangond Flores, Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn, Eduardo Suescún Monroy, Roberto Suárez Franco.

Darío Quiñones Pinilla. Secretario General

POTESTAD REGLAMENTARIA. ALCANCE. Implica el poder de adecuación del mandato legal a la vida práctica. Evolución jurisprudencial antes y después de 1962. (Sentencias de febrero 17/62 y octubre 10/62).

PROPIEDAD RURAL. FUNCION SOCIAL. Educación de los hijos de los trabajadores de la tierra. Reglamentación de esta función (2a. consagrada en el artículo 21 de la Ley 4a. de 1973 que subrogó el artículo 56 de la Ley 135 de 1961 es decir, la relativa a la contribución de los propietarios rurales en la educación de los hijos de sus trabajadores o subsidio para la educación rural. El pago de este subsidio quedó establecido en forma alternativa a elección del propietario; directamente a los padres de los niños campesinos en edad escolar o indirectamente a través del Fondo Veredal. Dictado el Decreto 2053/74 quedó sin afecto el sistema del pago indirecto, pero siguió en plena vigencia la contribución para la educación rural, mediante la forma de pago directo, ordinal 2o., Art. 21, Ley 4a. de 1973. Vigente la norma legal que consagra esta nueva función social de la propiedad rural, es obvio que ello podía y debía ser reglamentada. El Decreto Reglamentario 1718 de 1977 al prever los medios para que los propietarios rurales cumplan la nueva función, no hizo sino desarrollar el contenido y el objeto de la ley. IMPUESTOS. Requisitos para su configuración. El pago del 15% del salario respectivo del trabajador no constituye impuesto.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D.E., siete de diciembre de mil novecientos ochenta y dos (1982).

Consejero ponente: **Eduardo Suescún**

Referencia: Expediente No. 10.559 Procesos acumulados 2329, 2347 y 2348

Actores: **Carlos Didacio Alvarez, Guillermo Rojas Viloria y Hugo Palacios Mejía.**

Nulidad del Decreto Reglamentario 1718 del 25 de julio de 1977. Autoridades Nacionales.

Por empate en la Sección Tercera, la Sala Plena resuelve lo referente a las demandas interpuestas por los actores Carlos Didacio Alvarez Vergara y Hugo Palacios Mejía, contra la totalidad de los siete artículos del Decreto Reglamentario 1718 de 1977 y Guillermo Rojas Viloria respecto del artículo 1o. del citado reglamento.

EL DECRETO ACUSADO:

"Decreto No. 1718 de 25 de julio de 1977 "Por el cual se reglamenta el numeral 2o. del artículo 56 de la Ley 135 de 1961 modificado por el artículo 21 de la Ley 4a. de 1973.

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

DECRETA:

"Artículo 1o. Para los fines de que trata el numeral 2o. del artículo 56 de la Ley 135 de 1961, modificado por el artículo 21 de la Ley 4a. de 1973, se entiende que el propietario de un predio rural ha cumplido con la obligación de contribuir directamente a la educación gratuita de los hijos de los trabajadores, una vez demuestre haber realizado uno o cualquiera de los siguientes aportes:

1. Que ha entregado en efectivo a cada trabajador una suma no inferior al 15% de su salario devengado en el mes inmediatamente anterior al de la fecha del aporte.

2. Que a su costa ha construido locales para la educación primaria y corre, por lo demás, con los gastos de dotación y mobiliario, materiales didácticos y sueldos de profesores idóneos y suficientes para impartir una enseñanza adecuada, todo conforme a las normas establecidas al efecto por el Ministerio de Educación.

3. Que costea a los hijos de sus trabajadores los estudios de enseñanza media, técnico-agropecuaria o superior en las ramas de agronomía o veterinaria, al igual que los demás gastos que por concepto de alimentación y alojamiento fueron indispensables para que el beneficiario pueda lograr su educación.

Artículo 2o. La contribuición a que se refiere el numeral 1o. del artículo anterior, deberá cumplirse dentro de los cinco primeros días de cada mes, durante el correspondiente año lectivo, mientras el trabajador esté al servicio del patrono.

Artículo 3o. Son beneficiarios de la contribución los trabajadores que tengan a su cargo por lo menos un hijo entre los seis y catorce años de edad. Cuando el beneficiario tenga a su cargo dos o más hijos recibirá por cada uno de ellos, con exclusión del primero, un 5% adicional al valor mínimo de la contribución hasta un 30% del monto de su salario, por dicho concepto.

Parágrafo. El recibo expedido por el trabajador será prueba del cumplimiento de esta contribuición.

Artículo 4o. Para efecto de la contribuición a que alude el numeral 2o. del artículo 1o. del presente decreto, podrán los obligados de una misma zona o vereda realizar de consuno los gastos que la prestación demanda. La prueba de su aporte en este caso, consistirá en la certificación expedida por el inspector de policía del lugar o en su defecto, por el alcalde del respectivo municipio. De todas maneras, en el presente caso el monto de su contribución no podrá ser inferior al valor total que pueda presentar durante cinco años el aporte a que alude el numeral 1o. del artículo 1o. del presente decreto.

Artículo 5o. La prestación a que se refiere el numeral 3o. del artículo 1o. del presente decreto deberá cumplirse en un establecimiento de educación

debidamente reconocido por el Ministerio de Educación o la autoridad competente y será prueba de su cumplimiento los certificados expedidos al efecto por el rector o secretario del plantel en el cual señala el curso que adelante el beneficiario, el valor correspondiente y la persona que sufraga, tales gastos, y además, el recibo expedido por el trabajador en relación con los gastos de alimentación y alojamiento de sus hijos.

Artículo 6o. El trabajador beneficiario, en los eventos de que tratan los numerales 1o. y 3o. del artículo 1o. del presente decreto, deberá presentar al propietario, por lo menos cada trimestre del año lectivo, un certificado sobre asistencia, expedido por el establecimiento educativo donde curse los estudios su hijo.

Parágrafo. Dentro de los trámites de adquisición ante el Incora, deberá el propietario presentar, tanto los recibos de pago otorgados por sus trabajadores, como las constancias de asistencia de los hijos de cada beneficiario expedidos por los respectivos planteles educativos.

Artículo 7o. El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición".

LOS ANTECEDENTES LEGALES

A. El doctor Carlos Didacio Alvarez expresó, al referirse a los antecedentes legales de la norma acusada lo siguiente:

"1. El legislador dictó la Ley 4a. de 1973, por la cual introdujo modificaciones, entre otras, a la Ley 135 de 1961. En el artículo 21, que subrogó el artículo 56 de la Ley 135 de 1961, dispuso que, para calificar los fundos como adecuadamente explotados, además del examen físico de los inmuebles con el fin de establecer el aprovechamiento económico de las tierras, se debe comprobar que sus propietarios han dado cumplimiento a las funciones sociales y económicas allí impuestas.

"2. Entre otras funciones, estableció, en el numeral 2, la de contribuir a la educación gratuita de los hijos de sus trabajadores, bien sea en forma directa o por medio de la contribución al Fondo de Bienestar Veredal. Y agregó que 'las obligaciones determinadas en este numeral y en el precedente, se cumplirán en la forma prevista en el artículo 128' de la misma ley.

"3. El artículo 128 de la Ley 135 de 1961, introducido por la Ley 4a. de 1973, en el numeral a), entre los recursos previstos para reformar el Fondo de Bienestar Veredal, estableció una sobretasa del 6% sobre el impuesto a la renta presuntiva de los propietarios de predios rústicos. Pero este ordinal fue derogado expresamente por el artículo 143 del Decreto Legislativo No. 2053 de 1974, por el cual se organizaron los impuestos de renta y sus complementarios.

"4. Desapareció así la alternativa prevista en el numeral 2 del artículo 121 de la Ley 4a. de 1973 y quedó esta función social reducida a la contribución directa de los propietarios de fondos a la educación de los hijos de sus trabajadores.

"5. Pero, como la ley no previó mecanismo alguno para el cumplimiento de esta función, la disposición acabó por tornarse inocua o, por lo menos nugatoria. Quedaba, así como único expediente, para darle cumplida ejecución a la ley, el de su reglamentación.

"6. El señor Presidente de la República, en el mensaje dirigido al Congreso, al abrir las sesiones de este año, el 20 de julio, bajo el subtítulo 'las calificaciones para la explotación adecuada, imposibles de reglamentar', dijo al respecto:

"El criterio original para la calificación de las explotaciones agropecuarias, conforme al primitivo artículo 56 de la Ley 135 de 1961, estaba constituido por el examen físico del inmueble con el fin de establecer el aprovechamiento económico de las tierras, teniendo en cuenta su 'ubicación con respecto a centros urbanos importantes; relieve, calidad de los suelos, posibilidad de la utilización de riesgos y avenamientos; facilidad para una explotación continua y regular; clase y grado de intensidad de la explotación; capital y mano de obra empleados en ésta; valor comercial y rendimiento de la propiedad y densidad de la población en la zona rural donde dicha propiedad se halle ubicada".

"El principio anterior, con el argumento de que la calificación de los predios quedaba sometida al arbitrio de los funcionarios, fue sustituido mediante la Ley 4a. de 1973, por el examen de cuatro factores que cada propietario ha debido cumplir en la explotación de su inmueble para acreditar su adecuada explotación. Son ellos: a) Que el propietario contribuya en forma directa y gratuita a la educación de los hijos de sus trabajadores, o mediante contribución al Fondo de Bienestar Veredal (inaplicable, de conformidad con el artículo 143 del Decreto No. 2053 de 1974); b) Que haya obtenido en sus predios, durante los tres años anteriores a la afectación, los mínimos de productividad que para la respectiva región, cultivo o explotación ganadera, haya señalado el Ministerio de Agricultura; c) Que se suministre alojamiento higiénico a los trabajadores permanentes, o campamentos de similares condiciones, a los trabajadores ocasionales que pernocten en el predio y carezcan de vivienda propia en él, y d) Que se haya cumplido en lo esencial con las normas establecidas sobre la conservación de los recursos naturales, según certificación expedida por el Inderena.

"Los anteriores factores de calificación, no obstante las buenas intenciones del legislador, han acabado por ser inoperantes en razón de la imposibilidad de ser reglamentados en una forma clara y objetiva que cuente con la aprobación del intérprete autorizado de la ley, sea este el Consejo de Estado o la justicia ordinaria.

"La contribución por los propietarios a la educación de los hijos de los trabajadores no ha sido objeto de reglamentación ni, en cierto modo, puede serlo, puesto que es imposible (sic) y calificar el cumplimiento de tal obligación en abstracto, ya que, con solo construir unas aulas y pagar un maestro, podría entenderse que se han llenado los requisitos".

"7. A pesar de tan autorizado concepto como el expresado por el jefe del Estado y suprema autoridad administrativa, el 24 de julio, cinco días después, expidió el Decreto No. 1718 de 1977, por el cual se reglamenta el numeral 2 del

artículo 56 de la ley 135 de 1961, modificado por el artículo 21 de la Ley 4a. de 1973. Y, por medio del artículo 1o. de este decreto, impuso a los propietarios de predios rurales una contribución alternativa, forzosa y especial. Entregar en efectivo a cada trabajador una suma no inferior al 15% del salario devengado en el mes inmediatamente anterior a la fecha del aporte; o construir a su costa locales para educación primaria y dotarlos de mobiliarios y con materiales didácticos y pagar los sueldos de profesores idóneos y suficientes para impartir una enseñanza adecuada, todo conforme a las normas establecidas al efecto por el Ministerio de Educación; o costear a los hijos de sus trabajadores los estudios de enseñanza media, técnico-agropecuaria o superior en las ramas de agronomía o veterinaria, al igual que los demás gastos por concepto de alimentación y alojamiento indispensables para que el beneficiario pueda lograr su educación".

B. El doctor Palacios Mejía expresó al respecto lo siguiente:

"1. La Ley 4a. de 1973 introdujo sustanciales reformas a la legislación agraria y tributaria vigente hasta entonces en el país. Entre ellas cabe destacar la creación de nuevos criterios para calificar como 'adecuadamente explotado' un predio rural, y el establecimiento de la renta presuntiva para los agricultores.

"2. En el proyecto de ley que el Gobierno presentó al Congreso, y que con algunos cambios fue aprobado por éste para convertirlo en la ley 4a. de 1973, el artículo relativo a los criterios para calificar como adecuadamente explotados los predios tenía el número 17.

"El artículo 17 del proyecto oficial establecía que el artículo 56 de la Ley 135 de 1961 quedaría así: '...Se tendrán como tierras adecuadamente explotadas... cuando el respectivo propietario demuestre...: 2. Que presten el servicio gratuito de enseñanza a los hijos de sus trabajadores, *en las condiciones, niveles, calidades y categorías de empresas que el Gobierno determine*'. (El subrayado es mío).

"4. El Congreso rechazó la nueva redacción propuesta por el Gobierno para el numeral 2o. del artículo 56, y en su lugar dispuso, en el artículo 21 de la Ley 4a. de 1973, que el artículo 56 de la Ley 135 de 1961, diría lo siguiente:

"Se tendrán como tierras adecuadamente explotadas... si... los propietarios demuestran... 2) que contribuyen a la educación gratuita de los hijos de sus trabajadores, bien sea en forma directa o por medio de la contribución al Fondo de Bienestar Veredal.

Las obligaciones determinadas en este numeral y en el precedente, se cumplirán en la forma prevista en el artículo 128 de esta ley". (El subrayado es mío).

"5. A su vez, el artículo 38 de la Ley 4a. de 1973 dispuso que el artículo 128 de la Ley 135 de 1961 quedaría así:

"El Fondo de Bienestar Veredal se formará con los siguientes recursos: a) Una sobretasa del seis por ciento (6%) sobre el impuesto a *la renta presuntiva de los propietarios rurales con lo cual se da cumplimiento a las obligaciones señaladas en los ordinales 1o. y 2o. del artículo 17 de la presente ley.*

Parágrafo. Los propietarios que en el respectivo año gravable demuestren que han contribuido en forma directa a la educación de los hijos de sus trabajadores en *una suma que exceda del cincuenta por ciento de la contribución de que trata el ordinal a) del presente artículo, sólo pagarán como contribución al Fondo de Bienestar Veredal una sobretasa del tres por ciento (3%) sobre el impuesto a la renta presuntiva. En estas condiciones demostrarán el cumplimiento de la obligación impuesta en el ordinal 2o. del artículo 17".* (Los subrayados son míos).

"6. ¿Cuál era la 'renta presuntiva de los propietarios rurales' de que trata el artículo 128 de la Ley 135 de 1961, añadido por el artículo 38 de la Ley 4a. de 1973? Era la institución creada por esta ley, en cuanto incorporó a aquella los artículos 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150 y 151.

"7. La institución de la 'renta presuntiva de los propietarios rurales' definida por las normas ya citadas, tenía la siguientes características principales:

"a) Se refería sólo a los predios rurales; (Art. 133 de la Ley 135 de 1961, inciso 1o.).

"b) Se calculaba sobre el valor del terreno, y este valor del terreno era cosa distinta del valor del predio; (Art. 133, inciso 1o.; Art. 140 y Art. 144 de la Ley 135 de 1961).

"c) Era, por regla general, el diez por ciento (10%) del valor del terreno; (Art. 133 de la Ley 135 de 1961, inciso 1o.).

"8. La institución de la 'renta presuntiva de los propietarios rurales, consagrada en los artículos mencionados en el número 6 de esta demanda, *fue abolida* por el artículo 143 del Decreto-ley 2053 de 1974, *el cual derogó expresamente el ordinal a) del artículo 128 y los artículos 133 a 144 ya citados.*

"9. La institución de la "renta presuntiva" de que trata el Decreto legislativo 2053 de 1974, y las demás normas concordantes, es sustancialmente diferente de la 'renta presuntiva de los propietarios', porque tiene las siguientes características principales:

a) Se refiere al *patrimonio líquido* del contribuyente, concepto jurídico y económicamente distinto al de *predio rural*; (Art. 77 del Decreto 2053 de 1974, reformado por el Art. 59 del Decreto-ley 2247 de 1974).

b) No tiene en cuenta, por lo tanto, la diferencia entre "valor del predio" y "valor del terreno".

c) Es, en todos los casos, el *ocho por ciento (8%) del patrimonio líquido en el último día* del año o período gravable anterior; (Art. 77 del Decreto 2053 de 1974, reformado por el artículo 59 del Decreto-ley 2247 de 1974).

"10. El Decreto 1718 de 1977 pretende reglamentar el artículo 56 de la Ley 135 de 1961 tal como fue reformada por la Ley 4 de 1973. Un análisis lógico de ese Decreto revela que todos sus artículos constituyen una "proposición

jurídica completa", puesto que los artículos 2, 3, 4, 5, 6 y 7 se limitan a regular la forma de cumplir y probar las obligaciones que el Decreto contempla en su artículo 1o.". (fls. 2, 3, 4 y 5 Exp. 2348).

c) El doctor Rojas Viloria señaló como motivos de nulidad:

"El precepto acusado es reglamentario del numeral 2o. del artículo 56 de la Ley 135 de 1961, modificado por el artículo 21 de la Ley 4a. de 1973.

"Mas sucede, que la disposición legal reglamentada fue derogada por el artículo 143 del Decreto legislativo 2053 de 1974.

"Ahora bien, al pretenderse revivir, mediante un decreto reglamentario, una norma derogada, se incurrió por el Ejecutivo Nacional en una desviación de poder, que desborda la potestad reglamentaria, que le confiere la Constitución Nacional, ya que de esa manera se atribuye funciones privativas del legislador y quebranta la voluntad de éste" (fl. 2, exp. 2347).

DISPOSICIONES VIOLADAS:

El demandante Alvarez Vergara, estimó como quebrantados los artículos 41, 43, 76, 13 y 14, 120-3o., 204, constitucionales y el artículo 56 de la Ley 135 de 1961 (modificado por el artículo 21 de la Ley 4a. de 1973).

El demandante Palacios Mejía, consideró violados a más de los anteriores, los artículos 38 de la Ley 4a. de 1973 y el artículo 128 de la Ley 135 de 1961.

El demandante Rojas Viloria expresó que su acción se refería únicamente contra el artículo 1o. del Decreto 1718, pues la nulidad de este haría que el resto quedara "sin ninguna relevancia jurídica" (fl. 5, C. 3). Y señaló como particularmente quebrantados el artículo 14 del Decreto Legislativo 2053 de 1974 y el artículo 14 de la Ley 153 de 1887.

EL CONCEPTO DE LA VIOLACION:

Expediente 2329:

El demandante conceptúa en síntesis que la Ley 4a. de 1973, "no previó mecanismo alguno" para que los propietarios cumplieran con el requisito de demostrar su contribución directa a la educación gratuita de los hijos de los trabajadores (folio 5 cuad. 1), "sino que se limitó a preverla". "Se abstuvo de señalar la base para determinar el monto de la contribución, lo mismo que los medios y la oportunidad para satisfacerla.

"Surge, entonces, el interrogante: ¿Puede, el señor Presidente de la República, en ejercicio de la potestad reglamentaria, señalar el monto de la contribución, prescribir los medios para satisfacerla y determinar la oportunidad para darle cumplimiento? En otras palabras, ¿puede el señor Presidente, por medio de un decreto reglamentario, crear una contribución forzosa, con destinación especial, por el mero hecho de estar prevista en la ley reglamentada?

"...La reglamentación, de acuerdo con lo expuesto por los tratadistas de derecho constitucional, debe ceñirse al pensamiento del legislador, sin desvirtuarlo; debe enderezarse a respaldar su autoridad, no a menguarla; debe

concretarse a lo indispensable y nada más, como que el fin perseguido ha de ser el de buscar la verdadera efectividad en orden a la cumplida ejecución de la ley.

"Sin embargo, pretextando el gobierno el ejercicio de una facultad reglamentaria se impuso a los propietarios "una contribución alternativa, forzosa y especial", violándose de esa forma el artículo 43 de la Carta, e igualmente en concordancia, los artículos 76, 13, y 76-14, el artículo 41 y el 120 num. 3o.

"...Y, en el supuesto de que por un decreto reglamentario se pudiese imponer una contribución, habría violado también el artículo 204 de la Constitución, en cuanto no señaló la fecha desde cuándo debería comenzar a ser satisfecha.

"Por último, no habiendo creado la Ley 4a. de 1973 contribución directa alguna, al crearla, el Decreto Reglamentario 1718 de 1977 violó el artículo 21 numeral dos de aquella en cuanto fue más allá de lo previsto por el legislador" (fls. 5 a 8).

Expediente 2348:

Como primer cargo. Considera el demandante que el numeral 2o. del artículo 56 de la Ley 135 de 1961 y el parágrafo de la misma ley fijaban una contribución, señalaban la manera de cumplirla", con pagos al Fondo de Bienestar Familiar, (forma indirecta) y con aportes menores a ese Fondo combinados con mayor gastos voluntario en cualquier aspecto de la educación de los hijos de los trabajadores (forma directa). Era pues un régimen tributario completo, con sujetos pasivos, tarifas, base impositiva y sistemas de terminación perfectamente determinados o determinables, con base expresa en textos legales (folio 6 cuad. 2).

"Al haberse destruido dicho sistema por la derogación hecha por el artículo 143 del Decreto 2053 de 1974 de las normas sobre "renta presuntiva de los propietarios rurales" y del literal a) del artículo 128 de la Ley 135 de 1961, no podía, "el gobierno reconstruir por reglamento lo que destruyó por acto con fuerza de ley, por el artículo 43 de la Carta que establece que solo el Congreso puede crear contribuciones de carácter nacional en tiempo de paz. Y el Decreto 1718, aunque expedido durante el estado de sitio, no fue dictado en uso de facultades del artículo 121, ni guarda relación con los motivos que llevaron al gobierno a declarar turbado el orden público" (folios 6 y 7 cd. 2). Explica a continuación:

"En efecto, el artículo primero de dicho decreto fija a esa contribución una tarifa (15% del valor de los salarios devengados por los trabajadores) y establece formas compensatorias de satisfacer la obligación pecuniaria. Los artículos 2, 3, 4, 5, 6 y 7 regulan la oportunidad en el pago de la contribución, los beneficiarios de ella, las obras en que pueden invertirse, la manera de probar su cumplimiento y la oportunidad de hacer valer los recibos correspondientes. Se trata, pues, de aspectos típicos de un régimen tributario, que el Gobierno no podía establecer por simple reglamento, sin violar la norma reglamentada y sin quebrantar los preceptos constitucionales que reservan al Congreso tal potestad y limitan, por lo tanto, sus poderes reglamentarios.

"El numeral segundo del artículo 56 de la Ley 135 de 1961 no señalaba tarifa alguna; el artículo 1o. del decreto sí lo hace, en un quince por ciento (15%) de los salarios devengados. El precepto legal indicaba que la obligación respectiva se cumpliría en la forma prevista en su artículo 128; los artículos 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del decreto disponen otras formas de cumplir (porcentaje de salarios, construcción y mantenimiento de escuelas, enseñanza vocacional). El parágrafo del artículo 128 ordenaba probar el acatamiento de la contribución educativa con aportes del Fondo de Bienestar Veredal o de modo directo; los artículos 3, 4, 5 y 6 del Decreto crean en cambio un sistema de recibos y certificados de matrícula, asistencia a clases, etc." (C. 2, fl. 7).

Como segundo cargo: Según el demandante, el artículo 128 de la Ley 135 de 1961, reguló dos maneras de cumplir con la obligación de educar a los hijos de los trabajadores: *Una indirecta*, consistente en pagar al Fondo de Bienestar Veredal una sobretasa del 6% sobre el impuesto "a la renta presuntiva de los propietarios rurales" literal a) del artículo 28 de la Ley 135 de 1961 *y otra directa;* consistente en contribuir con cualquier suma que excediera del 50% sobre el 6% adicional, a la renta presuntiva de los propietarios rurales. "Ello daría lugar, el año siguiente a contribuir sólo con un tres por ciento (3%) al Fondo de Bienestar Veredal" (fl. 7 C. 2).

Agrega que del texto del parágrafo del Art. 128 se desprende que la: "obligación que tal numeral (segundo del artículo 56) contiene solo puede cumplirse en la manera prevista en el artículo 128, y el Gobierno carece de facultades para crear alternativas de satisfacerla".

"Concluye de lo anterior que el decreto acusado, violó el artículo 56 de la Ley 135 de 1961, "al establecer formas de cumplir su numeral segundo diferentes a los establecidos en su artículo 128".

Considera finalmente que dicho artículo 56 resulta hoy prácticamente imposible de reglamentar por cuanto "fueron derogados los artículos de la Ley 135 de 1961 que creaba la "renta presuntiva de los propietarios rurales", y ante el hecho de que la "Renta presuntiva" que hoy existe solo se parece a la primera en el nombre. Es, en principio muy difícil que después de tales derogaciones el Gobierno pueda ingeniarse un reglamento que permita cumplir el artículo 128 de la Ley 135 de 1961, y por lo tanto, el numeral segundo del artículo 56 de la misma ley. Pero ello no habilita al Gobierno para enmendar, por la vía de los reglamentos los efectos voluntarios o no de los decretos de la emergencia económica" (folio 11, C. 2).

El tercer cargo, consiste en sostener que el numeral 2o. del artículo 56 de la Ley 135 no es susceptible de reglamentación... pues ese numeral "dispone con toda claridad en su inciso segundo que para cumplir con las obligaciones que él consagra es preciso atenerse a la forma prevista en el artículo 128 de la misma ley. Es ese último artículo, pues, el que está en principio sujeto a reglamento". Añade que dicha disposición no tiene un carácter facultativo u opcional.

El decreto reglamentario acusado consecuencialmente invadió un campo que había sido completamente regulado por el legislador.

Expediente 2347:

El demandante sostiene que la norma reglamentada estaba derogada por el Art. 143 del Decreto Legislativo 2053 de 1974. Insiste en que la contribución directa estaba prevista para ser satisfecha también a través de la sobretasa del Art. 128, conforme se desprende del inciso 2o., numeral 2o. del Art. 21. Y agrega: "basta cotejar la norma acusada y transcrita anteriormente, con la disposición legal que reglamenta, para inferir, sin ningún esfuerzo mental, que aquella, no solo modifica sustancialmente a ésta, sino que la sustituye y reemplaza plenamente.

"Si la norma reglamentada no estuviera derogada bastaría este objeto para poner de presente el desvío de la potestad reglamentaria en que incurrió el Ejecutivo Nacional al dictar el precepto acusado, mas sí sirve, en este evento, para relevar cómo en la disposición legal acusada el Presidente de la República, en uso de la facultad reglamentaria, crea obligaciones nuevas para los propietarios rurales, no previstas, ni autorizadas por el legislador, atribuyéndose así funciones propias de éste" (fl. 4).

LAS IMPUGNACIONES:

Dentro del proceso 2348, se constituyeron como impugnadores el Ministerio de Agricultura y el Instituto de Reforma Agraria.

a) El apoderado del primero expresó que el Decreto 1718 fue expedido con base en el concepto del Consejo de Estado del 13 de mayo de 1876, según el cual "se consideró extinguida la exigencia del propietario de contribuir de manera directa con aportes al Fondo de Bienestar Veredal y a la vez vigente su obligación directa, teniendo en cuenta la alternativa inicial del ordinal 2o. en mención, y que el Gobierno podía reglamentar dicho precepto, dentro de las pautas del ord. 3o. del artículo 120 de la C. N. y, específicamente, del ordinal 7o. del artículo 1o. de la Ley 131 (sic) de 1961" (fl. 38 C. 2).

Advierte el impugnador que el propietario "no está en la obligación de contribuir a bienestar o educación" sino que simplemente "tiene la *carga* de cooperar en ambos sentidos, si aspira a una determinada calificación de su empresa. Pero es libre de obtener o no ese resultado mediante los actos correspondientes. Así que, por este respecto, no puede hablarse de régimen impositivo tributario" (fl. 41 C. 2).

Añade que al Presidente de la República como suprema autoridad Administrativa y en ejercicio de su poder constitucional reglamentario le correspondía el deber de reglamentar la ley, en lo referente a la contribución de los propietarios a la educación gratuita de los hijos de los trabajadores rurales.

b) Para la abogada del Incora "al quedar derogado el literal a) del artículo 128 que transcribimos no quedó señalado por el legislador el modo como debía cumplirse la obligación impuesta a los propietarios en el ordinal 2o. del artículo 56 citado. Obviamente, al no existir la norma, un acto jurídico, no sólo el acusado sino cualquiera, no puede violarla". Y plantea cómo desde 1962 la jurisprudencia ha adoptado un criterio dinámico y moderno en torno a la potestad reglamentaria; cita las sentencias de 10 de octubre de 1962 (Anales del Consejo de Estado, 10 de octubre de 1962, Tomo LXV, números 399-400), 25

de abril de 1970 (Anales Tomo XLVI, números 425-426) y de lo expresado al respecto por el doctor Jaime Vidal Perdomo, en su obra de Derecho Administrativo.

c) Por otra parte el apoderado del Incora en el exp. 2347, sostiene: "...el artículo 128 de la Ley 135 de 1961, señaló las formas de cumplimiento directo e indirecto de la dicha obligación social, mediante la imposición de una sobretasa sobre el impuesto de renta presuntiva, como forma directa, o bien, con sobretasa y contribución porcentual; directa a la educación de los hijos de los trabajadores a su servicio.

"El Ejecutivo Nacional, en ejercicio de facultades extraordinarias que le otorga el artículo 122 de la Carta Constitucional, produjo el Decreto 2053 de septiembre 30 de 1974, por medio del cual, concretamente en su artículo 143, derogó en forma expresa el *"ordinal a) del artículo 128, de la Ley 135 de 1961"*.

"Consecuencialmente, se dio una situación anormal, consistente en que se mantiene la obligación social de contribuir a la educación gratuita de los hijos de los trabajadores asalariados rurales, impuesta por el Legislativo, pero al mismo tiempo se imposibilitó su cumplimiento en forma indirecta para la derogación expresa y de manera directa por cuanto su monto se tasaba sobre la base del total de la contribución directa.

"Considerando la persistencia de la obligación social la contribución directa a la educación de la población campesina que en modo alguno la citada derogatoria pretendía, no era viable, "desmejorar los derechos sociales de los trabajadores", de conformidad con el numeral 6 del artículo 122 de la C.N., entendiendo por otra parte la obligatoriedad de dar estricta aplicación a los fines de orden público e interés social que informan como principios generales la Reforma Agraria artículo 1o. Ley 135 de 1961, no podía entender el Ejecutivo la ineficacia de la norma consagratoria de tal objetivo de carácter social... Y agrega:

"Tiénese de lo anterior, que el Gobierno Nacional se hallaba no solo facultado, sino que le era imperativo, proceder a emitir el dictado reglamentario del numeral 2 del artículo 56 de la Ley 135 de 1961, en salvaguarda de los beneficiarios, los hijos de los trabajadores rurales, cuyo derecho no era viable preterirlo, pretextando la inexistencia de la norma regulatoria del cumplimiento" (fls. 34v-35v, exp. 2347).

EL CONCEPTO FISCAL:

La señora Fiscal Segunda del Consejo de Estado en su estudio de fondo sostiene que el Gobierno se ciñó al pensamiento y a la intención del legislador sin exceder su contenido. Advierte que derogada la sobretasa del Art. 128 ordinal a) de la Ley 4a. de 1973, quedó vigente "la contribución a la educación gratuita de los hijos de sus trabajadores" en forma directa y que por esto al establecer el decreto acusado la forma como debía cumplirse esa obligación, ejerció correctamente la potestad reglamentaria. Y agrega:

"Porque lo cierto es que subsiste una obligación a cargo del propietario del predio rural: la de contribuir a la educación gratuita de los hijos de sus

trabajadores, la que sólo puede cumplirse en forma directa, pues la alternativa quedó sin efecto ante la derogatoria de la norma que la establecía.

"Como el legislador no dice cuál es esa forma de cumplirse la obligación, corresponde al reglamento precisarla "expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes", tal como lo ordena el artículo 120 de la Constitución Nacional. El presidente mediante el decreto que se acusa, llenó el vacío que se produjo con ocasión de la derogatoria de la norma que señala la forma o el modo de cumplir la obligación impuesta al propietario del predio rural, con lo cual proveyó a la cumplida ejecución de dicha ley, e interpretó el pensamiento del Legislador, cumpliendo así con una de sus funciones administrativas. Siendo ello así, no puede afirmarse que se extralimitó en sus funciones reglamentarias" (fls. 59-52 exp. 2329).

SE CONSIDERA:

Conviene clarificar que el Art. 21 de la Ley 4a. de 1973 al subrogar el Art. 56 de la Ley 135 de 1961 estableció a cargo de los propietarios rurales nuevas funciones sociales y económicas:

1a. Contribuir con el pago de aportes al Fondo de Bienestar Veredal;

2a. Contribuir a la educación gratuita de los hijos de sus trabajadores, bien mediante el pago de esa contribución en forma directa o mediante el pago de otros aportes al Fondo de Bienestar Veredal;

3a. Suministrar alojamiento higiénico a sus trabajadores;

4a. Explotar el predio con un mínimo de productividad determinado y,

5a. Conservar los recursos naturales existentes en el predio.

En este juicio la controversia gira solo en torno a la reglamentación de la función segunda, es decir, la relativa a la contribución de los propietarios rurales en la educación de los hijos de sus trabajadores o subsidio para la educación rural.

El pago de este subsidio quedó establecido en forma alternativa, a elección del propietario: éste podía pagarlo directamente a los padres de los niños campesinos en edad escolar; o bien indirectamente, a través del Fondo Veredal respectivo, caso en el cual al tenor del Art. 128 ord. a) de la misma ley debería pagar el doble de los aportes ordinarios.

Dice así el Art. 128 de la Ley 4a. de 1973:

"Artículo 128. El Fondo de Bienestar Veredal se formará con los siguientes recursos:

a) Una sobretasa del seis por ciento (6%) sobre el impuesto a la renta presuntiva de los propietarios rurales, con lo cual se da cumplimiento a las obligaciones señaladas en los ordinales 1o. y 2o. del artículo 17 de la presente ley.

"b) El veinte por ciento (20%) del ingreso anual del Fondo Nacional de Adquisiciones y Bienestar Social Campesino.

"c) El Ministerio de Educación, el Ministerio de Salud, la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, el Instituto Colombiano Agropecuario y el Instituto de Mercadeo Agropecuario aportarán anualmente al Fondo de Bienestar Veredal, en dinero o en servicios, mediante contratos que celebrarán con dicho Fondo, un porcentaje de sus recursos ordinarios. El Gobierno fijará en el decreto reglamentario el aporte mínimo anual de cada una de estas entidades, y el total de esos aportes anuales no podrá ser menor de cien millones de pesos ($100.000.000.oo), o de un equivalente en servicios. Estos aportes se entienden sin perjuicio de las asignaciones que anualmente se hagan en el Presupuesto Nacional.

"d) Las donaciones que a título universal o singular recibiere de los particulares o de las entidades oficiales o internacionales.

"Parágrafo. Los propietarios que en el respectivo año gravable demuestren que han contribuido en forma directa a la educación de los hijos de sus trabajadores en una suma que exceda del cincuenta por ciento (50%) de la contribución de que trata el ordinal a) del presente artículo, sólo pagarán como contribución al Fondo de Bienestar Veredal una sobretasa del tres por ciento (3%) sobre el impuesto a la renta presuntiva. En estas condiciones demostrarán el cumplimiento de la obligación impuesta en el ordinal segundo del artículo 17".

Este texto pone de presente una vez más el sistema alternativo previsto inicialmente para cumplir con la referida función segunda al indicar que si el propietario rural pagaba la sobretasa del 6% sobre el impuesto a la renta presuntiva, satisfacía la función primera de aportar al Fondo Veredal y la función segunda de carácter laboral educativo. Y que esta última contribución debía tener un valor equivalente a la primera "(50% de la contribución de que trata el ordinal a)".

Pone de presente también que la contribución para la educación rural fue establecida en forma autónoma, completa y cuantificada y que, su relación con la contribución de aportar simplemente al Fondo Veredal (función 1a. del Art. 21), era solo de carácter aritmético e instrumental.

Ahora bien, el Art. 143 del Decreto Legislativo 2053 de 1974 (de emergencia económica) al derogar el Ord. a) del Art. 128 dejó sin efecto indudablemente la sobretasa del seis por ciento y con ello todo el sistema de pago previsto en el Art. 128. Este artículo dejó así de servir de medio de aplicación del ord. 2o. del Art. 21

El ordinal segundo del Art. 21 de la Ley 4a. de 1973, que siguió en vigencia en cuanto a su contenido fundamental, quedó sin embargo modificado en la frase final del primer inciso (que establecía el pago indirecto de la contribución) y en el inciso segundo (que remitía el cumplimiento de la contribución a lo previsto en el Art. 128), dada la derogatoria de la sobretasa.

En resumen, dictado el Decreto 2053 de 1974 quedó sin efectos el sistema del pago indirecto pero siguió en plena vigencia la contribución para la educación rural, mediante la forma de pago directo, conforme el Ord. 2o. del Art. 21 de la Ley 4a. de 1973.

Dentro de este contexto el gobierno reglamentó esa contribución por medio del decreto acusado.

El decreto estableció, tal como puede verse en su texto, transcrito al comienzo de esta providencia, los siguientes medios opcionales de pago directo:

1o. Un subsidio equivalente al 15% del salario del respectivo trabajador;

2o. La construcción y dotación de los locales de la escuela y pago de sueldos;

3o. Pago de becas de enseñanza media, técnico-agropecuaria o superior en las ramas de agronomía y veterinaria.

Hechas las anteriores precisiones procede examinar, conforme a los cargos, si las opciones señaladas en el reglamento y lo que ellas implican corresponden plenamente al mandato de la norma reglamentada que, como se ha visto, estableció esta nueva función social de la propiedad rural consistente en contribuir a la educación de los hijos de los trabajadores de la tierra.

Huelga insistir en que al quedar derogado el ord. a) del Art. 128 por disposición del Decreto Legislativo de emergencia económica 2053/74, no quedó derogado el Ord. 2o. del Art. 21 de la misma ley que en forma autónoma y precisa estableció esta nueva función educativa laboral. No lo hizo ni podía hacerlo porque tratándose de un decreto dictado con base en las facultades de excepción del Art. 122 de la Constitución Nacional no podía suprimir ni aún desmejorar este derecho social de los trabajadores del campo de recibir un subsidio para la educación de sus hijos.

La derogatoria solo afectó a uno de los medios de cuantificar esa contribución, como fue el de la sobretasa del 3% previsto en el Art. 128, para el caso del pago por la vía indirecta. Pero la institución de la contribución en sí misma quedó intacta.

Constatada la vigencia de la norma legal que consagra esta nueva función social de la propiedad, es obvio que ella podía y debía ser reglamentada.

Así lo entendió y lo dijo acertadamente la Sala de Consulta del Consejo de Estado, en concepto unánime de los doctores Jaime Betancur Cuartas, Samuel Arango Reyes, Luis Carlos Sáchica y Mario Latorre, de fecha 13 de mayo de 1976.

"El Gobierno Nacional en ejercicio de las extraordinarias facultades que concede el artículo 122 de la Constitución Nacional (Estado de emergencia económica o social) expidió el Decreto 2053 de septiembre 30 de 1974, "Por el cual se reorganiza el impuesto sobre la renta y complementarios", *y en su artículo 143 derogó en forma expresa el ordinal a) del artículo 126 que se ha transcrito*, es decir, acabó con la obligación de contribuir al Fondo de Bienestar Veredal por parte de los propietarios rurales, y como efecto, terminó con la alternativa para éstos de cumplir el deber educativo a través del indicado Fondo, *quedando así circunscrita esa exigencia a la acción directa del propietario obligado.* Desaparecida la contribución del propietario rural al Fondo, queda éste sin la función de suplirlo en el deber laudable de instrucción de sus trabajadores, pero subsiste para el mismo propietario la obligación de propor-

cionar, de manera directa, el desarrollo intelectual de esos trabajadores, en observancia de esa prevista alternativa en el ordinal 2o. del nuevo Art. 56 de la Ley 135 de 1961...".

"Ahora bien; de qué manera cumplirá el propietario la exigencia educativa indicada, es cuestión que no está establecida, con detrimento de las finalidades de la ley y de los campesinos beneficiarios. Pero precisamente, para la debida ejecución de las leyes ha previsto la Carta la *Potestad reglamentaria* en el numeral 3o. del artículo 120, como una de las funciones administrativas del Presidente de la República, y en la misma Ley 135 de 1961 se anota en el artículo 1o. transcrito que, los objetivos enunciados, de carácter social, económico y técnico, será la guía para una cabal reglamentación y ejecución" (fl. 30, C. 3).

Antes de 1962 se afirmaba la imposibilidad de reglamentar ciertas leyes y los códigos en general por parte del ejecutivo. El Consejo de Estado reaccionó contra esta tendencia primero en una providencia del 17 de febrero de 1962 (Anales del Consejo de Estado Tomo LXIV, números 397-398 página 188) y posteriormente en la sentencia del 10 de octubre de 1962 (Anales Tomo LXV números 399-400 página 34), cuando perentoriamente dijo que "Los límites del poder reglamentario de la ley los señala la necesidad de cumplir debidamente el estatuto desarrollado; si los ordenamientos expedidos por el Congreso suministran todos los elementos necesarios para su ejecución, el órgano administrativo nada tendrá que agregar, y de consiguiente, no habrá oportunidad al ejercicio de la función reglamentaria. Pero si en ella faltan los pormenores necesarios para su correcta aplicación, opera inmediatamente la potestad para efectos de proveer a la regulación de esos detalles" (Ponente: Consejero Carlos Gustavo Arrieta). O, como lo expresa el tratadista Jaime Vidal Perdomo: "la extensión de la potestad reglamentaria es inversamente proporcional a la extensión de la ley" (Derecho Administrativo, 1980, pág. 63).

Conforme los numerales 5o. y 7o. del artículo 1o. de la Ley 135 de 1961, esta ley tiene como objetivos entre otros: "Elevar el nivel de vida de la población campesina" y "el mejoramiento económico, social y cultural de la población campesina", los cuales "servirán de guía para la *reglamentación, interpretación y ejecución* de la presente ley" y así lo hizo efectivamente el decreto acusado al establecer formas alternativas para el cumplimiento de esta función social educativa como son el pago de un subsidio equivalente al 15% del salario; la construcción, dotación y sostenimiento de escuelas o el sostenimiento de becas especiales.

El decreto acusado al establecer las referidas formas de pago de esta contribución para la educación rural, no excedió la ley reglamentada toda vez que ella misma establece, de manera clara e inequívoca, una contribución para la educación de los hijos de los trabajadores del campo. El reglamento no hizo sino desarrollar la opción de política social adoptada por la ley: señalar los medios indispensables para darle efectividad a la nueva función social de los predios rurales, establecida por el ord. 2o. del Art. 21, la cual al desaparecer el sistema de la sobretasa o pago indirecto, había quedado limitada a ser satisfecha solo por la vía directa.

En efecto, el decreto reglamentario al prever los medios para que los propietarios rurales cumplan la nueva función, no hizo sino desarrollar el contenido y el objetivo de la ley. Y lo hizo sin exceder la facultad reglamentaria por cuanto las tres alternativas que deja a opción del propietario no hacen sino darle sencilla y cumplida ejecución al mandato de la ley. El subsidio del 15%, la apertura de aulas escolares o el sostenimiento de becas son medidas de aplicación que bien podía señalar la autoridad administrativa para que el mandato de la ley dejara de gravitar en el vacío: las normas jurídicas no pueden permanecer como enunciados de buenes intenciones sino que deben concretarse en conductas exigibles a los asociados. Lo que no podía hacer la Administración, y que no hizo, era dejar de reglamentar esta nueva función social de la propiedad establecida por el Ord. 2o. del Art. 21 de la Ley 4a. de 1973; ni reglamentarla en forma que excediera por extravagante o desproporcionada ese mandato; ni en otra tan ínfima e intrascendente que lo hiciera nugatorio. La Administración ejerció aquí con corrección la facultad reglamentaria, facultad que implica precisamente este poder de adecuación del mandato legal a la vida práctica.

Dijo también el Consejo de Estado en la citada sentencia del 10 de octubre de 1962:

"...pero cobra mayor extensión e importancia en cuanto ella se aplique a las actividades intervencionistas, al control de precios y de tarifas y al desenvolvimiento de los planes y programas económicos, bien sean generales o parciales. Si el Congreso tiene que limitarse en ciertos eventos, por razón de la naturaleza propia del asunto regulado, a señalar las líneas directrices de la política a seguir y a sentar las bases necesarias para su desarrollo, pero sin establecer normas de detalle que por su índole escapan al poder regulador de las Cámaras, queda al Organo Administrativo un vasto campo de actuación dentro del cual opera en su plenitud la función reglamentaria. Todo aquello que el Cuerpo Legislativo dejó sin una regulación concreta y que sea necesario organizar para la ejecución de la ley, será materia de reglamentación administrativa, siempre que no desborde los límites del estatuto que se pretende desarrollar. Como en estos casos la normación básica de la ley es restringida, la normación accesoria del reglamento será especialmente extensa. El Gobierno se moverá con mayor libertad que la que tiene ordinariamente, máxime si se considera que, en razón de que los fenómenos económicos son cambiantes y mudables y rechazan la posibilidad de regularlos por medio de los poderes necesarios para expedir reglamentos que se vayan adaptando a las nuevas circunstancias, en forma tal que en todo momento opere el estatuto adecuado a las situaciones que se presenten" (Anales Año XXXVII - Tomo LXV - Nos. 399 y 400, pág. 41).

Por todo lo anterior puede afirmarse que la tesis de las demandas no pueden acogerse, por cuanto ello llevaría a negar la posibilidad de la potestad reglamentaria para poner en vigencia el ord. 2o. del Art. 21 de la Ley 4a. de 1973, cuando la Constitución la establece para todas las leyes y cuando su finalidad consiste precisamente en facilitar y procurar su ejecución. Por otra parte debe advertirse que derogado como fue el Art. 128, en cuanto hace relación al ord. 2o. del Art. 21, no podía plantearse ni darse su infracción en forma alguna.

Finalmente el Decreto 1718 que quebranta el artículo 43 de la Constitución, pues el hecho de que el propietario entregue "en efectivo a cada trabajador una suma no inferior al 15% de su salario devengado en el mes inmediatamente anterior al de la fecha del aporte" no significa la creación de un impuesto, pues no corresponde a lo que tradicionalmente ha entendido el Consejo de Estado por tal. En sentencia del 29 de noviembre de 1946, con ponencia del Dr. Guillermo Hernández Rodríguez, dijo:

"Los tratadistas de hacienda pública suelen definir el impuesto como exacción exigida obligatoriamente de conformidad con la capacidad contributiva de los individuos o personas jurídicas y fijadas unilateralmente por el Estado según leyes generales, pagada en dinero sin contraprestación concreta con el objeto de atender al funcionamiento del gobierno, de los servicios públicos y demás necesidades de interés general propias de la vida en sociedad. De conformidad con esta concepción teórica el impuesto se caracteriza principalmente por su ausencia de contraprestación concreta por parte del Estado. Se paga el impuesto por la razón política de vincularse el individuo o la persona jurídica a una sociedad determinada y no como retribución de un servicio concreto de la administración pública. La noción de do ut des está ausente de la teoría del impuesto. Desde este punto de vista pueden clasificarse como puestos, de conformidad con las leyes colombianas, entre otros, los siguientes: el impuesto sobre la renta en su forma trifásica que grava la renta propiamente dicha, el patrimonio y el exceso de utilidades, el impuesto sobre la masa global hereditaria y sobre las asignaciones y donaciones, el impuesto sobre los artículos importados y exportados (aduanas), el impuesto sobre consumo de gasolina, sobre el consumo de llantas y de fósforos y naipes, el impuesto sobre encendedores automáticos, sobre los aparatos telefónicos, sobre los espectáculos públicos, sobre consumo de grasas y lubricantes etc.

"Todos estos impuestos recaen sobre situaciones económicas, se exigen imperativamente por el Estado, en virtud de leyes especiales, y se destinan para atender la marcha del gobierno y de los servicios públicos en general. Las características del impuesto aparecen pues en estos gravámenes" (Anales del Consejo de Estado. Año XXIX 1946-1947 Tomo LVI números 357-361).

El 2 de mayo de 1977, la Sala de Consulta dijo: "En el concepto de impuestos no entra ni juega papel alguno una contraprestación expresa en favor del particular, a cambio de la suma o sumas que éste deposita en las cajas oficiales. Ese gravámen es de carácter general y obligatorio, se determina unilateralmente por el Estado en consideración a la capacidad económica del individuo y está destinado a atender los gastos generales de la administración, de la cual se beneficia, también en forma general quien está incorporado a la comunidad. Pero el particular no recibe contraprestación concreta alguna de parte del Estado".

Por todo lo anterior no puede entenderse que la primera de estas tres alternativas de cumplimiento que señala el decreto acusado constituya un impuesto. Además, el pago del 15% sobre el salario, no es exigible por sí mismo, dado que el propietario puede sustituirlo por la apertura de aulas o por el sostenimiento de becas, a su elección; el pago del porcentaje, en caso de optarse por este medio, no se hace al Estado sino a los campesinos beneficiarios, y su cumplimiento, en fin, no es una obligación sino una carga, impuesta por la Ley

4a. de 1973 en el ord. 2o. de su Art. 21, a las propiedades rurales para que puedan ser consideradas como adecuadamente explotadas.

Finalmente cabe observar también que esta carga social, si bien guarda similitudes con el auxilio del transporte establecido en favor de ciertos trabajadores (Art. 2o. de la Ley 15 de 1959), se diferencia de éste en cuanto no es prestación laboral.

Por lo expuesto, la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Deniéganse las súplicas de las demandas acumuladas en este proceso.

Cópiese y notifíquese.

Bernardo Ortiz Amaya, Presidente; **Carmelo Martínez Conn**, (Salvamento de Voto); **Aydée Anzola Linares, Jacobo Pérez Escobar, Carlos Betancur Jaramillo, Mario Enrique Pérez V., Samuel Buitrago Hurtado, Ignacio Reyes Posada**, (Salvamento de Voto); **Jorge Dangond Flores**, (Salvamento de Voto); **Gustavo Humberto Rodríguez, Enrique Low Murtra, Alvaro Orejuela Gómez, Roberto Suárez Franco**, (Salvamento de Voto); **Eduardo Suescún Monroy, Jorge Valencia Arango**, (Salvamento de Voto); **Pedro Charria Angulo**, Conjuez, (Salvamento de Voto).

Darío Quiñones Pinilla, Secretario.

POTESTAD REGLAMENTARIA. El Decreto Reglamentario 1718 de 1977 no encuentra soporte alguno en la norma reglamentada. La obligación de pagar un 15% de su salario o cada trabajador para la educación de sus hijos no está establecida en la ley que se reglamenta.

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D.E., treinta y uno de enero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR IGNACIO REYES POSADA

Actor: **Carlos Didacio Alvarez y otros.**

Referencia: Expediente No. 10.559. (Acumulados 2329, 2347 y 2348).

En forma sucinta me permito presentar las razones que me obligan a disentir de la sentencia proferida en este proceso, que son las mismas que tuve oportunidad de expresar en forma más amplia cuando se discutió el fallo en la Sala Plena de la Corporación.

El artículo 128 de la Ley 135 de 1961 estableció a cargo de los propietarios de predios rústicos una sobretasa del 6% sobre el impuesto a la renta presunti-

va con destino al fondo del Bienestar Veredal. Esta norma fue derogada expresamente por el artículo 143 del Decreto 2053 de 1974. En esta forma la obligación de los propietarios de fundos rurales con respecto a la educación de los hijos de sus trabajadores quedó sin que la ley determinara la forma para su cumplimiento. El decreto acusado estableció, para que se entienda que el propietario de un predio rural ha cumplido con la obligación de contribuir directamente a la educación gratuita de los hijos de sus trabajadores, la realización de uno cualquiera de los siguientes aportes: 1o. Que ha entregado en efectivo a cada trabajador una suma no inferior al 15% de su salario devengado en el mes inmediatamente anterior al de la fecha del aporte; 2o. Que ha construido locales para la educación primaria corriendo con los gastos de dotación y sueldos de los profesores y 3o. que costea a los hijos de sus trabajadores estudios de enseñanza media, técnico agropecuaria o superior.

Es evidente, que el decreto reglamentario no encuentra soporte alguno en la norma reglamentada. La obligación de pagar un 15% de su salario a cada trabajador para la educación de sus hijos no está establecida en la ley que se reglamenta. No considero que éste sea un impuesto que al imponerlo haya violado el artículo 43 de la Carta, porque dicho pago no reúne los requisitos característicos del impuesto; pero sin duda es una carga social que sólo puede establecerse mediante ley o por el ejecutivo en uso de facultades extraordinarias. Así como el Decreto acusado señaló en un 15% sobre el valor de los salarios el aporte de los patronos para que se entendieran cumplidas sus obligaciones sociales, ha podido establecerlo en un 1% o llegando a otro extremo en un 100% sobre los salarios, en uno y otro caso con violación ostensible del artículo 120, ordinal 3o. de la Constitución, pues ninguna de tales soluciones se encuentra implícita en la ley reglamentada.

Ignacio Reyes Posada.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. ROBERTO SUAREZ FRANCO

Bogotá, D.E., siete de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Suescún**

Expediente No. 10.559

Las razones expuestas por el ilustre consejero que me ha antecedido, doctor Ignacio Reyes Posada, son las que el suscrito tuvo en cuenta para salvar su voto, aunque, desde luego, expuestas por tan distinguido jurista con mayor brillantez que como las hubieran podido ser expresadas por quien salva el voto.

Por tal motivo, con el debido respeto me aparto del sentir mayoritario de la Sala para el caso sub-judice.

Roberto Suárez Franco.

POTESTAD REGLAMENTARIA. En reiteradas ocasiones ha dicho esta Corporación que en ejercicio del poder reglamentario el ejecutivo no puede dictar una disposición que viole la ley, no solo la que pretende reglamentar sino una cualquiera, pues la función del reglamento es hacer eficaz, activa, plenamente operante la norma superior de derecho, pero nada más que eso.

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

SALVAMENTO DE VOTO DE JORGE DANGOND FLORES Y JORGE VALENCIA ARANGO

Actor: **Carlos Didacio Alvarez y otros.**

Referencia: Expediente No. 10.559. (Acumulados 2329, 2347 y 2348).

Las razones que tenemos para separarnos de la decisión mayoritaria están consignadas en el auto de octubre 11 de 1977 sobre suspensión provisional del acto demandado y que, en su parte pertinente, transcribimos:

"La simple comparación entre el Decreto impugnado y las normas superiores que pretendió reglamentar, permite sin necesidad de análisis, de esfuerzo interpretativo, las siguientes conclusiones:

"a) Que mientras el artículo 56 de la Ley 135 de 1961 (Art. 21 de la Ley 4a. de 1973), establece, entre los requisitos para declarar una tierra como adecuadamente explotada, el de que sus propietarios contribuyan a la educación gratuita de los hijos de sus trabajadores, bien en forma directa o por medio de la contribución al Fondo de Bienestar Veredal, lo que cumplirán "en la *forma prevista* en el artículo 128 de esta ley, el decreto acusado trae un régimen tributario distinto al establecido en el Art. 128 citado, y una forma de cumplimiento totalmente distinta al puesto en dicha norma, por lo que aparecen ostensiblemente violadas tales disposiciones legales.

"b) Mientras el Art. 128, comentado, fija la contribución en una "sobretasa del 6% sobre el impuesto a la renta presuntiva de los propietarios rurales", el Decreto la determina en un 15% del salario devengado por cada trabajador en el mes inmediatamente anterior.

"c) Mientras el parágrafo del Art. 128 citado, al hablar de la forma directa de cumplir con la educación rural, exige que ella exceda, por lo menos en un 50% al 6% sobre el impuesto a la renta presuntiva rural, a pesar de lo cual deberán pagar siempre un 3% sobre dicho impuesto, el Decreto acusado, crea, a manera de inversiones sustitutivas del impuesto o como prestaciones sociales en dinero o en especie, como la creación y dotación de escuelas, pago de profesores (ordinal 2o. artículo 1o.); atención de los costos totales de los estudios primarios, secundarios, medios, técnico-agropecuarios o universitarios en los ramos de veterinaria o agronomía (Art. 1o. del ordinal 3o.).

"d) Tales inversiones sustitutivas, según el decreto acusado, probarán por sí solas, el cumplimiento del requisito basado en la contribución educativa que

se exige para tener la tierra como adecuadamente explotada, mientras que conforme al Art. 128, en comento, además, de ellas, si voluntariamente la realiza el contribuyente, deberá contribuir adicionalmente con un 3% del impuesto a la renta presuntiva rural con destino al Fondo de Bienestar Veredal.

"e) Mientras el artículo 128, hacia extensivo el beneficio a todos los hijos de los trabajadores, el Art. 3o. del Decreto acusado, lo restringe a los hijos mayores de 6 años y menores de 14 años, en lo que, por lo demás, se nota ostensible incongruencia con el ordinal 3o. del mismo estatuto, que habla de educación media, técnica y universitaria, inconcebible para menores de 14 años.

"f) En síntesis el legislador (Art. 21 de la Ley 4a. de 1973) *ordenaba* cumplir con el requisito de la contribución a la educación de los hijos de los trabajadores en la forma establecida en el *artículo 128 de la misma ley* y, en flagrante contradicción, el Decreto demandado crea un sistema distinto y opuesto al reseñado en el aludido artículo 128.

"g) No es necesario, para los efectos de esta providencia, analizar las consecuencias de la derogatoria de los artículos 133 a 144 de la Ley 135 de 1961 (Art. 38 de la Ley 4a. de 1973) que hablaban de la renta presuntiva rural, expresamente hecha por el Art. 143 del Decreto-ley 2053 de 1974, sobre la supervivencia o no de las normas contenidas en los artículos 56 y 128 de la Ley 135 de 1961.

"En reiteradas ocasiones ha dicho esta Corporación que en ejercicio del poder reglamentario, el ejecutivo no puede dictar una disposición que viole la ley, no solo la que pretende reglamentar, sino una cualquiera, pues la función del reglamento es hacer eficaz, activa, plenamente operante la norma superior de derecho, pero nada más que eso. No puede por lo mismo introducir, so pretexto de reglamentación, normas nuevas, preceptos que no se desprenden conforme a la naturaleza de las cosas, de las disposiciones legales, reglas que impongan obligaciones o prohibiciones a los ciudadanos más allá del contenido intrínseco de la ley, pues ello implica un acto exorbitante, una extralimitación de funciones constitutivo de una clara violación de la voluntad legislativa y de la norma contenida en el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Política.

Por lo demás, el Decreto acusado, crea un impuesto distinto al legal o una inversión sustitutiva, nuevo con beneficiarios distintos a los señalados en la ley que dice reglamentar, con una tarifa y una base para determinarlo totalmente distinta a los indicados por el legislador y unas inversiones sustitutivas del referido impuesto, no puestas como tales por el legislador y con consecuencias distintas a las señaladas en la ley, por lo que resulta, igualmente violado el artículo 43 de la Constitución Política que ordena que en tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales podrán imponer contribuciones.

"El Decreto acusado, constituye un estatuto tributario completo, pues se refiere a un solo impuesto, señala los sujetos pasivos del mismo, crea unas inversiones sustitutivas, señala los beneficiarios del impuesto y contribución, la forma de cumplir y probar la inversión sustitutiva y las obligaciones de los estudiantes beneficiados, por lo que, la flagrante y ostensible violación de las

normas señaladas por el demandante, sustantivas y superiores, ha de predicarse de la totalidad del estatuto impugnado".

Jorge Dangond Flores, Jorge Valencia Arango.

Bogotá, D.E., 17 de enero de 1983.

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO CARMELO MARTINEZ CONN

Actor: **Carlos Didacio Alvarez**

Referencia: Expediente No. 10.559

Conocido el salvamento de voto de los doctores Jorge Valencia Arango y Jorge Dangond Flores, el suscrito Consejero se adhiere a él por compartir las consideraciones expuestas en el mismo y estimar innecesario repetir los mismos argumentos.

Señores Consejeros,

Carmelo Martínez Conn.

Bogotá, D.E., veinticinco de enero de mil novecientos ochenta y tres.

ADQUISICION DE TIERRAS.

1. El artículo 54 de la Ley 135 de 1961 (Ley de Reforma Social Agraria), otorga al Incora la facultad genérica de adquisición de tierras.

2. Finalidad.

3. Tierras que son susceptibles de adquisición.

4. Los artículos 57 y 58 de la Ley 135 de 1961 prescriben, por regla general, que el Incora, para los efectos que señalan, puede adquirir tierras de propiedad particular, incluidas las que están adecuadamente explotadas, exceptuadas solamente las que determina el artículo 58, ordinal 4o., de la misma ley.

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D.E., veinticinco de enero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Eduardo Suescún Monroy**

Actor: **Guillermo Benavides Melo**

Referencia: Expediente No. 10.547

Se resuelve el juicio promovido por el doctor Guillermo Benavides Melo para que se declare la nulidad de la Resolución No. 063 del 28 de abril de 1976, por medio de la cual la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, adoptó un programa de parcelación en el Municipio de Purificación, Departamento del Tolima, y autorizó al Gerente del mencionado instituto para delegar en el Regional del Proyecto Tolima la facultad de dictar los actos iniciales tendientes a la adquisición de los fundos necesarios para la ejecución del programa.

El juicio vino a Sala Plena por haberse presentado empate en la Sección Tercera. No acogida por la Sala Plena la ponencia del señor Consejero sustanciador, se ordenó que pasara a quien seguía en turno, por lo cual se presenta este nuevo proyecto.

Las disposiciones invocadas y los conceptos de violación: El actor invoca como infringidas, en síntesis, las siguientes disposiciones: Art. 54 de la Ley 135 de 1961, relativo a la adquisición de tierras de propiedad privada, porque el acto acusado adoptó el programa de parcelación con base en el mencionado precepto, sin que previamente se hubiera demostrado que en la zona a que se refiere "existe inequitativa concentración de la propiedad, minifundios, tierras incultas o inadecuadamente explotadas, pequeños arrendatarios o aparceros, asalariados agrícolas sin acceso a la tierra, malas condiciones de trabajo", circunstancias que no se encuentran en la región; Art. 55 de la Ley 135 de 1961, que establece un orden de prelación para la adquisición de las tierras, que no fue observado por el acto acusado; Art. 57, regla 1a. de la Ley 135 de 1961, que reitera el sistema de prioridades para la adquisición de tierras, porque no existe ninguna de las situaciones de hecho que contempla el precepto; Art. 58, numeral 4, de la Ley 135 de 1961, porque no existe en la zona que comprende el proyecto "considerable número de campesinos sin tierras y en circunstancias económicas precarias" y porque no es posible aplicar esta norma mientras el Ministerio de Agricultura no expida las resoluciones generales que determinen los índices de productividad que permitan determinar la mayor o menor eficacia de una explotación agrícola o ganadera.

El actor oportunamente adicionó la demanda en el sentido de invocar como infringidas las siguientes disposiciones: Art. 56, numeral 3o., de la Ley 135 de 1961, que exige a los propietarios demostrar un cierto nivel de productividad, que debe acreditarse comparándola con los mínimos señalados por el Ministerio de Agricultura, sin los cuales no puede tener aplicación, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado; Art. 22, numeral 2o., inciso 2o., del Decreto 1576 de 1974, porque se expidió el acto acusado sin que previamente se comprobaran los hechos que permitan expropiar excepcionalmente, según el Art. 58 ibídem, tierras adecuadamente explotadas.

La parte impugnadora. El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, mediante apoderado, se opuso a la pretensión del actor, en suma, con base en los siguientes argumentos:

1. Según la Ley 135 de 1961, Incora está facultado ampliamente para adelantar los programas que tengan por objeto realizar la reforma agraria;

2. En este caso Incora, mediante el acto acusado y con base en la mencionada ley, busca remediar la inequitativa concentración de la propiedad agraria en el municipio de Purificación, donde existen profundos desequilibrios sociales, con un alto nivel de desocupación de la población campesina;

3. El acto acusado no dispone que se notifique o publique porque, si bien el Art. 20 del Decreto 719 de 1968 disponía que un acto como el acusado debía publicarse, este requisito fue suprimido por el Art. 25 de la Ley 4a. de 1973; además, en sí mismo considerado, el acto acusado no produce efectos, sino que sirve de fundamento para que se expidan otros, creadores de situaciones jurídicas individuales, contra los cuales es posible interponer los recursos legales;

4. El acto acusado pudo fundarse en el Art. 54 de la Ley 135 de 1961 porque según el estudio socioeconómico del municipio de Purificación, realizado por el Incora y cuya copia auténtica obra en el proceso, existe "una difícil situación económica de la población rural que habita la región" a consecuencia de la notoria concentración de la población rural y de un alto nivel de desocupación de la población campesina;

5. El acto acusado no infringe el Art. 55 de la Ley 135 de 1961 porque se fundó en la excepción que contempla el Art. 54 ibídem y, por lo mismo, el Incora no debía someterse a la prelación que prescribe el primero;

6. Tampoco infringe los Arts. 56 numeral 3o., 57, regla 1a., y 58, numeral 4o., de la Ley 135 de 1961 y el Art. 22, inciso 2o., del Decreto 1576 de 1974 porque se expidió teniendo en cuenta el estudio socio-económico antes referido, que tuvo como antecedentes manifestaciones de los campesinos de la región, conforme a los documentos que obran en autos.

EL CONCEPTO FISCAL:

La señora Fiscal Segunda de esta Corporación pide que se nieguen las pretensiones de la demanda por cuanto el Incora para dictar la resolución se fundó en un serio estudio elaborado sobre la realidad socio-económica del municipio de Purificación, por profesionales idóneos. Agrega que por tratarse de acción de nulidad, para resolver basta la confrontación del acto acusado con las normas invocadas y advierte que el acto acusado no dispone la expropiación de fundos particulares sino que sólo ordena adoptar *"unos programas de parcelación"*.

Surtida normalmente la tramitación del juicio, sin que exista causal de nulidad, la Sala procede a resolver mediante las siguientes consideraciones:

El Acto cuestionado. La Junta Directiva del Incora, mediante la Resolución 063 del 28 de Abril de 1976, adoptó un programa de parcelación en el municipio de Purificación, con base en los Arts. 1, numeral 1o., y 54 de la Ley 135 de 1961, y autorizó al Gerente para delegar en el regional del Proyecto Tolima la facultad de expedir los actos que inicien las diligencias administrativas tendientes a adquirir 4.383 hectáreas para beneficio de 571 familias campesinas pobres de la región. La Resolución se fundó, según se lee en su motivación, en la necesidad de "eliminar la inequitativa concentración de la propiedad rústica" y dotar de tierra a los campesinos que no la poseen, prefi-

riendo a quienes la explotan directamente. Esta conclusión se dedujo, de acuerdo con la misma motivación, tras comprobar, con las manifestaciones de los campesinos de la región y con los estudios socio-económicos realizados en el municipio de Purificación, que existe "una notoria concentración de la propiedad rústica" en el área, "toda vez que un bajo porcentaje de propietarios acumulan importantes extensiones de tierra en la región" y que existe también "un alto nivel de desocupación de una gran masa de la población campesina, bien por no presentarse para muchas oportunidades de trabajo y otras veces porque tan solo se la utiliza esporádicamente en las labores cíclicas de la región lo que explica que se presente en Purificación una "difícil situación económica de la población rural".

Los fundamentos jurídicos del acto acusado. El Art. 1o., ordinal 1o., de la Ley 135 de 1961 señala, entre los objetivos de la misma ley, "reformar la estructura social agraria por medio de procedimientos enderezados a eliminar y prevenir la inequitativa concentración de la propiedad rústica o su fraccionamiento antieconómico; reconstruir adecuadas unidades de explotación en las zonas de minifundio y dotar de tierras a los que no la poseen, con preferencia para quienes hayan de conducir directamente su explotación e incorporar a éstas su trabajo personal"; el Art. 54 de la misma ley, sustituido por el Art. 20 de la Ley 4a. de 1973, faculta al Instituto de Reforma Agraria para "adquirir tierras o mejoras de propiedad privada", entre otras miras, "con el objeto de dar cumplimiento a los fines señalados" en los numerales 1o., 2o., y 4o. del Art. 1o. de la mencionada ley.

En el caso sub-judice, la Resolución 063 del 28 de abril de 1976 se expidió con fundamento en los Arts. 1o., numeral 1o., y 54 de la Ley 135 de 1961 por considerar que existe en el municipio de Purificación una inequitativa concentración de la propiedad agraria, según los hechos antes referidos, expuestos en la motivación del acto y corroborados por las pruebas que obran en el proceso, particularmente por el estudio socio-económico del municipio de Purificación y las demás comunicaciones que obran también en copia auténtica (cuadernos números 2o. y 3o.). De manera que los presupuestos de hecho para el ejercicio de la facultad que la Ley 135 de 1961 atribuye al Incora, concretamente la existencia de inequitativa concentración de la propiedad agraria en el municipio de Purificación, se comprobaron plenamente, sin que el actor hubiera aducido ninguna prueba conducente a infirmarlos. Esta consideración, que coincide con el concepto de la Fiscalía 2a. de la Corporación, es suficiente para denegar la petición de la demanda, si además se tiene en cuenta que, según la motivación del acto acusado, no contradicha en el juicio, se cumplieron plenamente todos los requisitos que al efecto prescribe el Art. 22 del Decreto 1576 de 1974. Sin embargo la Sala pasa a referirse también a los demás cargos que sirven de fundamento a la acción, así:

a) *El cargo por violación de los Arts. 55 y 56 de la Ley 135 de 1961.* El primero prescribe, por regla general, el orden de preferencia en la adquisición de tierras y el segundo, sustituido por el Art. 21 de la Ley 4a. de 1973, determina los requisitos para que un fundo se clasifique como adecuadamente explotado. Pero, como advierte el señor apoderado del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, el Art. 54 de la Ley 135 de 1961 es un precepto de carácter específico que permite al Incora adquirir directamente tierras de propiedad

privada para dar cumplimiento a los fines especiales que el mismo precepto señala, entre los cuales se cuenta la solución a "la inequitativa concentración de la propiedad rústica". De manera que esta facultad genérica, de adquirir tierras de propiedad privada, implica la posibilidad de que sean incultas, inadecuada o adecuadamente explotadas, a condición de que sirvan para realizar cualquiera de los objetivos especiales que prescribe el Art. 54 de la Ley 135 de 1961. En este caso el Incora se propuso esta finalidad concreta y, con base en ella, mediante el acto acusado adoptó el "programa de parcelación en beneficio de los campesinos pobres del municipio de Purificación" con fundamento en los Arts. 1o., numeral 1o., y 54 de la Ley 135 de 1961. Se trataba de una situación especial para cuya solución se debían aplicar los mencionados preceptos. Los Arts. 55 y 56 de la Ley 135 de 1961, determinan el orden de prelación en las adquisiciones de tierras, sobre las cuales no versa el acto acusado que, por este motivo, no pudo infringir las mencionadas disposiciones.

b) *El cargo por infracción de los Arts. 57, regla 1a. y 58 de la Ley 135 de 1961.* Esta disposición, que fue sustituida por el Art. 23 de la Ley 4a. de 1973, permite expropiar tierras adecuadamente explotadas, entre otras finalidades, para adelantar programas en regiones donde existan numerosos campesinos sin tierra, especialmente en las zonas en donde sea manifiesta la concentración de la propiedad territorial o la desocupación total o parcial de una numerosa población campesina, según la regla 1a. del Art. 57, "siempre y cuando no se trate de predios que estén dedicados eficientemente a programas de producción de alto interés nacional", de acuerdo con los índices de productos y de productividad que prescriba el Ministerio de Agricultura.

En primer término la Sala observa, de acuerdo con la Fiscalía 2a. de la corporación, que *el acto acusado no dispone la expropiación de predios de propiedad particular, sino que adopta un programa de parcelación* en beneficio de los campesinos pobres de la región y faculta al Gerente para que delegue en el Regional del Tolima la facultad de dictar los actos pertinentes para adquirir las tierras a fin de realizar el programa. Por consiguiente, el Art. 58 de la Ley 135 de 1961, que determina los casos en los cuales se pueden expropiar tierras adecuadamente explotadas, no es pertinente al caso y, por lo mismo, no pudo ser contrariado por el acto acusado.

Además la Sala observa que los Arts. 57 y 58 de la Ley 135 de 1961 prescriben, por regla general, que Incora, para los efectos que señalan, *puede adquirir tierras de propiedad particular, incluidas las que están adecuadamente explotadas,* exceptuadas solamente las que determina el Art. 58, ordinal 4o. de la misma Ley. En consecuencia sólo en la actuación específica que Incora adelanta para adquirir un fundo de propiedad privada, podría hacerse valer la referida excepción, cuya demostración necesariamente incumbe a quien pretenda prevalerse de ella. Pero *no sería pertinente en este juicio, que no verse sobre la legalidad de un acto de expropiación, sino exclusivamente sobre la de uno que inicia un programa de parcelación.*

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con la Fiscalía Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Deniéganse las peticiones de la demanda.

Notifíquese, comuníquese y cópiese.

Samuel Buitrago Hurtado, Presidente; **Carmelo Martínez Conn, Aydée Anzola Linares,** (Salvamento de Voto); **Alvaro Orejuela Gómez, Carlos Betancur Jaramillo, Jacobo Pérez Escobar, Jorge Dangond Flores,** (Salvamento de Voto); **Mario Enrique Pérez V., Enrique Low Murtra, Ignacio Reyes Posada, Gustavo Humberto Rodríguez, Jorge Valencia Arango,** (Salvamento de Voto); **Bernardo Ortiz Amaya, Eduardo Suescún Monroy, Roberto Suárez Franco, Enrique Balmes Arteaga,** Conjuez, (Salvamento de Voto).

Darío Quiñones Pinilla, Secretario.

ADQUISICION DE TIERRAS. (Salvamento de Voto). La adquisición de tierras adecuadamente explotadas por sus propietarios se deben observar, en forma estricta, las pautas señaladas en el estatuto agrario y, concretamente, los ordenamientos contenidos en los artículos 55, 56, 57 y 58 de la Ley 135 de 1961, con las modificaciones introducidas por la Ley 4a. de 1973, "siempre y cuando no se trate de predios que estén dedicados efectivamente a programas de producción de alto interés nacional.

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

SALVAMENTO DE VOTO DE AYDEE ANZOLA LINARES, JORGE DANGOND FLORES, JORGE VALENCIA ARANGO Y ENRIQUE BALMES ARTEAGA

Actor: **Guillermo Benavides Melo**

Referencia: Expediente No. 10.547

Nos apartamos de la decisión aprobada por mayoría porque consideramos que se ha debido declarar la nulidad de los actos acusados con fundamento en las siguientes razones:

1. La parte resolutiva del acto acusado es del siguiente tenor:

"*Artículo Primero.* Adoptar un programa de parcelación en beneficio de los campesinos pobres del Municipio de Purificación en el Departamento del Tolima, de conformidad con lo establecido por el artículo 54 en concordancia con el numeral 1o. del artículo 1o. de la Ley 135 de 1961.

"*Artículo Segundo.* Autorizar al Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, para delegar en el Gerente Regional del Proyecto

Tolima, la facultad de dictar las resoluciones por medio de las cuales se inician las diligencias administrativas de adquisición de los predios necesarios para la ejecución del presente programa, diligencias que se adelantarán a través de las correspondientes unidades operativas o directivas del Instituto.

"*Artículo Tercero.* La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición".

Entre las motivaciones del mismo acto se encuentra la siguiente: Conforme a las previsiones legales la adquisición de tierras para ejecutar programas de parcelación, deberá cumplirse agotando antes que todo las vías de la negociación voluntaria. Con todo, si en desarrollo del programa se hiciere necesario adquirir predios adecuadamente explotados, cuyos propietarios se negaren a venderlos deberá procederse a su expropiación, de conformidad con el numeral 4o. del artículo 56 de la Ley 135 de 1961 siempre que no estén destinados a cultivos de alto interés nacional y su explotación cumpla con los niveles de eficiencia señalados al efecto por el Ministerio de Agricultura.

Una de las normas infringidas según el actor, es precisamente la citada en la parte motiva y que, según el artículo 23 de la Ley 4a. de 1973, quedó así:

"Podrán expropiarse tierras adecuadamente explotadas.

"....

4. Para adelantar otros programas en regiones donde exista considerable número de campesinos sin tierra y en circunstancias económicas precarias, y dichos programas se adelanten en la misma región y en beneficio de estos campesinos, especialmente en los casos previstos en la regla 1a. del artículo 57, siempre y cuando no se trate de predios que estén dedicados eficientemente a programas de producción de alto interés nacional.

"El Ministerio de Agricultura, por medio de resoluciones de orden general y previo concepto favorable del Consejo Asesor de la Política Agropecuaria establecerá, tanto los productos que son de alto interés nacional como los niveles de productividad que sirvan para determinar las condiciones de eficiencia".

"....

2. Es indudable que para la adquisición de tierras adecuadamente explotadas por sus propietarios se deben observar en forma estricta, las pautas señaladas en el estatuto agrario y concretamente los ordenamientos contenidos en los artículos 55, 56, 57 y 58 de la Ley 135 de 1961 con las modificaciones introducidas por la Ley 4a. de 1973.

Como lo dijo esta Sala en sentencia de 9 de febrero de 1979, aunque las normas de esta última ley imponen ciertas obligaciones probatorias a los particulares interesados, también es verdad que esa carga está supeditada, en buena parte, a una determinada y previa actividad de la administración, sin la cual aquellos se verían en la imposibilidad de aportar las pruebas exigidas. En efecto:

Si de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23, numeral 4o., de la mencionada Ley 4a. de 1973 pueden expropiarse tierras adecuadamente explotadas para adelantar programas en regiones donde exista considerable número de campesinos sin tierra en circunstancias económicas precarias "siempre y cuando no se trate de predios que estén dedicados eficientemente a programas de producción de alto interés nacional" y si, por mandato de la misma norma, el Ministerio de Agricultura, por medio de Resoluciones de orden general y previo concepto favorable del Consejo Asesor de la Política Agropecuaria, debe establecer, cuales son los productos de alto interés nacional y los niveles de productividad que sirvan para determinar las condiciones de eficiencia, es claro que los propietarios, en general, obligados a presentar la prueba sobre tales circunstancias que configuran una excepción legal, deben conocer previamente las determinaciones del Ministerio de Agricultura y, en consecuencia el orden lógico impone que primero se produzca la resolución sobre este aspecto y luego la formulación del programa para adquirir tierras dentro de los objetivos de la reforma agraria, entre ellos el de eliminar en determinada región, la inequitativa concentración de la propiedad rústica, sin afectar los cultivos de alto interés nacional y la explotación eficiente de la propiedad inmueble. Por eso expresó la Sala en la providencia antes citada que asumir una conducta omisiva y no definir cuáles son los productos de alto interés nacional y cuáles los niveles de productividad que sirven para determinar las condiciones de eficiencia haría desaparecer la excepción y todas las tierras adecuadamente explotadas sin limitación alguna serían susceptibles de adquisición por parte del Incora, sacrificándose así el interés general de la colectividad que está precisamente relacionado con la producción de esos bienes de alto interés nacional.

3. La Resolución 063 de 28 de abril de 1976 adoptó el Programa de Parcelación para adquirir tierras en el Municipio de Purificación, Departamento del Tolima, sin que previamente se hubiera dado cumplimiento a lo dispuesto en la ley sobre productos de alto interés nacional y niveles de productividad para determinar las condiciones de eficiencia, luego infringe la norma superior por este aspecto.

Aydée Anzola Linares, Jorge Dangond Flores, Jorge Valencia Arango, Enrique Balmes Arteaga.

Bogotá, D.E., febrero 22 de 1983.

ADQUISICION DE PREDIOS POR EL INCORA. JUSTIPRECIO CATASTRAL. Decreto 2895, de 1963 Art. 3o. permite suplir, mediante auto-avalúo, el justiprecio catastral que debe efectuar la administración por conducto de sus organismos especializados y que era la vía autorizada en la Ley 1a. de 1968. LEY 4a. DE 1973, Art. 25 a partir de su vigencia desaparece el autoavalúo para dar entrada al justiprecio oficial. EL AUTOAVALUO en el procedimiento previo a la expropiación, fue suprimido porque era la consagración legisla-

tiva de la primacía del interés individual sobre el colectivo o social. AUTOAVALUO Y REAVALUO. Diferencia.

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D.E., catorce de abril de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Carlos Betancur Jaramillo**

Actor: **Blanca Bermeo vda. de Murcia**

Referencia: Expediente No. 10.752 Indemnizaciones

En escrito de 19 de agosto de 1976 la señora Blanca Bermeo vda. de Murcia mediante apoderado idóneo solicita la nulidad de las Resoluciones números 36, 056, 614 y 775, expedidas en su orden los días febrero 16, marzo 10, mayo 11 y junio 11 de 1976, las dos primeras por las seccionales de catastro del Huila del Instituto Geográfico Agustín Codazzi y las dos últimas por el Director del mismo Instituto, para que como consecuencia de esa nulidad se acepte el autoavalúo presentado por la demandante. En subsidio solicita se condene el mencionado Instituto al pago de los perjuicios materiales y morales.

Como hechos narran, en síntesis:

1. Que con fecha 31 de julio de 1968 el director del proyecto Huila del Incora ordenó las diligencias tendientes a establecer si el predio "Criollo" situado en el municipio de Pitalito se encontraba explotado total o parcialmente por arrendatarios o aparceros.

2. Que surtido el trámite de ley se declaró comprobada la calidad de pequeños arrendatarios de 5 de los ocupantes y se ordenó el trámite de adquisición del mencionado predio, en providencia que fue notificada el día 2 de noviembre de 1968 al señor Timoteo Montaña, propietario del inmueble.

3. Que en la primera etapa de negociaciones se acordó con el propietario un derecho de exclusión de 30 hectáreas y se calificaron como explotadas adecuadamente 173.3 hectáreas y por arrendatarios 6.6 hectáreas.

4. Que durante los días 16 de septiembre y 16 de octure de 1970, con base en avalúos efectuados con anterioridad por el Instituto Agustín Codazzi se celebraron las negociaciones en la segunda etapa; no aceptando el propietario la oferta de compra hecha por el Incora sobre 165.9.587 hectáreas; motivo por el cual este Instituto decretó la expropiación del inmueble mediante Resolución 03301 de julio 9 de 1975 aprobada por la No. 090 de la misma fecha.

5. Que a principios de 1976 y en su oportunidad legal la demandante presentó la declaración de autoavalúo del inmueble en cuestión; declaración que fue rechazada por la Dirección de Catastro del Huila mediante Resolución 036 de 16 de febrero del antecitado año. Agotados los recursos fueron negativamente resueltos, así como también la revocatoria directa, la que fue rechazada mediante Resolución 775.

6. Que los actos cuya nulidad se demandan son violatorios de la Constitución y la ley y fueron expedidos en forma irregular y con abuso o desviación de poder.

7. Que con posterioridad a la petición de autoavalúo, el Incora inició proceso de expropiación sobre el predio "Criollo" y en contra de la señora Blanca Bermeo vda. de Murcia.

8. Que la no aceptación de ese avalúo implica que en el juicio de expropiación no se pueda tener en cuenta para efectos de indemnización el valor comercial allí señalado.

9. Que la indemnización de perjuicios debe ser pagada por el Instituto Agustín Codazzi, ya que de haber aceptado ese autoavalúo el Incora habría tenido que aceptar la indemnización con base en éste.

10. Que la indemnización debe ser decretada por cuanto cuando concluya este proceso el de expropiación ya tiene que haber fenecido; pero en el evento de que no suceda así la indemnización que se fijará al propietario expropiado en ningún caso podrá exceder el actual avalúo catastral, de conformidad con el artículo 7o. del Decreto 2895 de 1963.

De folios 13 vuelto a 16 se citan las normas violadas y se explica el concepto de la violación, en forma que satisface los requisitos de la demanda.

Cumplido el trámite de rigor, es oportuno entrar a decidir. Para ello, se considera:

Para la señora fiscal colaboradora en su vista de septiembre 28 de 1979 la demanda no está llamada a prosperar. Para el efecto anota:

"La señora Blanca Bermeo vda. de Murcia, es propietaria de un bien rural denominado "Criollo Blanco", ubicado en jurisdicción del municipio de Pitalito, departamento del Huila, por adjudicación que se le hizo dentro de la sucesión del señor José Timoteo Murcia Rojas.

"El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria por medio de la Resolución No. 003301 de 9 de julio de 1975, aprobada por la No. 090 de la misma fecha, decretó la expropiación de dicho predio. Posteriormente, el juzgado civil del circuito de Pitalito por sentencia de 26 de agosto de 1976 (fl. 98 Cdo. 2), decretó la expropiación, ordenando la cancelación de los gravámenes, embargos e inscripciones que afectaban el bien y la inscripción de la providencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos. El Tribunal Superior del Distrito Judicial del Huila, confirmó la providencia por sentencia de enero 21 de 1977.

"Entrando ya en el fondo del asunto que nos ocupa, tenemos que:

"Con fecha 21 de enero de 1976, la propietaria del bien rural materia de estudio, denominado 'Criollo Blanco', presentó ante el tesorero del municipio de Pitalito (fl. 276, Cdo. 2), un memorial donde solicita revalúo del bien y al mismo tiempo hace un autoevalúo del mismo; la solicitud fue denegada por la Resolución No. 036 del director seccional de Catastro del Huila, cuya nulidad ahora se solicita.

"Como fundamento para dictar la resolución acusada, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi se acogió al artículo 61 de la Ley 135 de 1963, subrogado por el artículo 25, numeral 2 de la Ley 4a. de 1973, que a la letra dice:

"Dentro del año siguiente a la fecha de la oferta de compra, debe el Instituto definir las negociaciones o haber dictado resolución de expropiación. Pasado este término sin haberse cumplido una de las dos condiciones anteriores, podrá el propietario, solicitar un nuevo avalúo catastral de su predio, el cual una vez inscrito en los registros catastrales surtirá el efecto previsto en el artículo 7o. del Decreto 2895 de 1963".

"Se tiene pues que la norma se refiere a un 'nuevo avalúo catastral',que debía solicitarse en el evento de que no se dictara resolución de expropiación por parte del Incora.

"El actor parece confundir, por una parte el procedimiento del autoavalúo con el de reavalúo, y por otra la resolución de expropiación con el proceso de expropiación, pues en su solicitud inicial ante el tesorero municipal de Pitalito, habla indistintamente de reavalúo y de autoavalúo, cuando para ellos existen procedimientos diferentes y operan en diferentes circunstancias.

"Afirma erróneamente, que no se había iniciado aún el proceso de expropiación y que por tanto su solicitud estaba en término.

"Se olvida también el demandante que aún en la hipótesis de haber obtenido el pretendido autoavalúo, el Incora no hubiera podido tenerlo en cuenta, al tenor de lo que establece el artículo 7o., inciso final del Decreto No. 2895 de 1963.

"Teniendo en cuenta la norma transcrita anteriormente y, para que la actora pudiera acogerse a ella y solicitar un 'nuevo avalúo catastral de su predio' era indispensable que se diera uno cualquiera de los eventos en ella previstos y que se hubiera formulado la solicitud dentro del año siguiente a la fecha de la oferta, o antes de dictar resolución de expropiación, y al no estar dentro de lo previsto, mal podría el Instituto admitir dicho reavalúo, menos el autoavalúo presentado por ella para tal efecto, por cuanto no se cumplieron las previsiones de los artículos 3 y 6 del Decreto 2895 de 1963 y el artículo 2o. del decreto reglamentario del anterior de 1964.

"Además es indispensable en cuenta que la solicitud de reavalúo, o la de autoavalúo formuladas ante el tesorero municipal de Pitalito el 21 de enero de 1976, se presentó mucho tiempo después de estar en firme la Resolución No. 3301 de julio 9 de 1975. Por tanto no era del caso acceder a lo que se solicitaba, como bien lo afirma la administración.

"Estas consideraciones son suficientes para que esta agencia del ministerio público, solicite al H. Consejo de Estado no acceda a las súplicas de la demanda y en consecuencia se condene en costas a la parte actora".

La Sala no comparte las apreciaciones hechas por la distinguida colaboradora fiscal, y para el efecto, anota:

Muestra el acervo probatorio debidamente acreditados los siguientes hechos:

a) Que mediante Resolución No. 489 de julio 31 de 1968 se ordenó por el Incora iniciar las diligencias tendientes a la adquisición del predio "El Criollo".

b) Por proveído de 29 de octubre de ese año (a folios 176) se declaró comprobada la calidad de pequeños arrendatarios en relación con 5 de los ocupantes del predio en cuestión. En la misma providencia notificada el 2 de noviembre siguiente al propietario Timoteo Murcia, se ordenó continuar el procedimiento tendiente a la adquisición del inmueble.

c) Que el 4 de julio de 1969, se acordó con el propietario un derecho de exclusión de 30 hectáreas y se hizo la calificación de las tierras, así: 173.3 hts. como adecuadamente explotadas y 6.6 explotadas por arrendatarios.

d) Que durante los días 16 de septiembre y 16 de octubre del mismo año se cumplió la segunda etapa de negociaciones y no se logró ningún acuerdo. Se discutió el precio con base en avalúo catastral anterior hecho por el Agustín Codazzi.

e) Que ante esa negativa, el 9 de julio de 1975 el Incora, mediante Resolución 03301 decretó la expropiación del inmueble; dicha resolución fue aprobada por la 090 de la junta directiva, de la misma fecha y fue notificada a la propietaria el 13 de agosto siguiente.

f) Que el 21 de enero de 1976, la propietaria hizo solicitud de autoavalúo y le fijó como valor al inmueble el de $1.500.000.oo.

g) Que el día 4 de febrero de ese mismo año, el Incora presentó la demanda de expropiación de dicho bien, la cual fue admitida el 7 siguiente.

h) Que por resolución 036 de 16 de febrero del aludido año la seccional del Huila del Agustín Codazzi no aceptó la declaración de autoavalúo (literal f).

i) Que interpuestos los recursos de reposición y apelación, la decisión se mantuvo. Las resoluciones denegatorias llevan los números 056 y 614 de 10 de marzo y 11 de mayo de 1976. Interpuesta la revocatoria directa fue igualmente denegada mediante la Resolución 775 de junio 11 siguiente.

j) Que mediante sentencia de 25 de agosto de 1976 el juzgado decretó la expropiación. Al confrontar estos hechos con el derecho resulta:

Se inició el proceso de adquisición a mediados de 1968 y cuando el avalúo vigente a 31 de marzo de 1968 era de $172.500 (26 antecedentes).

Luego, el inmueble fue adjudicado a la señora Blanca Bermeo de Murcia por el valor catastral de ese entonces (31 de octubre de 1974) $300.000.oo (ver copia de la sentencia aprobatoria de participación a folios 16).

Que entre la ruptura de las negociaciones (literal d) y la resolución de expropiación (literal e) medió un lapso superior al de los 5 años (16 de octubre de 1969 a 9 de julio de 1975).

Que antes de iniciarse el juicio de expropiación, la dueña hizo solicitud de autoavalúo (21 de enero de 1976), la que le fue denegada.

Para la Sala la negativa dada por el Agustín Codazzi no debe mantenerse, ya que la petición hecha por la parte demandante, si bien formalmente puede entenderse como de autoavalúo, en la práctica y sin ningún esfuerzo exegético, debió tomarse como una solicitud de nuevo avalúo, máxime cuando ésta tenía

como fundamento el artículo 25 de la Ley 4a. de 1973, que le da a los propietarios de predios en vía de adquisición por el Incora ese derecho cuando se den los supuestos indicados en la misma.

El texto de la norma en cuestión no deja lugar a dudas. Así reza:

"Dentro del año siguiente a la fecha de la oferta de compra, deberá el Instituto definir las negociaciones o haber dictado resolución de expropiación. Pasado ese término sin haberse cumplido una de las dos condiciones anteriores, podrá el propietario solicitar un nuevo avalúo catastral de su predio, el cual una vez inscrito en los registros catastrales surtirá el efecto previsto en el artículo 7o. del Decreto 2895 de 1963. El avalúo de predios rurales a que se refiere el artículo 9o. del Decreto 2156 de 1970, tendrá los mismos efectos señalados en el artículo 1o. del Decreto 2895 de 1963. Tendrá también por objeto el de servir de límite para el precio o indemnización en los casos mencionados en el artículo 7o. del decreto señalado. Si no existiera tal avalúo, se observarán las reglas de los artículos 2o. y siguientes del Decreto 2895 de 1963".

Esta norma, modificatoria a su vez del artículo 14 de la Ley 1a. de 1968, permite inferir que dentro del lapso legal que media entre la oferta de compra y el cierre de la negociación, o, en su caso, el decreto de expropiación (1 año) el avalúo que se tendrá en cuenta será el que regía cuando se iniciaron las diligencias de adquisición, pero que si este término corrió en vano el propietario tendrá derecho a pedir un nuevo avalúo. Situación ésta que constituye, en principio, una excepción a la regla general contemplada en el artículo 3o. del Decreto 2895 de 1963 que permite suplir, mediante autoavalúo, el justiprecio catastral que debe efectuar la administración por conducto de sus organismos especializados y que era la vía autorizada en la Ley 1a. de 1968 (artículo 14).

Se hace tal advertencia porque la estimación cada dos años se entiende para los inmuebles que no se encuentren en vía de adquisición por el Incora, porque frente a éstos, a partir de la vigencia del artículo 25 de la Ley 4a. de 1973, se excepciona la regla, en el sentido de que desaparece el autoavalúo para dar entrada al justiprecio oficial.

Pero una es la situación creada por ese artículo 3o. del Decreto 2895 de 1963 y otra muy diferente la contemplada en el inciso 3o. del numeral 2o. del artículo 25 de la Ley 4a. de 1973, ya que esta hipótesis por parte alguna habla de autoavalúo sino de algo muy diferente como que "podrá el propietario solicitar un nuevo avalúo catastral de su predio" cuando pasa el término de un año contado desde la oferta de compra sin que se haya logrado definir la negociación o dictado la resolución de expropiación. Y esto es fácilmente inteligible. El legislador quiere que se mantenga así el equilibrio entre el derecho del particular y el interés general. No puede someter a aquél a la lentitud de los trámites administrativos y con ésta al envilecimiento del valor de los inmuebles. De allí que si pasa el término indicado atrás, el dueño pueda pedir revalúo al organismo oficial competente, el que para el caso es el Instituto Agustín Codazzi. Pero no más. El autoavalúo en el procedimiento previo a la expropiación, viable durante la vigencia de la ley de 1968, fue suprimido por ser supremamente perjudicial para los intereses de la colectividad representados por el Estado, porque su permisión dejaba el estimativo del valor de los

bienes a expropiar, a su dueño. En otros término, era la consagración legislativa de la primacía del interés individual sobre el colectivo o social.

Debe afirmarse que ni jurídica ni gramaticalmente pueden asimilarse o confundirse los conceptos de autoavalúo y reavalúo. En esto le asiste la razón a la fiscalía.

Mientras aquél lo hace el propietario o poseedor del inmueble siguiendo las exigencias del artículo 2o. del Decreto 181 de 1964 y suple el que debe hacer la administración en ciertas hipótesis, éste lo pide ese mismo propietario o poseedor y lo efectúa el organismo público competente en la forma prevista en el artículo 1o. del mismo ordenamiento. Además, autoavalúo (justiprecio hecho por uno mismo) es algo diferente a la acción que tiene el Estado por mandato legal para establecer o variar el precio de los inmuebles para efectos fiscales o agrarios, indemnizaciones, etc., etc.

Pero así como se puede solicitar nuevo avalúo a la autoridad competente cuando pasa el término legal contado desde la oferta de compra sin que se cierre la negociación o se dicte el decreto de expropiación, también se puede elevar igual petición, como sucedió aquí, cuando el decreto de expropiación se produzca por fuera del término, y este es el alcance de la ley. Quiere el legislador, por un lado, que los procedimientos se agilicen pero, por el otro, puede pretender que su negligencia o mora redunde en beneficio de la misma administración, ya que no otro efecto tendría la demora injustificada de ésta para expropiar. Le bastaría, así, retardar por un lapso más o menos largo la expedición del decreto correspondiente para lograr una adquisición por un precio inferior al real. Como también y dentro de la misma lógica, tendría derecho el propietario a negociar con el Incora sobre un avalúo diferente cuando la etapa de negociación directa cope el lapso legal.

Muestra el acervo probatorio que el 21 de enero de 1976 la señora Bermeo de Murcia hizo petición "formal" de autoavalúo y le asignó como precio a su inmueble $1.500.000.oo. Se dice "formal" porque dados los antecedentes de esta solicitud y la cita del artículo 25 de la Ley 4a. de 1973, debió el Instituto Agustín Codazzi interpretarla en su sentido real y proceder al nuevo justiprecio oficial, ya que se daban los presupuestos para la procedencia del mismo. Estima la Sala que el mencionado Instituto siguió la línea de menor resistencia e incumplió así su deber.

No pedía la señora Bermeo nada fuera de lo común, máxime cuando ese organismo oficial tenía que saber que el predio "El Criollo" desde hacía más de ocho años no sufría apreciación pericial y que el valor catastral asignado en 1968 le servía al Incora en ese año de 1976 para adelantar una expropiación.

Estos elementos debieron tenerse en cuenta para evitar, en la práctica, casi una confiscación o una seria e injustificada lesión para los intereses de la propietaria, la que tuvo que entregar finalmente su inmueble luego de la culminación del proceso judicial de expropiación, con una indemnización irrisoria: $126.000.oo, valor de 150 hectáreas del total de 186 avaluadas en $172.500.oo (catastro con efectos a 1968).

La conducta formalista asumida por el Codazzi lesionó los intereses de la parte actora y olvidó al cumplirla que el derecho se despoja cada vez más de las

fórmulas sacramentales. La señora Bermeo tenía derecho a ser expropiada con base en un nuevo avalúo, no solo porque se lo concedía la ley sino porque la negligencia y la increíble parsimonia del Incora puestas de presente durante el trámite de adquisición del inmueble de su propiedad, así lo imponían.

Y se equivocó el Codazzi al no querer entender lo que la propietaria realmente buscaba, máxime cuando conocía la situación del inmueble que pretendía adquirir el Incora con un avalúo "ventajoso" para sus intereses de 8 años atrás.

Y esta conducta lesionó los derechos de la señora Bermeo, en una suma equivalente a lo que dejó de percibir con la expropiación de su predio; porque si con ese nuevo avalúo, al que tenía derecho, se hubiera efectuado esa expropiación, se habría cumplido con un precio bien diferente.

No cree la Sala, finalmente, que en el caso sub-judice quepa la aplicación del artículo 8o. del Decreto 2895, que presume de derecho que cuando el propietario o poseedor de un bien raíz no hiciere la estimación prevista en el artículo 3o. acepta como tal el avalúo catastral vigente en la fecha en que se inició el procedimiento de adquisición porque la situación es aquí diferente y el derecho a un nuevo avalúo nació de las circunstancias especiales que se analizaron atrás y que muestran que la expropiación se decretó por fuera de tiempo.

Probado el hecho causal del daño (la conducta omisiva del Codazzi), entra la Sala a justipreciarlo con fundamento en la prueba pericial que obra en el expediente (a folios 257 y siguientes del C. No. 2). Muestra esa peritación que el valor de la indemnización, con fundamento en un avalúo global de $1.500.000.oo sería de $1.214.700.oo entendiéndose así solo el valor del área expropiada (165 has. 9.587 m2), ya que quedó zona de exclusión de 30 has. Se toma este avalúo porque aunque expertos aprecian en cifra superior el valor comercial del inmueble en la fecha de la expropiación ($2.189.272.oo), fue la propietaria misma la que estimó comercialmente su inmueble en enero de 1976 cuando intentó que se le aceptara su reavalúo para efectos expropiatorios. En este extremo esa declaración, comparada con el valor comercial real asignado por los peritos, debe tomarse como una confesión que la perjudica. Por lo demás, no existe una diferencia lesiva entre los distintos valores comparados.

El dictamen aparece razonado, serio y bien fundamentado y merece la aceptación de la Sala. Asimismo vistas las distintas hipótesis desarrolladas por los expertos, se infiere que la apreciación hecha por la propietaria estaba ajustada a la realidad comercial de la época. Esta razón le da fuerza a las pretensiones de la actora, la que en forma alguna trató de sacar ventaja de su situación y de la mora injustificada del Incora en el trámite del procedimiento de adquisición.

Como es obvio de la cifra atrás indicada ($1.214.700.oo) deberá descontarse lo que la señora Bermeo recibió del Incora como precio de la expropiación o sea $126.000.oo.

Por lo expuesto y en desacuerdo con la señora fiscal, la Sala Plena del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Declárase la nulidad de las Resoluciones Nos. 36, 056, 614 y 775, expedidas en su orden, los días 16 de febrero, 10 de marzo, 11 de mayo y 11 de junio de 1976, las dos primeras por la seccional de catastro del Huila del Instituto Geográfico Agustín Codazzi y las dos últimas por su director general.

Como consecuencia, condénase al mencionado organismo a pagar a la señora Blanca Bermeo de Murcia la suma de un millón ochenta y ocho mil setecientos pesos moneda corriente ($1.088.700.oo) por concepto de los perjuicios materiales causados con tales actos.

El Instituto pagará dentro de los términos señalados en los artículos 121 y 122 del C.C.A. Si no lo hiciere en la oportunidad legal, reconocerá intereses a la tasa del 24% anual. Deniéganse las demás súplicas.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 12 de abril de 1983.

Samuel Buitrago Hurtado, Presidente; **Carlos Betancur Jaramillo, Aydée Anzola Linares, Jorge Dangond Flores**, (aclaración de voto); **Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn, Alvaro Orejuela Gómez, Bernardo Ortiz Amaya, Mario Enrique Pérez Velasco, Jacobo Pérez Escobar, Ignacio Reyes Posada, Gustavo Humberto Rodríguez, Roberto Suárez Franco, Eduardo Suescún Monroy, Jorge Valencia Arango**, (con salvamento de voto); **Joaquín Vanín Tello**, (ausente).

Darío Quiñones Pinilla, Secretario

ADQUISICION DE PREDIOS POR EL INCORA. PRECIO DEL INMUEBLE O EL VALOR DE LA INDEMNIZACION CORRESPONDIENTE. Vencido el plazo de un año sin definir la negociación directa o sin presentar la demanda de expropiación, dicho precio se fijará por uno de los siguientes avalúos:

a) Por el avalúo que practique el Instituto Agustín Codazzi a petición del propietario;

b) Por el avalúo vigente en el respectivo catastro, establecido conforme al artículo 78 del Decreto-ley 1250/70, siempre que no tenga una antigüedad superior a los dos años con relación a la definición de la compra o a la demanda de expropiación;

c) Por el autoavalúo hecho por el propietario o poseedor respectivo. (Art. 3o., Decreto-ley 2895 de 1963).

Artículos 1o., 2o. y 3o. del Decreto-ley 2895 de 1963.

ACLARACION DE VOTO DE LOS CONSEJEROS JORGE VALENCIA ARANGO Y JORGE DANGOND FLORES

Actor: **Blanca Bermeo Vda. de Murcia**

Referencia: Expediente No. 10.752

Compartimos la parte resolutiva de la sentencia anterior, pero nos separamos de la parte motiva de la misma, por las siguientes razones sintéticamente expuestas:

I. Disponen los artículos 1o., 2o. y 3o. del Decreto-ley 2895 de 1963:

"Artículo 1o. El avalúo de los predios rurales señalado en los catastros levantados o que se levanten conforme a la Resolución 831 de 1941, proveniente del Ministerio de Hacienda, o a las normas que en materia catastral dicte en lo futuro el Gobierno, siempre que no sea anterior en más de dos años a la fecha en que se cause el gravamen fiscal o a aquella en que se haga al propietario o poseedor de un inmueble la primera notificación de que una entidad del derecho público intenta adquirirlo, tendrá los siguientes efectos:

a) De conformidad con él se causarán los impuestos y tasas sobre la propiedad raíz o que se liquiden con base en el valor de la misma, salvas las excepciones que más adelante se expresan.

b) Se tomará como monto de la indemnización que debe pagarse al propietario o poseedor de un fundo expropiado por causa de utilidad pública o interés social. De consiguiente, en ese caso no habrá lugar o avalúo especial dentro de las respectivas diligencias de expropiación.

Parágrafo: No obstante lo dispuesto en el ordinal b) de este artículo, habrá lugar a la práctica de avalúo pericial cuando, con posterioridad al realizado para el catastro, se hayan introducido al fundo mejoras de carácter permanente, siempre que el dueño o poseedor compruebe las inversiones realizadas en ellas con la exhibición de sus libros o de la declaración de renta y patrimonio. En este caso, los peritos tomarán como base el avalúo catastral y deberán justificar debidamente las variaciones que con respecto al mismo estimen haber sido causadas por las referidas mejoras.

Si también con posterioridad al avalúo catastral, se han construido obras públicas por razón de las cuales se percibió del propietario o poseedor impuesto o tasa de valorización, el monto de lo percibido se sumará, para los efectos de la indemnización, al del avalúo catastral".

Artículo 2o. El propietario o poseedor de un fundo que, a la fecha del presente decreto, estuviere avaluado en el catastro a que se refiere el artículo anterior por una suma inferior a su valor comercial en concepto de dicho propietario o poseedor, tendrá derecho a solicitar, por una sola vez y hasta el 29 de febrero de 1964 un reavalúo que será practicado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi con audiencia del interesado. Podrá éste asesorarse, para exponer sus puntos de vista ante el Instituto, de los expertos que a bien tenga.

En ningún caso se hará, por razón del ejercicio de este recurso especial, una avaluación inferior a aquella que es objeto del recurso".

"Artículo 3o. Todo propietario o poseedor de inmuebles rurales, cuya extensión en la fecha del presente decreto sea superior a cien (100) hectáreas, o cuyo avalúo catastral vigente sea mayor de veinte mil pesos ($20.000.oo), estará en la obligación de estimar cada dos años el valor comercial de dichos inmuebles, en la forma y dentro de los términos que señalen los reglamentos que se expidan en desarrollo del presente decreto.

La primera declaración deberá referirse al valor del inmueble en 31 de diciembre de 1963, y para formularla tendrán plazo los interesados hasta el 29 de febrero de 1964".

2. Ordena el artículo 1o. del Decreto Reglamentario 181 de 1964:

"Artículo 1o. Para la práctica del reavalúo de que trata el artículo 2o. del Decreto 2895 de noviembre 26 de 1963, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi citará personalmente al interesado con diez (10) días de anterioridad a la fecha de iniciación de la diligencia.

Cuando para la práctica del reavalúo, el solicitante se asesore de expertos, correrán a cargo de dicho interesado los honorarios que se causen por su intervención".

3. Previenen los artículos 4o., 5o. y 6o. del Decreto-ley 2895 de 1963:

"Artículo 4o. La estimación de que trata el artículo anterior no podrá hacerse por un valor inferior al avalúo catastral entonces vigente, a menos que dicho avalúo esté en vía de reclamación legal, ni al precio de adquisición".

Artículo 5o. El propietario o poseedor no podrá alterar durante el respectivo período bianual, la estimación hecha por él de su fundo, ni tampoco estimarlo en las declaraciones posteriores por un valor inferior.

Pero, a pesar de lo dispuesto en el inciso anterior, si el fundo hubiese sufrido una desmejora de su valor por causas posteriores a la estimación hecha, el interesado podrá solicitar del Instituto Geográfico Agustín Codazzi que avalúe el monto de tal desmejora para el efecto de corregir la avaluación dada por él al inmueble.

Si, por el contrario, se hubieren realizado mejoras de carácter permanente en el fundo, se aplicará lo dispuesto en el parágrafo del artículo 1o. para los efectos de la determinación del precio en caso de que el fundo se adquiera en negociación directa por una entidad de derecho público, o para establecer el monto de la indemnización que tal entidad deba pagar por causa de expropiación.

Artículo 6o. La estimación que ordena hacer el artículo 3o. tiene por objeto suplir para los efectos fiscales el avalúo catastral que contempla el artículo 1o. de este decreto, mientras tal avalúo no se haya llevado conforme al mismo artículo, o cuando hayan transcurrido más de dos años desde que se hizo. De consiguiente, tan pronto como la declaración sea hecha por el propietario o poseedor, se dejará la correspondiente constancia en los registros catastrales, y los impuestos comenzarán a causarse desde ese momento, de acuerdo con el valor en ella señalado".

4. Previene el artículo 61 de la Ley 135 de 1961:

"Artículo 61. Cuando el Instituto, previo el estudio de la zona correspondiente, considere necesaria la adquisición de determinadas tierras para cumplir los fines de interés social o utilidad pública de que trata el artículo 54, seguirá el siguiente procedimiento:

1. Citará al propietario o a su apoderado personalmente o en caso de que esto no fuere posible, por medio del procedimiento que señale el decreto reglamentario, para que con su intervención o la de un representante suyo se haga un examen detenido del precio y se practiquen, si fuere necesario, las mensuras correspondientes. Los dueños de predios estarán obligados a permitir esta inspección y si se opusieren a ello o la obstaculizaren, el Instituto podrá apremiarlos con multas sucesivas hasta de cinco mil pesos.

2. Acordadas que sean entre el Instituto y el propietario la parte del predio que deba adquirirse y la calificación de las tierras conforme a los artículos 55 y 58, el Instituto hará practicar un avalúo por peritos del cuerpo de avaluadores que para cumplir esta función debe organizar el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" y con base en él adelantará las negociaciones para acordar el precio de compra que se pagará en la forma que determina el artículo 62 de la presente ley.

3. Si no hubiere acuerdo sobre el precio o sobre la calificación de las tierras, o si el interesado se negare a vender voluntariamente, el Instituto dictará una resolución por medio de la cual señale la calificación que corresponde a las tierras, con especificación de las consideraciones técnicas y económicas que para hacerla ha tomado en cuenta, y ordenará adelantar la expropiación. Esta providencia será notificada personalmente al propietario o a su apoderado o representante legal.

Si no se pudiere hacer la notificación personal, se empleará para llevarla a cabo el procedimiento que señale el decreto reglamentario de la presente ley, la resolución del Instituto se consultará con el respectivo tribunal de lo contencioso administrativo en lo que respecta a la clasificación de las tierras y a su calidad de expropiables, si así lo solicitare el propietario interesado dentro de los cinco días siguientes a la notificación. El Tribunal siguiendo el procedimiento que señale el decreto reglamentario, y previo un dictamen de tres peritos designados uno por cada una de las partes y uno más del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", aprobará o modificará la clasificación de las tierras y determinará la viabilidad de la expropiación.

4. Ejecutoriada que se halle la providencia sobre expropiación se adelantará el juicio ante el respectivo juez del circuito, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 1o. del artículo 67, el Instituto podrá solicitar en la demanda que se le ponga en inmediata posesión de las tierras cuya expropiación ordenó adelantar, consignando en poder del Banco de la República el valor de ellas en bonos agrarios de la clase B si se tratare de tierras incultas, o en dinero efectivo lo que en esta forma deba pagarse como primer contado de la operación si se tratare de otra clase de tierras. Para este solo efecto se tendrá como valor de las tierras el señalado en el avalúo del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", el cual se acompañará a la demanda de expropiación. Es entendido que el Instituto reconocerá intereses a la tasa que señala la presente ley sobre el valor no

consignado, y de conformidad con la sentencia de expropiación, desde la fecha en que entre en posesión de las tierras.

5. El avalúo en el juicio de expropiación se llevará a efecto por tres peritos designados así: uno por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, otro por el propietario interesado y otro por el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi". Si el dictamen pericial fuere objetado por cualquiera de las partes, y el juez declarare válidas las objeciones, se procederá a designar otros tres peritos, en la forma indicada, y el dictamen que ellos rindieren no está sujeto a objeción alguna.

En todo lo no previsto expresamente por la presente ley los peritos se ajustarán a las normas correspondientes del Código de Procedimiento Civil".

5. Mandan los artículos 14 y 15 de la Ley 1a. de 1968, reformatorio de la Ley 135 de 1961:

"Artículo 14. El numeral 2o. del artículo 61, quedará así:

Acordadas que sean entre el Instituto y el propietario la parte del predio que deba adquirirse, y la calificación de las tierras conforme a los artículos 55 y 56, el Instituto hará practicar un avalúo por peritos del cuerpo de avaluadores que para cumplir esta función debe organizar el Instituto Geográfico Agustín Codazzi; si no se hallare de acuerdo con él podrá solicitar reconsideración. Otro tanto podrá pedir el propietario, a su costa. Con base en este avalúo y en las normas del Decreto 2895 de 1963, se adelantarán las negociaciones para acordar el precio de compra que se pagará en la forma que determine el artículo 62 de la presente ley.

Dentro de los dos años siguientes a la notificación de la resolución por la cual se inicia el procedimiento de adquisición, deberá el Instituto definir las negociaciones directas o haber presentado la demanda de expropiación. Pasado este término sin haberse cumplido una de las dos condiciones anteriores podrá el propietario hacer una nueva estimación del valor comercial de su predio, como lo dispone el artículo 3o. del Decreto 2895 de 1963, la cual una vez inscrita en los registros catastrales, surtirá los efectos previstos en el artículo 7o. de este mismo decreto.

La estimación que ordena hacer el artículo 3o. del Decreto 2895 de 1963, tendrá también por objeto la de servir de límite para el precio o indemnización en los casos mencionados en el artículo 7o. del mismo decreto".

"Artículo 15. Adiciónase el artículo 61 con el siguiente inciso final:

"Si luego de adoptado un proyecto por la junta directiva del Instituto y publicado en la forma que establezca el decreto reglamentario se fraccionaren predios cobijados por tal proyecto, el ejercicio del derecho de exclusión, y los pagos iniciales de las tierras que el Instituto haya de adquirir, se harán con respecto a los nuevos propietarios en la proporción que corresponda a la fracción que hubieren adquirido. Igual regla se aplicará en el caso del artículo 70".

6. Dispone el artículo 25 de la Ley 4a. de 1973, reformatoria de la Ley 135 de 1961:

Artículo 25. El artículo 61 de la Ley 135 de 1961, quedará así:

Para cumplir los fines de interés social o de utilidad pública de que trata el artículo 54, el Instituto adquirirá las tierras o mejoras necesarias conforme a lo dispuesto por esta ley, observando el siguiente procedimiento:

1. Citará personalmente al propietario, y en caso de que esto no fuere posible, ordenará su emplazamiento por medio de edicto, que se fijará por el término de diez (10) días en lugar visible de la secretaría y se publicará en un diario de amplia circulación en la localidad, por tres veces, durante el mismo término y por medio de radiodifusora del lugar, si la hubiere, con intervalos no menores de dos días. Cuando el citado figure en el directorio telefónico se le enviará a la dirección que allí aparezca, copia del edicto, por correo certificado o con empleado, que la entregue a cualquier persona que allí se encuentre o la fije en la puerta de acceso, según las circunstancias, todo lo cual se hará constar en el expediente, al cual se agregarán el edicto, sendos ejemplares del diario y certificación auténtica del administrador de la emisora.

Transcurridos tres días a partir de la expiración del término del emplazamiento, el Instituto designará al citado un curador ad-litem, con quien se surtirá la notificación.

Cumplida la citación, se hará, con audiencia del propietario, de su apoderado al efecto o de su curador ad litem, el examen detenido del predio que haya ordenado el Instituto y la práctica, si fuere necesario, de las mensuras correspondientes, con el fin de establecer su estado de explotación, así como de un avalúo por peritos del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi", si a él hubiere lugar al tenor del Decreto-ley 2895 de 1963.

Los dueños de predios, poseedores, sus representantes, socios, intermediarios o cualquiera otra persona que se encuentre en el predio, estarán obligados a prestar toda su colaboración para que las diligencias que se ordenen en dicha resolución se realicen, y si se opusieren a ello o las obstaculizaren en cualquier forma, el Instituto podrá apremiarlos con multas sucesivas hasta de cinco mil pesos ($5.000.oo), sin perjuicio de que solicite el concurso de la fuerza pública.

2. Una vez reunidos los elementos necesarios para la negociación directa se hará una oferta de compra al propietario.

Se entiende que el propietario rechaza la oferta de compra cuando, habiéndosele hecho personalmente, de lo cual debe haber constancia en acta suscrita por las partes, o habiéndole sido comunicada por correo certificado, no manifieste su aceptación en el término de diez (10) días, contados a partir de la fecha de la oferta. En la respuesta el propietario deberá declarar si ejerce o no el derecho de exclusión.

Dentro del año siguiente a la fecha de la oferta de compra deberá el Instituto definir las negociaciones o haber dictado resolución de expropiación. Pasado este término sin haberse cumplido una de las dos condiciones anteriores, podrá el propietario solicitar un nuevo avalúo catastral de su predio, el cual, una vez inscrito en los registros catastrales, surtirá el efecto previsto en el artículo 7o. del Decreto 2895 de 1963. El avalúo de predios rurales a que se refiere el artículo 9o. del Decreto 2156 de 1970, tendrá los mismos efectos

señalados en el artículo 1o. del Decreto 2895 de 1963. Tendrá también por objeto el de servir de límite para el precio o indemnización en los casos mencionados en el artículo 7o. del decreto señalado. Si no existiera tal avalúo se observarán las reglas de los artículos 2o. y siguientes del Decreto 2895 de 1963.

3. Si el propietario no aceptare la oferta expresamente o se presumiere su rechazo, de acuerdo con el inciso 2o. del ordinal anterior, o si, en general, existieran razones de orden legal, como en los casos de incapaces o de bienes que estén fuera del comercio que impidieren la negociación, el Instituto dictará una resolución por medio de la cual señalará la calificación que corresponda a las tierras, con especificación de las consideraciones técnicas, económicas y sociales que para hacerla ha tomado en cuenta, y ordenará adelantar la expropiación. Si transcurridos diez (10) días, contados a partir de la fecha de expedición, no se hubiere notificado personalmente al propietario, a su apoderado o a su representante legal la resolución de expropiación, el Instituto fijará un edicto en papel común en un lugar visible para el público en la oficina seccional correspondiente a la ubicación del inmueble y por el término de cinco (5) días, con inserción de la parte resolutiva de la providencia.

4. Contra la resolución que ordena una expropiación no cabe recurso alguno por la vía gubernativa ni las acciones contencioso administrativas que la ley consagra, pero podrá consultarse con un tribunal administrativo, con jurisdicción en el departamento o territorio nacional en que se encuentre el bien o en que radiquen los derechos reales objeto de expropiación. Si se extendiere a varios conocerá a prevención cualquiera de los respectivos tribunales. La consulta se tramitará, si así la solicitare el propietario o interesado, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación, y versará sobre la calificación de las tierras y su calidad de expropiables.

El Tribunal aprobará o modificará la calificación de las tierras y determinará la viabilidad de la expropiación, de conformidad con el siguiente procedimiento.

Los términos para fundamentar la consulta, así como la fijación en lista en caso de aceptación del recurso y con el fin de que las partes puedan presentar los alegatos que tuvieren a bien, serán de tres (3) días. El Tribunal resolverá la consulta previo un dictamen de tres (3) peritos, que se designarán así:

Uno sorteado de la lista del Cuerpo Especial de Peritos para la Reforma Agraria; del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi"; otro de la lista que para el efecto elabore el Comité Asesor de la Política Agropecuaria, los tres (3) peritos se sortearán de la lista de peritos del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi". Los peritos dispondrán de un término de diez (10) días para rendir el dictamen, y el Tribunal fallará dentro de los cinco (5) días siguientes. El incumplimiento de los términos señalados por parte de los magistrados del Tribunal será causal de mala conducta.

5. Ejecutoriada que se halle la providencia sobre expropiación, se adelantará el juicio ante el respectivo juez del circuito. El Instituto podrá solicitar en la demanda que se le ponga en inmediata posesión de las tierras cuya expropiación ordenó adelantar pero esta posesión no podrá hacerse efectiva en tanto no se hayan cumplido los plazos a que se refiere el inciso 1o. del Art. 67 de esta ley.

Para solicitar tal entrega el Instituto deberá consignar el valor del precio en bonos agrarios de la clase "B", si se tratare de tierras incultas, o en dinero efectivo la parte que deba pagarse como primer contado de la operación, si se tratare de otra clase de tierras. Para este solo efecto se tendrá como valor de las tierras el señalado en el catastro o en el avalúo del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" conforme a las reglas del Decreto 2895 de 1963.

Hecha la petición, el juez ordenará la entrega dentro del término de dos (2) días, y dispondrá que la diligencia se realice en un plazo no mayor de diez (10) días. Contra la decisión del juez que ordena la entrega no cabe recurso alguno. Es entendido que el Instituto reconocerá intereses a la tasa que señala la presente ley, sobre el valor no consignado, de conformidad con la sentencia de expropiación, desde la fecha en que entre en posesión de las tierras. En la diligencia de entrega no se admitirán oposiciones que se fundamenten en hechos tales como la calificación de tierras o su inexpropiabilidad y, en general, sobre la viabilidad de expropiación que tuviere oportunidad de discutirse por el demandado en las etapas anteriores.

Las apelaciones en el juicio de expropiación se concederán siempre en el efecto devolutivo, con excepción de la del auto que niega la expropiación, que lo será en el suspensivo.

6. En la tramitación de los juicios de expropiación de predios destinados a programas de reforma agraria, se observarán las normas del Código de Procedimiento Civil, pero lo relativo a la forma de pago de las tierras y de los créditos hipotecarios y a la manera de regular la indemnización se regirá por las disposiciones de la presente ley y del Decreto 2895 de 1963.

El avalúo en el juicio de expropiación, cuando a ello hubiere lugar al tenor del Decreto 2895 de 1963, se hará por peritos designados en la forma establecida en el inciso 4o. de este artículo.

Parágrafo. Para efectos de publicidad, la providencia que inicie las diligencias administrativas de adquisición de tierras y las que se dicten para establecer la existencia de pequeños arrendatarios y aparceros serán inscritas en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados correspondiente. Si verificada la inscripción el predio de que se trate fuere fraccionado, los nuevos propietarios tomarán la actuación administrativa en el estado en que se encuentre, y el ejercicio del derecho de exclusión así como los pagos iniciales de las tierras que el Instituto haya de adquirir, se harán con respecto a los nuevos propietarios, en la proporción que corresponda a la fracción que hubiere adquirido".

II. Las anteriores son las normas que rigen la controversia decidida por la sentencia que aclaramos.

De ellas, surge claramente:

a) El avalúo catastral de predios rurales, levantado con sujeción a las normas legales, con antigüedad no superior a dos años a la fecha en que se notifique al propietario que una entidad pública intenta adquirirlo, *será la base de la indemnización que debe pagarse al mismo propietario, en caso de expropiación sin que haya lugar a avalúo especial dentro del juicio de expropiación.* (Decreto 2895 de 1963, Art. 1o.).

b) Todo propietario o poseedor de predios rurales, con extensión mayor a 100 hectáreas o avalúo catastral superior a $20.000.oo, *está obligado a hacer "autoavalúo" comercial del inmueble, cada dos años, a partir del 31 de diciembre de 1963* (Decreto 2895 de 1963, Art. 3o.).

c) Este autoavalúo suple los efectos fiscales del avalúo catastral para todos los casos del literal anterior (Decreto 2895 de 1963, artículo 6o.).

d) Cuando el Incora debía adelantar juicio de expropiación de predios rurales, debía practicar un avalúo judicial en los términos previstos por el artículo 61 de la Ley 135 de 1961, en caso de desacuerdo sobre el precio.

e) Esta norma fue subrogada por el artículo 14 de la Ley 1a. de 1968, en el sentido de agregar, en relación con el avalúo judicial así practicado, que "con base en este avalúo y en las normas del Decreto 2895 de 1963, se adelantarán las negociaciones para acordar el precio de compra que se pagará...".

Es decir, que salvo el caso de deterioro del inmueble, el valor de la indemnización no será inferior al autoavalúo, conforme a los artículos 1o. (literal b) del Decreto 2895 de 1963 y numeral 2o. del artículo 61 de la Ley 135 de 1961 (Ley 1a. de 1968, artículo 14).

f) Por mandato del 2o. inciso del artículo 61, ordinal 2o. de la Ley 135 de 1961, subrogado por el artículo 14 de la Ley 1a. de 1968, el Incora tenía dos años desde la notificación de la resolución inicial de la adquisición, para definir las negociaciones directas o presentar la demanda de expropiación.

Este plazo fue reducido a un año, por el artículo 25 de la Ley 4a. de 1973, sustitutivo del citado artículo 61.

g) *"Pasado este término sin haberse cumplido una de las dos condiciones anteriores, podrá el propietario solicitar un nuevo avalúo catastral de su predio,* el cual, una vez inscrito en los registros catastrales, surtirá el efecto previsto en el artículo 7o. del Decreto 2895 de 1963. El avalúo de predios rurales a que se refiere el artículo 9o. del Decreto 2156 de 1970 tendrá los mismos efectos señalados en el artículo 1o. del Decreto 2895 de 1963, tendrá también por objeto el de servir de límite para el precio o indemnización en los casos mencionados en el artículo 7o. del decreto señalado. *Si no existiera tal avalúo se observarán las reglas de los artículo 2o. y siguientes del Decreto 2895 de 1963".*

Es decir, vencido el plazo de un año sin definir la negociación directa o sin presentar la demanda de expropiación, el precio del inmueble o la indemnización correspondiente, se fijará por uno de los siguientes avalúos:

1. Por el avalúo que practique el Instituto Agustín Codazzi *a petición del propietario,* el cual tendrá los mismos efectos previstos en el artículo 1o. del Decreto 2895 de 1963:

2. Por el avalúo vigente en el respectivo catastro, establecido conforme al artículo 78 del Decreto-ley 1250 de 1970 (subrogado por el artículo 9o. del Decreto-ley 2156 de 1970, siempre que no tenga una antigüedad superior a los dos años con relación a la definición de la compra o a la demanda de expropiación (artículo 25, Ley 4a. de 1973); y

3. En ausencia de los anteriores avalúos, con aplicación del artículo 3o. del Decreto-ley 2895 de 1963, por el *autoavalúo* hecho por el propietario o poseedor respectivo.

III. Con base en los principios anteriores, nos opusimos en la Sección Tercera a la ponencia presentada por el Dr. Betancur Jaramillo, que denegaba las súplicas de la demanda con la tesis de que iniciado el trámite de adquisición de un predio rural por el Incora, no hay lugar, en ningún caso, al autoavalúo, a pesar de la parte final del artículo 25 de la Ley 4a. de 1973 que expresamente se refiere al artículo 3o. del Decreto-ley 2895 de 1963.

Sostuvimos que la ponencia era ilegal e injusta, pues implicaba la legalización de un acto de confiscación por parte del Estado, no obstante expresa prohibición constitucional.

De ahí que se fuera por empate a Sala Plena.

Conviene recordar que la demanda de expropiación se presentó cada seis años después de la notificación al propietario de la intención de adquirir el inmueble y que se pagó como indemnización, el valor catastral señalado diez (10) años atrás, $126.000.oo, frente a un autoavalúo de $1.500.000.oo y de un avalúo judicial por la misma suma.

IV. En el largo debate en Sala Plena, obtuvimos que se hiciera justicia aun cuando no se aceptasen nuestras razones.

En efecto, convencida la Sala de la tremenda iniquidad a que conducía la ponencia, optó por forzar los términos del memorial de la propietaria al Agustín Codazzi solicitando que se aceptara su autoavalúo, para considerarlo, mediante forzada interpretación, no como autoavalúo sino como solicitud de reavalúo, en los términos de la primera parte del inciso 3o. del ordinal 2o. del artículo 25 de la Ley 4a. de 1973, por lo que concluyó que eran nulas las resoluciones impugnadas y, por lo mismo, debía tomarse como valor del inmueble, el señalado pericialmente dentro del juicio de expropiación en suma de $1.500.000.oo, coincidencialmente igual al autoavalúo hecho oportuna y legalmente por el propietario y que debía ser el atendido según nuestra tesis.

Se hizo justicia, es lo importante, aunque no podíamos dejar pasar en silencio las verdaderas razones jurídicas que han debido ser expuestas.

Bogotá, D.E., mayo 26 de 1983.

Jorge Valencia Arango, Jorge Dangond Flores

LEY. PROMULGACION. Es un requisito indispensable para conocer su vigencia. El asunto no tiene dificultad frente a normas que no expresan el período de vigencia de la ley en tal evento se aplica directamente el tenor de los artículos 52 de la Ley 4a. de 1913, según el cual la ley empieza a regir dos meses después de su promulgación, en desarrollo precisamente del principio legal y doctrinario.

LEY. VIGENCIA. SEÑALAMIENTO. Cuando en el texto mismo de la ley se indica fecha de su vigencia, distinta de la promulgación, en este caso existe el tenor del Art. 53 del Código de Régimen Político y Municipal, según el cual la ley entra a regir el día señalado por el propio tenor legal.

LEY. OBLIGACION. La ley no obliga al administrado sino en virtud de su promulgación. Se admite como excepción el señalamiento expreso de su vigencia en el propio tenor de la ley, pero debe entenderse que esta vigencia no puede ser antes de su promulgación, especialmente cuando se trate de normas que imponen obligaciones a los administrados.

REGIMEN DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO TRIBUTARIO. Decreto 2821 de 1974. Aplicación. Cuando se trata de asuntos tributarios, la vigencia anticipada de una norma de impuestos solo puede operar a favor del contribuyente mas no en su contra. Régimen del Decreto 1651/61, artículo 33, Decreto 2821 de 1974, artículo 48.

LEY. PROMULGACION. CUMPLIMIENTO. Los ciudadanos están obligados a obedecer y a cumplir las leyes en virtud de su promulgación, pues así como existe el principio universal de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, también se da el correlativo de que la ley debe ser promulgada para poder exigir su cumplimiento, pues en ningún caso podrá exigírseles que acaten una norma odiosa sin que haya sido promulgada.

PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD DE LOS TRIBUTOS. Consignado en el artículo 43 C.N., que implica el señalamiento previo y claro de todos los factores sujetivos, objetivos, temporales y especiales de la relación jurídica que surge de la norma que lo impone, mal puede hacer la obligación tributaria sin amplio conocimiento y divulgación de la ley que la crea o la impone (Art. 204 C.N.).

IMPUESTOS. LIQUIDACION ESPECIAL. No es correcto exigirle al administrado la presentación de una liquidación oficial para reclamar cuando, al interponer el recurso, tal requisito no era exigencia necesaria de la ley vigente.

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D.E, enero veinticinco de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Enrique Low Murtra**

Demandante: **Joaquín Campo Campo**

Referencia: Radicación 10.692. Apelación de la sentencia del Tribunal de Cundinamarca sobre impuestos de renta por el año de 1971.

El apoderado del señor Joaquín Campo Campo, identificado con la cédula de ciudadanía No. 17.018.817, interpuso recurso de apelación contra la senten-

cia del 11 de agosto de 1978, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la cual denegó las peticiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El 2 de enero de 1975 presentó recurso de reposición ante la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá contra la liquidación oficial del impuesto sobre la renta No. 129765-B de mayo 2 de 1974, correspondiente al año gravable de 1971, por la sancion agraria de $30.470.oo que le fue determinada.

"La sección de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá desechó el recurso por medio del Auto No. A-000927-P el 7 de junio de 1976, por no acreditar el pago del impuesto para reclamar según los nuevos factores que surgen en la nueva liquidación privada.

Interpuesto el recurso de reposición la misma Sección de Recursos Tributarios lo decidió por Auto No. 001302-P del 6 de agosto de 1976 negando el recurso interpuesto por incumplimiento de los requisitos previstos por el artículo 24 del Decreto 2821 de 1974, sobre nueva liquidación privada, que incluyera los factores no discutidos de la liquidación oficial, providencia ésta notificada por edicto desfijado el 31 de agosto de 1976, y que agotó la vía gubernativa.

Por medio de apoderado, legalmente reconocido, el 13 de diciembre de 1976, el actor accedió en acción de revisión de impuestos ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca argumentando que para la fecha en que se interpuso el recurso de reposición no era aplicable en cuanto a requisitos de ley el Decreto 2821 de 1974 por cuanto su vigencia comenzó el 29 de enero de 1975, día de su publicación en el Diario Oficial, e indicando como normas violadas los artículos 33 del Decreto 1651 de 1961; 52 del Código Político y Municipal; 40 de la Ley 153 de 1887; 66 y 283 del Código Contencioso Administrativo.

El Tribunal en sentencia del 11 de agosto de 1978 negó las peticiones de la demanda teniendo como fundamento las siguientes consideraciones: (folio 35):

"Es requisito indispensable para la prosperidad formal del recurso de reclamación que se hayan cancelado previamente el impuesto determinado en la liquidación privada o en la que se haya practicado para reclamar.

"Establece el literal b) del artículo 33 del Decreto 1651 de 1961, como uno de los requisitos para la reclamación ordinaria, que: '...b) Acreditar antes de que se reparta el expediente para fallo de fondo, *que ha satisfecho*, dentro del término que tenga para reclamar, el *valor total de la liquidación privada* o el de la que se haya practicado para reclamar".

"Y agrega esta misma disposición que si no se cumple cualesquiera de estos requisitos... el funcionario del conocimiento negará las peticiones de la reclamación y la providencia que se dicte se tendrá como fallo de fondo.

"Establece el artículo 24 del Decreto 2821 de 1974, como uno de los requisitos para la reposición que: "... 1... '2. Que se presente una liquidación privada en la cual se incluyan los factores no discutidos en la oficial, junto con

la prueba del pago correspondiente. Esta nueva liquidación en ningún caso podrá ser inferior a la presentada con la declaración, teniendo en cuenta sus adiciones y correcciones. Si todos los factores estuvieren impugnados, bastará en este caso acreditar el pago de la liquidación privada anexa a la declaración...".

"Y agrega esta misma disposición que si no se cumplen los requisitos allí señalados, el funcionario del conocimiento desechará el recurso mediante auto.

No se encuentra acreditado en el expediente que el contribuyente al interponer el recurso de reposición contra la liquidación oficial, hubiera presentado una nueva liquidación con inclusión de los factores no discutidos en la liquidación oficial, ni su pago previo, ya que el reclamante al interponer el inicial recurso de reposición contra la liquidación oficial solamente reclamó, o contrajo su inconformidad al hecho de habérsele impuesto sanción agraria de $30.470, sin que se hubiese manifestado en relación al rechazo o limitación de exenciones especiales por incumplimiento de los requisitos exigidos por el Art. 15 del Decreto 1366 de 1967; y en tales condiciones practicar una nueva liquidación para reclamar incluyendo los factores no discutidos, la cual desde luego superaba la liquidación privada que era de $2.135.97 aumentándola a la suma de $2.571.oo como lo anotan los actos acusados; de todos modos el recurrente, en tales circunstancias, no podía conformarse con acreditar el pago de su inicial liquidación privada.

"Alegó el recurrente tanto interponer el recurso de reposición (fol. 31 ant. adtivos) contra el Auto A-000927-P de junio 7 de 1976, como en la demanda que encabeza este proceso que a términos de los artículos 33 del Decreto 1651 de 1961; 52 del C.R.P. y M., artículo 40 de la Ley 153 de 1887 y 83 del C.C.A., el procedimiento aplicable en la vía administrativa al caso específico de autos era precisamente el previsto en el citado Art. 33 y concordantes por cuanto al aplicar el Art. 24 del Decreto 2821 de 1974 se estaría exigiendo requisitos que todavía no estaban vigentes por no haber sido promulgado el referido Decreto 2821 de 1974.

"Ya el Tribunal en varias oportunidades se ha pronunciado al respecto entendiendo que el tantas veces citado Decreto 2821 entró a regir el 20 de diciembre de 1974, como expresamente lo estatuye su mismo artículo 48 cuando dice que este decreto rige a partir de la fecha de su expedición, y no como lo interpreta el demandante que debe entenderse la de la publicación o inserción en el Diario Oficial, que lo fue el 29 de enero de 1975, máxime cuando dicho artículo ha sido declarado exequible por la H. Corte Suprema de Justicia, (sentencia de Sept. 2/76), y por cuanto la promulgación de que habla el demandante se refiere a aquellos casos en que la misma ley no indica la fecha exacta en que debe entrar a regir.

"Para el caso de autos, se observa que si bien la liquidación oficial ostenta fecha de mayo 2 de 1974, tanto la reclamación o primer recurso de reposición (enero 2/75) como los autos a ellos recaídos (junio 7/76 y agosto 6/76) tienen fechas posteriores a 20 de diciembre de 1974.

"Por lo mismo, por este aspecto tampoco pueden prosperar las súplicas de la demanda".

Surtido el traslado al Fiscal 6o. del Consejo de Estado manifestó:

"CONSIDERACIONES DE LA FISCALIA

"Procede el ministerio público a conceptuar el mérito de la acción mediante las consideraciones que se expresan enseguida:

"Según la liquidación privada, el contribuyente debía pagar la suma de $2.136. Y la liquidación oficial le fijó la cantidad de $33.041. Esta última se notificó el día 2 de mayo de 1974, bajo la vigencia fiscal del Decreto 1651 de 1961, que consagraba la reclamación ordinaria y la extraordinaria. Y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33, el pago para reclamar debía hacerse antes de la interposición del mismo, lo que no hizo el actor.

"Es cierto que en desarrollo del Decreto 1970 del año de 1974, que declaró el Estado de Emergencia, se dictó el Decreto 2247 del 21 de octubre del mismo año, por medio del cual varió el sistema de recursos contra los actos de determinación de tributos e imposición de sanciones, pero también es verdad que esas disposiciones nuevas fueron declaradas inexequibles por la Corte Suprema de Justicia, en fallo de 19 de noviembre de 1974.

"El Decreto Legislativo 2821 de 1974, dictado en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 23 del mismo año, dedicó el capítulo III a los recursos contra los actos de liquidación de impuestos, estableció el de reposición, que debe interponerse dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación.

"Es indudable que el recurso de reclamación extraordinario, procedía contra la liquidación de los impuestos a cargo del actor. Y es claro que el demandante podía, bajo el imperio del régimen procedimental contemplado en el Decreto 1651 de 1961, artículos 32 a 39, acreditar únicamente el pago de los gravámenes determinados en su liquidación privada. Pero al cambiar el sistema por virtud de lo dispuesto por el Decreto 2821 de 1974 del 20 de diciembre, debía someterse a éste e interponer el recurso de reposición, con el lleno de las formalidades legales.

"El artículo 24 del Estatuto Procedimental, consagró los presupuestos procesales que debe llenar quien formula el recurso de reposición y que sustancialmente son los mismos del Decreto 1651 de 1961, con la única adición, de que el interesado debe presentar una liquidación privada en la cual incluya los factores no discutidos de la liquidación oficial y acredite el pago correspondiente de esa nueva liquidación.

Anota esta fiscalía, que el mismo estatuto procedimental dispuso en el artículo 48, que "Este decreto rige a partir de la fecha de su expedición, salvo en los casos expresamente exceptuados en el mismo".

"Sobre el particular ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia, en fallo del 2 de septiembre de 1976:

"El artículo 48 del Decreto 2821 de 1974, *al final como fecha de su vigencia la de su expedición* se ajusta al artículo 1o. de la Ley 23 de 1974. Casa entre sí, conforme a la Carta". (El subrayado es nuestro).

"Respecto a la controversia de si la ley puede empezar a regir antes de su promulgación, el artículo 53 del Código de R. P. y Municipal, es muy claro, al

establecer unas excepciones a la regla general, es así como al tenor literal dispone:

"Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior los casos siguientes:

"1. Cuando la ley fija el día en que deba principiar a regir, o autorice al Gobierno para fijarlo, en cuyo caso principiará a regir la ley el día señalado...".

"Para dilucidar lo anterior, la Corte Suprema de Justicia y el H. Consejo de Estado se han pronunciado reiteradamente sobre el caso sub-judice:

"En sentencia del 14 de junio de 1969, la H. Corte Suprema de Justicia, expresó:

"Respecto a la violación de los artículos 80, 85, 118 y 120, la Procuraduría hace los siguientes razonamientos que la Corte acoge:

"Dice el demandante que los artículos 81, 85 y 118-7 de la Constitución indican que ésta se halla 'saturada del principio de que la ley para que tenga vida, después de su elaboración parlamentaria, requiere la sanción y promulgación de índole ejecutiva".

"Este último fenómeno procedimental que da a la ley vida y aplicación lo desarrolló el Código de R. P. y Municipal en su Art. 52 que dice así: 'La ley no obliga sino en virtud de su promulgación y su observancia principia dos meses después de promulgada. La promulgación consiste en insertar la ley en el periódico oficial...".

"Esta observación es válida en cuanto al requisito de la sanción presidencial, según lo dispone el ordinal 3o. del Art. 81 de la Carta. *Pero si la misma ley puede establecer que regirá antes de su promulgación* (Art. 53 del código citado), esta segunda formalidad no es esencial para que un estatuto legal empiece a producir efectos, no para que no pueda aplicarse antes de los dos meses de que trata el Art. 52 invocado en la demanda".

"El H. Consejo de Estado, en fallo de fecha 24 de septiembre de 1971, manifestó:

"Y el legislador la ha hecho por medio de los artículos 52 y 53 de la Ley 4a. de 1913, Código de R. P. y Municipal. El primero de esos artículos dice que la ley no obliga sino en virtud de su promulgación y que su observancia principia dos meses después de promulgada, consistiendo la promulgación en insertar la ley en el Diario Oficial. El segundo artículo dice que, cuando la ley fije el día en que deba principiar a regir, o autorice al Gobierno para fijarlo, la ley empezará a regir el día señalado. Para el Consejo de Estado no hay duda acerca de la importancia de la publicación como requisito indispensable para que los ciudadanos puedan ser requeridos a someter su conducta a la norma jurídica y para que la observancia de ésta pueda ser exigida coactivamente y penada su violación. Sin embargo, reconociendo el principio de la ley no obliga sino en virtud de su promulgación, el Consejo de Estado ha sostenido en varias ocasiones que este principio puede tener excepciones. Por otra parte, esta excepción no implica que la promulgación sea innecesaria, solamente significa que la ley puede aplicarse, con la condición expresada, antes de su promulgación y siempre que haya sido sancionada".

"Posteriormente la H. Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Dr. José Gabriel de la Vega, en fallo de septiembre 11 de 1973, manifiestó:

"Una vez promulgada, la ley debe cumplirse. Muchas veces, en la práctica, ello no es dable inmediatamente porque sus disposiciones necesitan el complemento de otras normas, sobre todo ejecutiva, a menudo indispensables. (Art. 120-3 C. N.). De otra parte, si la ley guarda silencio sobre el momento de su vigencia, éste debe ser el de la promulgación, a falta de otra regla. Pero si el mandamiento legislativo prevé que su propia observancia comience antes o después de la publicación, a él hay que atenerse".

"Luego en cuanto a los efectos de la ley procesal y más concretamente en relación con el Decreto Legislativo No. 2821 de 1974, anota esta agencia del ministerio público, que siempre que exista un cambio de leyes de procedimiento, se encuentran situaciones del proceso que venían rigiéndose por leyes anteriores y que van a continuar bajo el imperio de esas mismas leyes, pero en cambio los hechos pendientes y los futuros deben someterse a la nueva ley desde el momento en que ésta empezó a regir, es decir, para el caso en comento a partir del día 20 de diciembre de 1974.

"El Dr. Devis Echandía, sostiene en su obra de Derecho Procesal que:

"Bajo la nueva ley caen, tanto los presupuestos procesales como las reglas sobre competencia y capacidad, las excepciones procesales, los derechos y deberes de las partes, la forma y los efectos de los actos procesales...".

"Por lo tanto, si una nueva ley, cambia los requisitos de toda demanda, se aplica aun cuando el litigio se refiera a hechos acaecidos antes de su vigencia...".

"Es decir, nuestra ley consagra este principio: La ley procesal que debe aplicarse es la vigente en el momento en que el respectivo derecho se ejercita; lo que equivale a decir que se aplica la nueva ley a los hechos ocurridos luego de su vigencia, y que la ley aplicable es la del momento en que se hace valer el derecho en el proceso. Se tiene en cuenta no el momento en que nace el derecho, sino el momento en que se interpone la acción".

"Las consideraciones anteriores son suficientes, para que esta fiscalía solicite al H. Consejo de Estado, reforme la sentencia apelada y en su lugar se declare inhibido para proferir fallo de mérito, por no haberse agotado formalmente la vía gubernativa del pago previo de la nueva liquidación para reclamar (inciso 1o., Art. 24 del Decreto 2821 de 1974)".

SE CONSIDERA:

Doctrinalmente es indiscutible que la ley tiene que ser conocida por aquellos a quienes se dirige, por aquellos que van a estar sujetos a ella. No se concibe que una ley secreta o reservada pueda crear obligaciones para los ciudadanos. De ahí la necesidad de promulgación de la ley, entendida como el conocimiento que de la ley se da por uno u otro medio, de acuerdo con las distintas legislaciones. La necesidad de la promulgación de la ley como requisito indispensable para reconocer su vigencia es doctrina universalmente aceptada.

El asunto no tiene dificultad frente a normas que no expresan el período de vigencia de la ley. En tal evento se aplica directamente el tenor de los artículos 52 de la Ley 4a. de 1913, según el cual la ley empieza a regir dos meses después de su promulgación, en desarrollo precisamente del principio legal y doctrinario que hemos señalado.

Pero qué ocurre cuando en el texto mismo de la ley se indica la fecha de su vigencia y ésta es distinta de la promulgación, incluso puede ser anticipada. En este caso existe el tenor del artículo 53 del Código de Régimen Político y Municipal, según el cual la ley entra a regir el día señalado por el propio tenor legal.

No obstante, precisamente para el caso sub-lite, que tiene hondas incidencias patrimoniales, debe utilizarse como norma de sana hermenéutica jurídica la de que no es posible al ciudadano común exigirle en tal evento que obedezca una norma que no conoce y que no puede conocer porque el Estado no se la ha divulgado. En tales circunstancias debe entenderse que la ley no obliga al administrado sino en virtud de su promulgación. Este es el sentido que debe dársele a la jurisprudencia del Consejo y de la Corte cuando uno y otra sostienen que el principio de la promulgación de la ley como condición para su obligatoriedad, admite como excepción el señalamiento expreso de su vigencia en el propio tenor de la ley, pero debe entenderse que esta vigencia no puede ser antes de su promulgación, especialmente cuando se trata de normas que imponen obligaciones a los administrados.

Para llegar a esta conclusión bastan unas breves reflexiones relacionadas con el sentido y alcance que la norma constitucional le da a la promulgación de la ley. Aunque es cierto que el artículo 81 de la Constitución dice que un proyecto deviene en ley por virtud de la sanción presidencial también es cierto que su obligatoriedad nace de la promulgación. Vale decir, la ley como tal nace a la vida jurídica cuando se cumplen los requisitos del artículo 81 el cual no incluye su promulgación. Pero es evidente que si la ley no ha sido promulgada, vale decir, no ha sido dada a conocer de los ciudadanos, resultaría contrario al Estado de Derecho, basamento de nuestro régimen constitucional, exigirle al ciudadano que no la conoce su observancia, sancionándolo por no acatar normas que hasta ese momento no han sido divulgadas.

Ciertamente ha dicho la Corte que la fecha en que debe comenzar la vigencia de una ley, como principio general, debe ser a partir de su promulgación, sin que la Constitución impida al Congreso señalar otra diferente. (Gaceta Judicial No. 2396, pág. 191). Pero no es lógico extender el alcance de esta capacidad general que tiene el Congreso al punto de cercenar los derechos de defensa del contribuyente exigiéndole el cumplimiento de formalidades administrativas que él no conoce.

En otros términos, aun cuando el artículo 81 de la Carta establece que una ley se convierte en ley por virtud de su sanción, sí encuentra el intérprete cuatro veces el mandato constitucional de que las leyes sean promulgadas. Tal ordenación la hacen los artículos 85, 86 inciso 1o., 89 y 120 numeral 1. ¿Con qué finalidad hace la Constitución tal ordenación varias veces? Porque el constituyente es muy celoso de que el público conozca la norma porque bien dice el

artículo 56 del Código de Régimen Político y Municipal que no es posible alegar la ignorancia de la ley para dejar de cumplirla.

Este contexto jurídico permite darle una interpretación más armoniosa a los artículos 52 y 53 del Código de Régimen Político y Municipal. Dice el primero que la ley rige en virtud de su promulgación pero que su observancia principia dos meses después de promulgada y el segundo indica que la propia ley puede modificar esta regla. Vale decir que existen dos momentos: aquel en que la ley entra a regir y aquel en que se hace obligatoria para el ciudadano. Por regla general estos dos momentos están separados por dos meses. Pero la propia ley puede modificar su vigencia. ¿Cuál vigencia? La de estos dos meses. Lo que no puede es exigir su cumplimiento antes de su promulgación. Tal interpretación es consistente con la doctrina constitucional que atrás se ha transcrito. El Gobierno, en su función de cumplir y hacer cumplir las leyes, tiene la obligación de promulgarlas para que pueda así exigir al ciudadano su estricto cumplimiento, pues a nadie se le puede obligar a que cumpla una ley secreta.

Estas consideraciones adquieren mayor relevancia en el caso sub-lite por dos razones: porque el Decreto 2821 de 1974 es un decreto con fuerza de ley y no una ley stricto-sensu. Si bien el Congreso puede delegar sus funciones en el ejecutivo para que este regle determinadas materias para las cuales le concede facultades precisas, pro-tempore, esta facultad no puede extenderse hasta exigirle a los ciudadanos el cumplimiento de obligaciones que él no conoce. Además tal delegación en el caso de autos no se dio, y es por lo tanto apropiado interpretar y aplicar el Decreto 2821 de 1974 en armonía con la Ley de 1974 por la cual el Congreso otorgó facultades al ejecutivo para expedir un régimen de procedimiento administrativo tributario.

Además, para el caso sub-lite, por tratarse de asuntos tributarios, la vigencia anticipada de una norma de impuestos solo puede operar a favor del contribuyente mas no en su contra. En efecto, el recurso gubernativo de impuestos tenía, bajo el régimen del artículo 33 del Decreto 1651 de 1961, unos requisitos. Estos requisitos se volvieron más exigentes bajo el Decreto 2821 de 1974. Sería injusto rechazar el recurso presentado en un todo de acuerdo con los requisitos de la anterior norma, a un contribuyente que presentó sus peticiones en enero de 1975, antes de insertar en el Diario Oficial el tenor del Decreto 2821 de 1974, pues aun cuando en el artículo 48 de ese estatuto se dice que "este decreto rige a partir de su expedición..." el alcance de tal orden no puede cercenar los derechos de defensa del administrado.

Hay leyes que se refieren a los ciudadanos. Estos solo están obligados a obedecerlas y cumplirlas en virtud de su promulgación pues así como existe el principio universal de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, también se da el correlativo de que la ley debe ser promulgada para poder exigir su cumplimiento, pues en ningún caso podrá exigirseles que acaten una norma odiosa sin que haya sido promulgada.

Este principio, de validez general en el derecho administrativo, es particularmente importante, en el campo del derecho tributario. Principios fundamentales que rigen el contenido y alcance de la tributación someten los impuestos al viejo aforismo nullum tributum sine lege, principio esencial de la

legalidad de los tributos, consagrado de manera expresa en el artículo 43 de la Constitución, que implica señalamiento previo y claro de todos los factores subjetivos, objetivos, temporales y especiales de la relación jurídica que surge de la norma que lo impone. Mal puede hacer la obligación tributaria sin amplio conocimiento y divulgación de la ley que la crea o la impone.

Tan celoso es el constituyente en este punto que dos veces más insiste en él: en el artículo 204 de la Carta ordena a la ley que establezca una contribución indirecta o aumento de impuestos de esta clase que *determine la fecha* en que comenzarán a cobrarse, la cual, se entiende, debe ser después de la promulgación de la ley. También el artículo 205 de la Carta, en relación con las tarifas aduaneras habla de la vigencia de éstas, la cual también se entiende están condicionadas a la promulgación de tales tarifas.

Pero aún más importante es la aplicación de este principio en el conjunto de las reglas que estatuyen el procedimiento tributario, pues ellas tocan con el derecho de defensa del contribuyente frente a la tasación de los tributos. Allí juega además el imperio del artículo 26 de nuestra Constitución Política.

De acuerdo con el dicho, esta Corporación observa que la vigencia y aplicación del Decreto 2821 del diciembre 20 de 1974, en cuanto imponía obligaciones adicionales al administrado, surgió a partir de la promulgación en el Diario Oficial No. 34245 del 29 de enero de 1975. Y debe anotarse que la ley no obliga a los contribuyentes sino en virtud de su promulgación porque mal podría exigirse la aplicación de una norma sin que haya sido conocida por el contribuyente. Ciertamente la ley puede exceptuar en forma expresa el principio general de que ella no obliga sino en virtud de su promulgación. A esta excepción hacen referencia las valiosas citas que incorpora el señor fiscal en su vista. Tal doctrina puede aplicarse sin duda a la administración, que quedará vinculada por una norma legal aún antes de su promulgación si ella ordena su vigencia en tales términos. No obstante, cuando se trata de la aplicación de leyes a los administrados, su vigencia se condiciona a su promulgación aun cuando ella diga que rige desde su expedición.

Para el caso sub-judice el recurso fue interpuesto con el cumplimiento de los requisitos previstos por el artículo 33 del Decreto 1651 de 1961 el 2 de enero de 1975, antes de la vigencia del Decreto 2821 de 1974. Puede bien decirse que la vía gubernativa se agotó en debida forma, hecho que permite a esta Corporación estudiar las súplicas de la demanda. No es correcto exigirle al administrado la presentación de una liquidación especial para reclamar cuando, al interponer el recurso, tal requisito no era exigencia necesaria de la ley vigente.

Cuestión diferente sería el caso de reclamaciones extraordinarias referidas a liquidaciones practicadas antes de la vigencia del Decreto 2821 de 1974 e interpuestas con posterioridad al 29 de enero de 1975, por cuanto para tales recursos sí se exige cumplir con los requisitos en la forma contemplada por el artículo 24 de este decreto.

Por estas razones la Sala se aparta del criterio expuesto tanto por el a-quo como por la Fiscalía 6a. de esta Corporación y se procede al análisis de las peticiones formuladas en la vía gubernativa reiteradas en el libelo. La Sala no cree procedente por economía procesal, y por el natural orden de los procedi-

mientos devolver el expediente a la Sección de Recursos Tributarios, como lo solicita el actor, para que allí se defina la litis.

La petición única hace relación a la sanción agraria de $30.470.oo prevista en el artículo 14 del Decreto 290 de 1957 aplicada por la oficina liquidadora de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá.

Del análisis de los diferentes elementos de juicio que obran en el proceso se observa que los predios que sirvieron de base para la sanción agraria no son aptos para la agricultura por ser terrenos de tipo IV (folio 40 antecedentes administrativos) según explicaciones dadas por el director seccional del Magdalena y el secretario general del Instituto Geográfico Agustín Codazzi y su superficie inferior a 100 hectáreas cada uno.

Como la sanción se establece para predios agrícolas, debe levantarse en el presente caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 0290 de 1957.

La nueva liquidación queda así:

JOAQUIN CAMPO CAMPO

Año gravable 1971

RENTA	BASE	IMPUESTO
La gravada inicialmente	$ 16.474.oo	$ 972
PATRIMONIO		
El gravado inicialmente	$ 299.895.oo	$ 1.599
TOTAL A CARGO:		$ 2.571
Aparece demostrado la cancelación de		$ 2.136
TOTAL POR PAGAR:		$ 435

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado por medio de su Sala Plena de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1o. Revócase la sentencia apelada.

2o. Revísase la operación administrativa por medio de la cual se determinaron los impuestos de renta y complementarios por el año gravable de 1971 a cargo del contribuyente Joaquín Campo Campo compuesta por los siguientes actos administrativos:

a) Liquidación Oficial No. 139765-B del 2 de mayo de 1974;

b) El Auto No. 000927 de junio 7 de 1976;

c) El Auto No. 1302-P de agosto 6 de 1976.

3o. Fíjase en la suma de dos mil quinientos setenta y un pesos ($2.571) M/cte., el impuesto de renta y patrimonio a cargo del contribuyente Joaquín Campo Campo por el año gravable de 1971.

4o. El contribuyente pagará al Tesoro Nacional la suma de cuatrocientos treinta y cinco pesos ($435.oo) M/cte., por concepto de impuestos sobre la renta y patrimonio, más los intereses moratorios a que haya lugar por razón de la diferencia entre el impuesto que se liquida y el que ya había cubierto en el pasado.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al tribunal de origen. Cúmplase

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Samuel Buitrago Hurtado, Presidente; **Aydée Anzola Linares, Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Dangond Flores, Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn, Alvaro Orejuela Gómez**, (Ausente); **Bernardo Ortiz Amaya, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez Velasco, Ignacio Reyes Posada**, (Ausente); **Gustavo Humberto Rodríguez**, (Ausente); **Eduardo Suescún Monroy, Roberto Suárez Franco, Jorge Valencia Arango, Joaquín Vanín Tello**, (Ausente).

Darío Quiñones Pinilla, Secretario.

LUCRO CESANTE Y DAÑO EMERGENTE. Forma de pago. El lucro cesante comprende el valor de las utilidades dejadas de percibir desde la ocurrencia del perjuicio hasta cuando el pago se produzca.

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena. Bogotá, D.E., once de marzo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Carlos Betancur Jaramillo**

Actor: **Ricardo Pinto Montenegro y otros.**

Referencia: Expediente No. 10.751 Indemnizaciones

En escrito de 23 de agosto de 1977 los señores Ricardo Pinto Montenegro e Ilva Goyeneche vda. de Montenegro, quienes actúan, el primero en su propio nombre y la segunda en el suyo en el de sus hijos menores, demandan mediante apoderado idóneo a la Nación para que se declare que ésta es responsable de los daños ocasionados por el derrumbe ocurrido el 23 de julio de 1976 en el sitio denominado "Volcán Blanco" sobre la carretera nacional al llano; y para que,

como consecuencia, se le condene a pagar tanto los perjuicios materiales como morales causados a los damnificados por tales hechos.

Como hechos narran, en síntesis:

1o. Que mediante la Ley 62 de 1944 se ordenó la construcción de la carretera entre el paraje Juntas en el Departamento de Boyacá y Agua Clara en la Intendencia de Casanare.

2o. Que en ejecución de la citada ley el Ministerio de Obras construyó la carretera hasta la población de Santa María (Boyacá).

3o. Que en el sitio conocido con el nombre de "Volcán Blanco", aproximadamente un kilómetro y medio antes de llegar a la mencionada población, desde la iniciación de los trabajos quedó una inmensa carga de rocas sueltas en la parte superior del talud, las que por razón de los elementos naturales se deslizan frecuentemente cubriendo la carretera y el lecho del río Garagoa.

4o. Que algunos de tales derrumbes han sido recordados por los moradores de la región, dadas sus serias consecuencias, tales como los ocurridos en 1964 y 1972, quedando por aquella época aislada la población.

5o. Que el día 23 de julio de 1976 a las 9 de la mañana se presentó un derrumbe de grandes proporciones en el preciso instante en que pasaba por allí el bus No. 19 de "la Flota Valle de Tenza S.A." distinguido con las Placas XX-0126; cuando hacía el recorrido, con pasajeros, entre Villa Nueva y Tunja.

6o. Que aunque el peligro del derrumbe era inminente no era previsible en ese momento, ya que no se insinuaba movimiento alguno de piedras ni existía ninguna señal de peligro que así lo hiciera pensar, fuera de que no se podía eludir su paso porque era la única vía posible.

7o. Que en ese accidente murieron algunos pasajeros del bus, entre ellos el señor Vidal Montenegro Pinto, cónyuge de la señora Ilva Goyeneche vda. de Montenegro y padre legítimo de los menores demandantes.

8o. Que el señor Vidal Montenegro había contraído matrimonio con la señora Goyeneche el 5 de febrero de 1967 y que dentro de ese matrimonio nacieron María Nélida y Yazmín Montenegro G. y fue legitimada Jacqueline.

9o. Que a su muerte, el conductor tenía 38 años y medio y su cónyuge 32 años y dos meses.

10o. Que el señor Vidal Montenegro con el producto de su trabajo como conductor atendía en un todo y por todo el sostenimiento de su familia, ya que ésta no contaba con otros ingresos.

11o. Que con el deceso de Vidal Montenegro la familia quedó sin respaldo material y moral.

12o. Que el señor Vidal Montenegro tenía como profesión la de conductor de automotores y desde hacia varios años conducía el bus accidentado, por lo cual percibía un sueldo básico de $1.700.oo mensuales y un sobre-sueldo por pasajeros no tiqueteados o "ambulancia", oscilante entre $5.000.oo y $8.000.oo mensuales.

13o. Que el señor Ricardo Pinto Montenegro adquirió el bus accidentado en 1973 (identificado como se narra en el hecho 14 del libelo) el que estaba afiliado a la empresa "Flota Valle de Tenza S.A.", bajo el No. 19.

14o. Que el vehículo quedó totalmente destrozado y es imposible técnicamente su reconstrucción.

15o. Que a instancias del propietario del bus el juzgado 9o. Civil del Circuito practicó una diligencia de inspección judicial con citación del señor Fiscal de dicho Juzgado y con intervención de peritos, el 18 de diciembre de 1976. Durante esa diligencia los expertos fijaron al vehículo, con base en documentos y testigos un valor de $510.000.oo antes del accidente y de $40.000.oo a sus restos.

16o. Que la diferencia entre los dos avalúos constituye daño emergente, quedando como lucro cesante la utilidad dejada de percibir por el propietario entre la fecha del accidente y su concreción y pago.

17o. Que la construcción de la carretera Juntas-Agua Clara fue emprendida por la Nación en cumplimiento de la Ley 52 de 1944; circunstancia que le impone al Estado la obligación de atender a su mantenimiento, conservación y señalización.

18o. Que a pesar de las condiciones geológicas del talud, a los continuos desprendimientos de piedra y de los reclamos de los moradores de la región, el Ministerio apenas se ha venido limitando a remover los eventuales obstáculos, sin tomar ninguna medida de precaución y prevención.

19o. Que con el fin de establecer las condiciones de la vía y de su estado en el sitio del derrumbe, se practicó una inspección judicial anticipada durante los días 22 de octubre y 4 de noviembre de 1976 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Santa María. Allí se recibieron testimonios y se dejaron algunas constancias sobre la situación real de la zona.

20o. Que inicialmente intervino Interconexión Eléctrica S.A. pero luego hubo de descartarse esa entidad como presunta responsable.

21o. Que, en conclusión, la Nación-Ministerio de Obras Públicas y Transportes por negligencia u omisión en el mantenimiento y conservación de la aludida carretera y por falta de señalización adecuada, fue única responsable de la tragedia atrás narrada.

De folios 85 a 86 se fundamentan jurídicamente las pretensiones. Se hace este análisis en torno a los artículos 16, 20, 30 y 32 de la Constitución Nacional y 2341 del C. Civil. En el concepto de la violación se recuerdan las obligaciones que el Estado tiene en la prestación del servicio de vías públicas y se insiste en las fallas del servicio causantes de la tragedia.

Tramitado lo de rigor, es oportuno entrar a decidir, para ello,

SE CONSIDERA:

Para el señor agente del Ministerio Público las pretensiones de la demanda merecen ser acogidas en su integridad. Luego de historiar el asunto en todos

sus detalles y acoger las reflexiones fundamentales de la demanda el señor Fiscal colaborador escribió:

"Acreditado está que el mantenimiento de la carretera en donde se ocasionó el accidente de que trata el presente proceso, correspondía en ese momento al Ministerio de Obras Públicas y Transporte (fl. 13). Inclusive se certifica por el mismo Ministerio que por la época del 23 de julio de 1976, el Distrito no tenía vigente contrato alguno para la conservación del sector comprendido entre la Presa de Chivor y la población de Santa María.

"Hay abundante prueba documental y testimonial con la cual se acredita la ocurrencia del accidente, la caída de piedra sobre la carretera que atrapó el bus que transitaba por la misma, así como la muerte del conductor señor Vidal Montenegro Pinto. Es decir, que se acreditó un daño o perjuicio y que éste se produjo a consecuencia del mal estado de la carretera, que, como se vio, está a cargo del Estado. Y como no se demostró en el proceso ninguna causal exonerativa de la responsabilidad, como la fuerza mayor, el caso fortuito o la culpa exclusiva de la víctima, debe concluirse que las súplicas de la demanda le deben prosperar al actor, al haber acreditado todos y cada uno de los elementos indispensables para el éxito de la pretensión que invoca.

"El señor demandante, Ricardo Pinto Montenegro, demostró satisfactoriamente que era propietario del bus destrozado como consecuencia del accidente, lo que indica que al perderlo casi en su totalidad, el Estado le debe indemnizar su valor, descontando la suma en que se valoró los restos del vehículo que se pudo recuperar, según las pruebas del proceso. Esto como daño emergente. Como lucro cesante, la suma que se ha acreditado producía el automotor mensualmente.

"Por su parte la señora Ilva Goyeneche vda. de Montenegro, también demostró con las partidas de origen civil, que era la esposa legítima del conductor del bus, Vidal Montenegro Pinto y que en su matrimonio nacieron María Nélida y Yazmín Montenegro Goyeneche, y antes del matrimonio Jacqueline.

"Para efectos de establecer el monto de los perjuicios se hizo practicar dictamen pericial, el cual aparece debidamente fundamentado, explicado y acorde con las demás pruebas arrimadas al proceso.

"En fin, en criterio de la Fiscalía las súplicas contenidas en el libelo demandador le deben prosperar a la parte demandante".

La Sala comparte las apreciaciones del señor Fiscal colaborador porque:

a) Se acreditó que el mantenimiento de la vía en la que se produjo el accidente estaba a cargo en ese entonces del Ministerio de Obras; a este respecto merece toda credibilidad el certificado que obra a folios 13 del C. No. 1, en el cual se afirma que la carretera Juntas-Agua Clara es nacional (Ley 62 de 1944); que esa vía es la misma que une a las poblaciones de Guateque y Santa María en el Departamento de Boyacá; y que por la época del accidente (23 de julio de 1976) el distrito de carreteras no tenía celebrado contrato para el mantenimiento de la mencionada vía.

Lo precedente está corroborado con la prueba testimonial que opera de folios 22 a 25 del C. No. 2 en la cual se insiste que en el lugar de la tragedia no existían señales de peligro, pese a los continuos derrumbes que en el sector se presentaban. Esos mismos testigos confirman la falta de sostenimiento de la vía. Estas pruebas muestran que el accidente se produjo por dichas fallas y por falta de una adecuada señalización en una vía que estaba a cargo de la Nación.

Por lo demás, tampoco se demostró en el proceso causal exonerativa de responsabilidad. La conducta probatoria de la entidad demandada fue absolutamente pasiva.

b) Se demostró en forma plena que el vehículo automotor detallado en el libelo y que estaba afiliado a la Flota Valle de Tenza, fue destruido en su totalidad y que su conductor Vidal Montenegro P. pereció. Estos extremos se desprenden de la prueba testimonial que obra a folios 22 y siguientes del cuaderno No. 2. Así, son contestes a ese respecto Luis Eduardo Salas B. (22), Alvaro Rubiano (23 vuelto), José Onofre Rincón (24 vuelto) y Uriel Ruiz (25). Todos coinciden no sólo en la destrucción del vehículo sino en la muerte de Vidal. Los 2 primeros vieron el cadáver y supieron del hecho porque eran compañeros de actividad. Obra a folios 4 del C. No. 1 la partida de defunción correspondiente en la que se lee como causa de la muerte apricionanmiento (sic) por derrumbe".

c) Se demostró plenamente que el señor Ricardo Pinto Montenegro era propietario del bus destruido, el cual quedó en condiciones de no ser reparado. Existe certificación a folios 12 vuelto y ss. del C. No. 1 que acredita esa titularidad en cabeza del demandante. Este documento público no tachado de falso merece plena credibilidad. Del estado en que quedó el vehículo hablan los testigos mencionados atrás. Todos ellos lo conocían antes del accidente y lo vieron, unos en el lugar del derrumbe y otros, en el taller de esta capital, vuelto chatarra. Se probó también que el señor Vidal Montenego, conductor fallecido, estaba casado en legítimas nupcias con la señora Ilva Goyeneche en ceremonia celebrada el 5 de febrero de 1967 (ver partida notarial a folio 7 del cuaderno principal). También está demostrado que de esa unión nacieron: Jacqueline el 25 de octubre de 1966, legitimada por el matrimonio posterior de sus padres (a folios 9), María Nélida, el 9 de enero de 1968 (a folios 10) Yazmín el 17 de febrero de 1972 (fl. 11).

Igualmente se estableció que tanto la cónyuge sobreviviente como sus hijos dependían económicamente, en un todo y por todo, del fallecido Vidal Montenegro (ver testimonio de los señores Benedicto López, Sabulón Vera M., Benigno Sánchez y Efraín Gamboa a folios 27 y siguientes del C. No. 2).

Lo precedente muestra que tanto el dueño del vehículo como los familiares del conductor muerto, resultaron seriamente damnificados. Aquél por la destrucción del bus y por concepto de perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) y estos por daños de esta índole y por morales subjetivos.

PERJUICIOS SUFRIDOS POR EL SEÑOR RICARDO PINTO MONTENEGRO

De acuerdo con las voces de la demanda, la indemnización comprende el pago del valor del bus antes del accidente, "descontando el valor de los restos

salvados" (daño emergente); "más el valor de las utilidades dejadas de percibir desde el 23 de julio de 1976 hasta cuando el pago se produzca".

Este es concretamente el petitum y de éste no puede salirse la Sala, por cuanto sería el fallo ultra petita. Se hace esta afirmación para rechazar la actualización que presentan los peritos.

En estas condiciones el daño emergente será el valor que tenía el vehículo a la fecha del accidente, menos el valor de la chatarra que logró salvarse. Estos dos extremos valen, según la prueba testimonial, la que es conteste a este respecto $518.000.oo y $40.000.oo respectivamente. Hecha la deducción pedida por el actor resulta la cifra de $470.000.oo como justiprecio del daño emergente. Estos valores nacen de comparar los estimativos hechos por los testigos Salas B., Rubiano, Rincón y Ruiz, todos ellos conocedores del ramo de los transportes.

El lucro cesante, dado el dictamen pericial (a fl. 102 y siguientes del C. No. 2) y las otras pruebas que obran dentro del proceso, aparece configurado por lo que dejó de percibir el propietario mensualmente desde la fecha del accidente.

Para la Sala la apreciación pericial sobre el promedio mensual libre que dejó de percibir el propietario del bus en $22.764. merece aceptación, ya que coincide en lo sustancial con los datos dados por testigos y extractados de las planillas de control suministradas por la Flota Valle de Tenza.

Vistos los meses que van corridos del 23 de julio de 1976 al 1o. de marzo del presente año (fecha de aprobación de la ponencia en esta Sala Plena) la condena por este concepto sumará $1'821.120.oo (80 meses × 22.764).

Aquí tampoco se hace la actualización propuesta por los peritos porque la parte actora no la solicitó.

PERJUICIOS SUFRIDOS POR LA FAMILIA MONTENEGRO GOYENECHE

Para concretar este extremo cabe hacer las siguientes reflexiones previas.

Fueron bien establecidos los siguientes hechos:

a) Que el señor Vidal Montenegro falleció el 23 de julio de 1976, a la edad de 39 años y medio. Había nacido, según partida notarial que obra a folios 3 del C. No. 1, el 30 de diciembre de 1937.

b) Que dejó cónyuge sobreviviente, señora Ilva Goyeneche de Montenegro, nacida el 29 de mayo de 1944 y tres hijas: Jacqueline, Nélida y Jazmín (a fls. 7, 8, 9, 10 y 11 del C. No. 1).

c) Que las citadas personas dependían económicamente del señor Vidal Montenegro (a fls. 27 y ss. C. No. 2).

d) Que este mismo señor tenía un ingreso mensual promedio de $8.700.oo; discriminados así: $1.700.oo como sueldo básico mensual y $7.000.oo como "ambulancia". Sobre esta forma de remuneración hablan los testigos, la empresa de buses y los peritos. Aunque hacen referencia a unas cifras superiores, se toma la de $7.000.oo (233.33 diarios) por ser ésta la que corresponde a lo que

le quedaba líquido al conductor luego de sacar los gastos menores que se había comprometido a hacer (aceite, montaje de llantas, ayudante, peajes, comida del ayudante, etc., etc.) (fls. 22 y ss. C. No. 2).

De esos $8.700.oo se presume que el señor Vidal gastaba un 25% en su propio mantenimiento ($2.175.oo) y el resto ($6.525.oo) lo gastaba en el de su familia. Estos porcentaje ya son una línea jurisprudencial definida.

También ha dicho la jurisprudencia de la Corporación que del porcentaje familiar el 50% corresponde al cónyuge sobreviviente, lo que da una cifra de $3.262.50 y el resto por partes iguales para cada uno de los hijos, tres en total, o sea $1.087.50.

Dadas las edades de la cónyuge señora Goyeneche de Montenegro y la de su marido, (aquélla menor que éste) se presume que el señor Montenegro la iba a mantener durante su vida y no durante la de su cónyuge por ser ésta menor. Además, también todo da pie para pensar que sostendría a sus hijas hasta la mayoridad (18 años según la Ley 27 de 1977).

Con estas bases y dados los períodos indemnizatorios que se han venido reconociendo en casos similares: vencido o consolidado, desde la ocurrencia del hecho a la fecha posible de la sentencia; y futuro desde ésta hasta la vida probable del señor Vidal (para la cónyuge) o hasta la mayor edad de los hijos, resulta:

INDEMNIZACION VENCIDA (IV)

La familia Montenegro Goyeneche durante el primer período (23 de julio de 1976 al 1o. de marzo de 1983) dejó de percibir en conjunto $1'148.033.10, según la fórmula utilizada para este efecto: IV = Fxr.

F = Factor

R = Renta mensual

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

i = 24% (1.8 mensual)

n = 80 meses

r = $6.525.oo

$$F = \frac{(1 + 0.018)^{80-1}}{0.018} = 175.943.78 \times 6.525 = 1'148.033.10$$

De acuerdo con la proporción acordada el 50% corresponde a la señora Ilva Goyeneche de Montenegro, o sea $574.016.57 y para cada una de las hijas, la tercera parte del resto o sea $191.338.86.

INDEMNIZACION FUTURA

1o. *Ilva Goyeneche de Montenegro.*

(Factor por renta promedio R)

Renta promedio anual = $\frac{IV}{n}$ $7.175.20 × 12 = $86.102.48

Período: Del 1o. de marzo de 1983 al año 2.013 (vida probable del cónyuge fallecido):

$$F = \frac{(1 + i)^{n-1}}{i\ (1 + i)^{n}} = \frac{(1 + 0.05)^{30-1}}{0.05\ (1 + 0.05)^{30}} = 15.372.451$$

i = 6%

n = 33

F × R anual = 15.372.451 × $86.102.48 = $1'323.606.20.

2o. *Jacqueline Montenegro Goyeneche*

Período: 1o. de marzo de 1983 al 25 de octubre de 1984.

n = 1.7

RPA = 2391.73 × 12 = 28.700.82

Fórmula del factor similar a la de su madre con potencia 1.7 o sea $1.591.193.33.

In F = 1.591.193.33 × 28.700.82 = $45.689.80.

3o. *María Nélida Montenegro Goyeneche*

Período: 1o. de marzo de 1983 a enero de 1986 = 2.10.

Fórmula similar con potencia 2.10.

In F = F × R = 1.9477039 × 28.700.82 = $55.900.70.

4. *Jazmín Montenegro Goyeneche*

Período: 1o. de marzo de 1983 a febrero de 1990 = 7.

Fórmula similar con potencia 7.

Ind. futura = F × R

F = 5.7863732

Ind. F = 5.7865732 × 28.700.82 = $166.073.65.

PERJUICIOS MORALES

El parentesco en el grado mencionado es suficiente para la condena de los perjuicios morales. Estos, siguiendo la actualización acordada jurispruden-

cialmente, se tasarán según el valor de 1.000 gramos oro a la fecha de esta decisión, para la viuda, señora Goyeneche de Montenegro y de a 500 para cada una de las hijas.

Esta equivalencia se hace por cuanto a la fecha de la expedición del artículo 95 del C. Penal $2.000.oo equivalían a la mencionada cantidad en oro. Aunque no existe la prueba de este valor en el expediente, el que deberá ser certificado por el Banco de la República, la condena se hará en la forma indicada, la que será fácilmente determinable, según el valor del oro a la fecha de esta decisión.

Por lo expuesto y de acuerdo con el señor Fiscal colaborador, el Consejo de Estado, Sala Plena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. Declárase a la Nación Colombiana (Ministerio de Obras Públicas) responsable patrimonialmente de los perjuicios sufridos por las siguientes personas: Ricardo Pinto Montenegro, Ilva Goyeneche de Montenegro y sus hijos menores Jacqueline, María Nélida y Yazmín Montenegro Goyeneche, con motivo de los hechos narrados en la demanda.

2. En consecuencia, se condena a la citada entidad a pagar por concepto de perjuicios materiales:

a) Al señor Ricardo Pinto Montenegro la suma de cuatrocientos setenta mil pesos moneda legal ($470.000.oo) como daño emergente y un millón ochocientos veintiún mil ciento veinte pesos moneda legal ($1'821.120.oo) como lucro cesante.

b) A la señora Ilva Goyenche de Montenegro la suma de un millón ochocientos noventa y siete mil seiscientos veintidós pesos con cincuenta centavos moneda legal ($1'897.622.50).

c) A Jacqueline Montenegro Goyeneche la suma de doscientos treinta y siete mil veintiocho pesos con sesenta y seis centavos moneda legal ($237.028.66).

d) A María Nélida Montenegro Goyeneche la suma de doscientos cuarenta y siete mil doscientos treinta y nueve pesos con cincuenta y seis centavos ($247.239.56).

e) A Yazmín Montenegro Goyeneche la suma de trescientos cincuenta y siete mil cuatrocientos doce pesos con cincuenta y un centavos moneda corriente ($357.412.51).

3o. Igualmente y por concepto de perjuicios morales se fijan los siguientes valores: el equivalente de 1.000 gramos oro para la viuda, señora Ilva Goyeneche de Montenegro; y 500 gramos oro para cada una de las hijas mencionadas en los literales c), d) y e), del ordinal precedente. Para la determinación de esta equivalencia se tendrá en cuenta la certificación del Banco de la República a la fecha de este fallo.

4o. La Nación pagará dentro de los términos del artículo 121 del C.C.A. Si así no lo hiciere, reconocerá intereses a la tasa del 24% anual.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día primero (1o.) de marzo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Samuel Buitrago Hurtado, Carlos Betancur Jaramillo, Aydée Anzola Linares, (ausente); **Jorge Dangond Flores,** (con salvamento); **Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn, Bernardo Ortiz Amaya, Alvaro Orejuela Gómez, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez V., Gustavo Humberto Rodríguez, Ignacio Reyes Posada, Roberto Suárez Franco,** (ausente); **Eduardo Suescún Monroy, Joaquín Vanín Tello, Jorge Valencia Arango,** (con salvamento).

Darío Quiñones Pinilla, Secretario.

LUCRO CESANTE. Forma de pago en el evento en que se haya recuperado el bien perdido.

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Actor: **Ricardo Pinto Montenegro y otros**

Referencia: Expediente 10.751

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS DOCTORES JORGE VALENCIA ARANGO Y JORGE DANGOND FLORES

Nos apartamos de la sentencia anterior por las razones que sintetizamos así:

a. La responsabilidad extracontractual del Estado, desarrollo del Artículo 16 de la Constitución Política, requiere, conforme a la doctrina y reiterada jurisprudencia de esta Corporación, la demostración de los siguientes hechos:

1. La falla o falta del servicio o de la Administración;

2. El daño; y

3. La relación de causalidad entre la falla o falta y el daño.

b. Lo anterior indica que puede haber falta o falla y no existir indemnización de perjuicios, por falta de prueba del daño o por falta de causalidad eficiente entre la falla y el daño.

Pero, aún demostrados los tres elementos, puede no existir la obligación de indemnizar la totalidad del daño sufrido, por no existir la relación de causalidad total entre la falla y la totalidad del daño afirmado.

c. Y como la carga de la prueba corresponde al actor (actor onus probandium), éste debe acreditar los tres elementos so pena de fracasar en su pretensión.

Así, si solo prueba la relación de causalidad entre la falla y parte del daño, únicamente podrá reconocerse la indemnización parcial.

d. En el asunto *sub-judice*, probada la falla del servicio y la pérdida del bus, con relación de causalidad eficiente entre los mismos, procede el reconocimiento del daño emergente o sea el valor comercial del bus.

e. Pero frente al lucro cesante, la situación es distinta: se observa causalidad eficiente entre la falla y el daño, por la falta del producido diario o nominal del bus por todo el tiempo prudencialmente necesario para adquirir en el mercado un nuevo automotor, adaptar la carrocería y hacer los trámites oficiales para la iniciación del servicio de transporte, es decir, 2 ó 3 meses aproximadamente. De ahí en adelante el lucro cesante debe estar representado por el interés comercial corriente del capital invertido en el nuevo bus.

f. Lo anterior, a menos que el actor hubiera acreditado: 1) que no existía en el mercado el automotor de iguales o similares características y que no era posible su importación legal; 2) que carecía de capital y de capacidad de crédito para adquirirlo. Con la prueba de cualquiera de las circunstancias anteriores, se acreditaría la relación de causalidad entre la falla del servicio y el lucro cesante hasta el día del pago del daño emergente.

g. Sin la prueba anterior, la prolongación de la ausencia de productos del bus solo reconoce como causa la negligencia del propietario del autobús accidentado;

h. Y es que conforme a la doctrina más respetable, no es posible proteger la conducta negligente de la víctima que no agota los recursos para disminuir o hacer cesar las consecuencias de su desgracia, convencida de que todo lo pagará el responsable del insuceso.

i. Tampoco resulta conforme a la ética jurídica el permitir que con la descuidada aplicación de los principios jurídicos, la desgracia se convierta en fuente de riqueza y la indemnización de perjuicios deje su naturaleza compensatoria para convertirse en fuente de enriquecimiento ilícito.

j. Piénsese que si el propietario es solvente y en 90 días repone el bus, solo se le debe la renta de tal capital, los intereses comerciales, so pena de que resulte, gracias al insuceso, con dos buses en plena producción: el que imaginariamente sigue trabajando para efectos de liquidar el perjuicio a cargo del causante del accidente y el que realmente puso en funcionamiento el mismo propietario.

Jorge Valencia Arango, Jorge Dangond Flores.

Bogotá, D.E. Marzo 14 de 1983.

LAUDOS ARBITRALES. COMPETENCIA para conocer de los recursos de anulación de Laudos Arbitrales proferidos para dirimir controversias presentadas en Contratos Administrativos. El conflicto de competencia positiva y el de competencia negativa. Existen y están regulados por el art. 39 del Decreto-ley 528 de 1964. Recurso de Anulación. Competencia para conocer de él. Existe el recurso de anulación contra los Laudos Arbitrales en controversias Contractuales Administrativas y la competencia corresponde a la jurisdicción Contencioso Administrativa concretamente al Consejo de Estado. Cláusula General de Competencia. (Art. 51 C.C.A.).

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D.E., tres de junio de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Samuel Buitrago Hurtado**

Actor: **Fondo Vial Nacional**

Referencia: Expediente No. 10.914

Cambio de Jurisprudencia

Por haber sido negado el proyecto presentado a la consideración de la Sala por el H. Consejero Doctor Carlos Betancur Jaramillo, ha correspondido al suscrito Consejero redactar el proyecto que refleje el criterio de la mayoría sobre el tema que se sometió a discusión.

ANTECEDENTES DEL NEGOCIO

Mediante apoderado judicial, el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, quien es el representante legal del Fondo Vial Nacional, ha pedido se provoque colisión positiva de competencia al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con relación al conocimiento y fallo del recurso de anulación del laudo proferido el día 4 de noviembre de 1981, por el Tribunal de Arbitramento que dirigió la controversia suscitada entre la sociedad Atuesta Guarín & Pombo Ltda. por una parte, y en el Fondo Vial Nacional, por la otra, por causa del contrato número 448-77 firmado entre dichas partes.

Dice el memorialista que su solicitud ha sido motivada por las consideraciones que a continuación se expresan:

"Primera:

"De acuerdo con las normas contenidas en los artículos 20 y siguientes del Decreto-ley 528 de 1964 corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, conocer de *todas* las controversias en las cuales sea parte la Administración, con excepción de los casos contemplados en los ordinales 2o. y 3o. del artículo 73 de la Ley 167 de 1941.

"Segunda:

"El premencionado Decreto-ley 528 de 1964 derogó expresamente la prohibición que el Ordinal 1o. del Artículo 73 citado establecía, en cuanto al

conocimiento de la controversia referentes a contratos de derecho público de la Administración, por parte del Contencioso Administrativo.

"Tercera:

"Según el artículo 30o. del Decreto-ley 528 de 1964, al Consejo de Estado corresponde decidir en única instancia:

"a) De las controversias relativas a contratos administrativos celebrados por la nación o por un establecimiento público descentralizado del orden nacional, cuando su cuantía sea o exceda de cien mil pesos" (hoy de trescientos mil pesos de acuerdo con la ley 22 de 1977).

"Cuarta:

"El artículo 51 del Código de lo Contencioso Administrativo establece, en favor del Consejo de Estado, una cláusula general de competencia, al disponer que "Toda contención administrativa para la cual no se hubiere señalado regla particular de competencia en los artículos anteriores o en el título siguiente, o en la ley especial, será decidido por el Consejo de Estado en una sola instancia".

"Quinta:

"Para que el recurso de anulación de los laudos estuviera exceptuado de tal regla general de competencia del Consejo de Estado, hubiese sido necesario que el Artículo 66 del Decreto-ley 150 de 1976, u otra disposición, hubiera dado competencia especial a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial sobre este particular, ya que el Código de Procedimiento Civil reglamenta el procedimiento pero en materias o controversias de derecho privado y, de acuerdo con el artículo 141 de la Constitución Nacional, "al Consejo de Estado le corresponde desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo conforme a las normas que señale la ley".

"Sexta:

"Por causa de que la ley hubiese permitido que se pactara la cláusula compromisoria (Artículo 66 del Decreto 150 de 1976) y que, consecuencialmente, los Tribunales de Arbitramento hubiesen sido habilitados para *pronunciarse específicamente sobre controversias relativas a contratos administrativos*, no quiso, en forma alguna, tal concesión, privar al Consejo de Estado de actuar en la calidad ya indicada y, por ello, el recurso de anulación de un laudo de dichos tribunales de arbitramento corresponde, en armonía con lo previsto en la Constitución y en el citado artículo 51 del Código Contencioso Administrativo, al H. Consejo de Estado por conducto de su Sección Tercera.

"Séptima:

"Se debe concluir de la relación precedente, que existe una contención administrativa para lo cual *no se ha señalado regla excepcional y ni siquiera variable*, de competencia para conocer del recurso de anulación de un laudo pronunciado sobre diferencias surgidas de un contrato administrativo entre un establecimiento público nacional, el Fondo Vial Nacional y la Sociedad Atuesta, Guarín y Pombo Ltda.

"Octava:

"El Código de Procedimiento Civil no es aplicable a las contenciones de Orden Administrativo y excepcionalmente, solo puede hacerse extensivo a las controversias en las cuales se discutan asuntos de mero derecho privado, entre los particulares y la Administración, pues el fondo del problema determina exactamente la competencia.

"Novena:

"El caso en cuestión es de derecho público, pues se trata de una controversia sobre un contrato administrativo, de manera que, no debe aceptarse la contención por el juez de derecho privado, el de los particulares, el Juez Civil, sino que ha de ser resuelto, tal problema, por el Juez de lo Contencioso Administrativo, sin duda alguna: el Consejo de Estado.

"Décima:

"El conocimiento del recurso de anulación de un laudo arbitral por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial debe entenderse, en su recto sentido, referido al conocimiento de controversias nacidas del contrato de derecho privado entre particulares, o, entre éstos y la administración, pero *no respecto de laudos arbitrales pronunciado en materia contractual administrativa*, pues se desconocería así la unidad de jurisdicción que quiere que el Juez de derecho público sea competente para resolver litigios de derecho público y que el Juez de derecho privado sea el competente para resolver cuestiones de derecho privado.

"Undécima:

"Así lo han entendido, tanto el Tribunal de Distrito Judicial de Medellín, como el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Antioquia, al decidir aquél, y aceptar éste, en el caso de Construcciones HH. Ltda.", contra el Departamento de Antioquia, que la competencia para conocer tal recurso de nulidad de Laudo competía al Honorable Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

"Se trata de un contrato del *departamento* de Antioquia con la sociedad mencionada y, en tal virtud, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Antioquia avocó el conocimiento. En el caso que se estudia se trata de un contrato entre una sociedad y una entidad de derecho público de carácter *nacional*, como lo es el Fondo Nacional por lo tanto la competencia, sin lugar a dudas, corresponde al H. Consejo de Estado".

CONSIDERACIONES:

En el curso del debate adelantado en torno a *la competencia para conocer de los recursos de anulación de Laudos Arbitrales proferidos para dirimir controversias presentadas en contratos administrativos:* una del Dr. Carlos Betancur Jaramillo, y otra del Dr. Jorge Valencia Arango que, por haber contado con la mayoría de los votos es la que sirve de fundamento en sus aspectos esenciales, para la decisión acerca de la colisión positiva de competencia que se provoca a la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito

Judicial de Bogotá. Por ello, como motivación de la presente providencia, se transcribe en lo pertinente lo allí expresado por el Dr. Valencia Arango:

"II. EL CONFLICTO DE COMPETENCIA POSITIVA:

"a) El artículo 68 del Acto Legislativo No. 1 de 1945, autorizó al legislador para crear el *"Tribunal de Conflictos" encargado de dirimir "los Conflictos de competencia entre la jurisdicción común y la administrativa".*

"b) En desarrollo de tal mandato constitucional, el Decreto-ley 528 de 1964, creó tal Tribunal por sus artículos 33 y ss. y entre sus funciones, dispuso en su artículo 38,

" ....."

"1o. *Dirimir los conflictos de competencia que se suscitan entre la jurisdicción común y la jurisdicción contencioso-administrativa".*

"c) Los artículos 39 y 40 del mismo estatuto, prescriben:

"Art. 39. *Entre la jurisdicción común y la jurisdicción contencioso-administrativa las competencias no se suscitan de oficio, sino a instancia de parte, y pueden promoverse ante el juez o tribunal que esté conociendo del asunto, o ante el que a juicio del peticionario sea el competente.*

"Art. 40. Son aplicables a los casos previstos en el artículo anterior los artículos 416, 418, 419 y 420 del Código de Procedimiento Civil..."

"d) El Art. 73 del Acto Legislativo número 1 de 1968, cambió, el nombre de *"Tribunal de Conflictos"*, por el de *"Tribunal Disciplinario"* y adicionó sus funciones con las de fallar sobre faltas disciplinarias de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado.

"e) Como el constituyente de 1945, el de 1968, dejó al legislador determinar su composición y señalar *"las demás funciones".*

"Pero, como se ve, no introdujo norma alguna contraria al artículo 39 del Decreto-ley 528 de 1964.

"f) En cumplimiento del anterior mandato constitucional, la Ley 20 de 1972 organizó el Tribunal Disciplinario, sin que tuviera que proveer sobre extinción del Tribunal de Conflictos que nunca fue establecido.

"En su artículo 7o., ordinal 3o., entre sus funciones, repite la de *"dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones"*, en lo que rebasa, a simple vista, el mandato constitucional que lo limitaba a dos jurisdicciones: la común y la administrativa.

" ....."

"g) Estas son las normas hoy vigentes, por las siguientes razones:

"1. Porque la reforma constitucional de 1979, fue declarada inexequible por la Corte Suprema de Justicia. Por lo tanto, el Acto Legislativo No. 1 de 1979, que creó, por su artículo 44, el Consejo Superior de la Judicatura y el 61

del mismo Acto que sustituyó el art. 217 de la Constitución, al ser declarados inexequibles, dejaron de tener vigencia o existencia.

"Por lo demás, en relación con los conflictos de competencia entre las jurisdicciones, simplemente por el ordinal 7o. de tal artículo 61, se amplió la competencia para dirimir los conflictos *"entre las distintas jurisdicciones"*, contrario al artículo 73 del Acto Legislativo No. 1 de 1968, hoy vigente, que la limita a los conflictos entre la jurisdicción común y la administrativa.

"De suerte, que aun durante la vigencia de la reforma de 1979 el artículo 49 del Decreto-ley 528, mantuvo todo su imperio, a falta de regla constitucional o legal contraria o distinta.

"2. Porque los Decretos-leyes 3266 de 1979 y 1064 de 1980, dictados en desarrollo de facultades transitorias conferidas por el literal b) del artículo 63 del Acto Legislativo No. 1 de 1979, por una parte, no contienen norma distinta o contraria al artículo 39 comentado y, por otra, como *efectos legislativos* de la reforma constitucional *"declarada inexequible"*, quedaron afectados por la misma *declaración*, y tanto valen como si nunca se hubieran dictado.

"En efecto, la declaración de inexequibilidad, no puede confundirse con la *"derogatoria"*, que es una facultad exclusiva del legislador (art. 76 de la Constitución) inseparable de la de "sustituir o subrogar" que nunca tiene el juez y que, configura la potestad de dictar actos reglamentarios de contenido general como son las leyes, lo que tampoco puede hacer el juez.

"Por tanto, tales decretos constitucionales, desaparecieron por la inexequibilidad de su causa, que implica la declaración de inexistencia, por lo mismo, la derogatoria que en ellos se hizo de la legislación anterior, ha de tenerse por no hecha, por no existente, *"ab-initio"*; desaparecida la causa, desaparecido el efecto; inexistente la causa, inexistente el efecto.

"No puede, pues, confundirse la declaratoria de inexequibilidad con la derogatoria, ni con la expresa, ni con la tácita, ni con la desconstitucionalización de las leyes.

"3. Por lo demás, solo el artículo 18 del Decreto-ley 3266 de 1979, se refiere a los Conflictos de Competencia, para sustituir tácitamente, el artículo 40 del Decreto-ley 528 de 1964, al hacer aplicables a tales conflictos las normas de los Códigos de Procedimiento Civil y Penal, según la naturaleza del proceso en que surja el conflicto, pero nada dispone sobre la materia regulada por el artículo 39 comentado.

"4. En conclusión: sí existe el conflicto de *"competencia positiva"* y el de *"competencia negativa"*, regulados por el art. 39 del Decreto-ley 528 de 1964, cuando se trata de *"conflictos externos"*, es decir, entre jurisdicciones, o mejor, verdaderos *"conflictos de jurisdicción"* y no de competencia y que, vale decir, no pueden confundirse con los *"conflictos internos"*, que sí son de competencia, dentro de la misma jurisdicción, derivados del factor territorial, del funcional o de los fueros y que es el regulado por los artículos 140 y ss. del C. de P.C..

"5. No es cierto, entonces, que la Sala haya recurrido a la aplicación de normas del C. de P.P., ciertamente invocadas por el señor apoderado del

Fondo Vial Nacional. Mas, como el principio "*...jura novit curia*", obliga al oficio a decidir, conforme a las leyes pertinentes y no a las equivocadamente citadas por el autor del recurso, así procedió esta Corporación, sin pensar que la confusión y desconocimiento de la ley positiva estaban ya generalizadas.

"El art. 39 del Decreto-ley 528 de 1964, es norma propia y exclusiva para los conflictos de jurisdicción y se halla vigente, por lo que la provocación de "*Competencia positiva*" es legítima.

III. EL RECURSO DE ANULACION. COMPETENCIA PARA CONOCER DE EL

En este acápite del ocurso impugnador, no se dan argumentos nuevos que realmente cuestionen la decisión recurrida. Todo indica, sí, que persista una confusión entre "*el recurso y su existencia*" y "*la Competencia para conocer de él*", por lo que la Sala expondrá las mismas razones del auto acusado, pero en una forma que aspira sea más clara.

"A. EL RECURSO DE ANULACION:

"1. Parece indiscutible: a) que para las controversias civiles y comerciales, dentro de ciertas circunstancias, la Ley 2a. de 1938, autorizó la "*derogación de la jurisdicción* del Estado mediante el "compromiso" o la "cláusula compromisoria", haciendo posible la decisión de tales litigios mediante "*laudos*" proferidos por Tribunales de Arbitramento, no sujetos a ninguna clase de recursos ni ordinarios ni extraordinarios; b) lo anterior es distinto al "laudo arbitral" contemplado en la legislación laboral desde la Ley 6a. de 1945, tanto en controversias jurídicas con recurso ante los Tribunales de Trabajo, como en "conflictos de intereses" o económicos, tendientes a crear mero derecho, sujetos al mal llamado "*recurso de homologación*", que es en verdad, de anulación, extraordinario y de competencia del juez de casación; y c) los conflictos jurídicos surgidos con base en un "*contrato administrativo*", entre la Administración y un particular, que, pese a la Ley 2a. de 1938, no fueron susceptibles de "compromisos" o "cláusula compromisoria" hasta la expedición de la Ley 4a. de 1964, hoy ratificada dicha institución por el Decreto-ley 150 de 1976.

"2. Hasta la expedición de la Ley 4a. de 1964, doctrina y jurisprudencia sostuvieron, con rara unanimidad, que las normas sobre derogación de la jurisdicción de la Ley 2a. de 1938, no eran aplicables a las controversias contractuales administrativas, entre otras razones, porque no eran transigibles, especialmente las controversias sobre "cláusula de caducidad y sus consecuencias".

"3. Los "laudos arbitrales" proferidos en materia civil y comercial con base en la Ley 2a. de 1938 y en materia contractual administrativa, con fundamento en la Ley 4a. de 1964, carecían como se ha visto de toda clase de recursos y hacían tránsito a cosa juzgada sustancial.

"4. En este estado se promulgó la Ley 4a. de 1969, "Por la cual se reviste al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para la revisión y expedición del Código de Procedimiento Civil, cuyo artículo 1o. dijo:

"*Art. 1o.* Revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de un año, contado a partir de la vigencia de esta ley, para que previa una revisión hecha por una Comisión de expertos en la materia, de la cual formarán parte cuatro Senadores y cuatro Representantes, designados paritariamente entre sus miembros por la Comisión Primera Constitucional de cada Cámara, revise el Código Judicial y el proyecto sustitutivo que se halla a la consideración del Congreso Nacional, y expida y ponga en vigencia el Código de Procedimiento Civil".

"5. Circunscritas las precisas facultades extraordinarias a la materia procesal civil, el Gobierno expidió los Decretos-leyes 1400 y 2019 de 1970, sobre "Código de Procedimiento Civil", sin que se refiriera, no podía hacerlo, al proceso contencioso-administrativo.

"Fue así como el art. 672 de dicho estatuto, creó el recurso extraordinario de anulación contra los laudos arbitrales proferidos en materia civil y entregó la competencia a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

"6. Ni la Ley 4a. de 1964, ni el Decreto-ley 150 de 1976, crearon igual o similar recurso contra los laudos arbitrales dictados en materia contractual administrativa.

"7. Por lo tanto, en este estado se presenta la siguiente disyuntiva:

"a) El recurso de anulación fue creado para los laudos arbitrales en materia civil por el Decreto 1400 de 1970 y como es norma posterior a la Ley 167 de 1941 (Código Contencioso Administrativo), no puede sostenerse que al momento de expedirse este último Código existiera vacío en relación con los recursos o, como el literal dice: *"vacíos en el procedimiento establecido en esta ley..."* (Art. 282) y, por lo mismo, no existe recurso de anulación contra los laudos arbitrales proferidos en litigios contractuales administrativos; o b) interpretado el artículo 282 del C.C.A., en forma científica, con aplicación de los sanos principios de la hermenéutica jurídica, se llega a la conclusión de que el vacío no debe juzgarse solo enfrentando el C.C.A. con el C. de P.C. en el momento en que aquél se expidió (1941), sino frente a las disposiciones del C. de P.C. vigente en cualquier momento y *"las leyes que lo adicionan y reforman..."* (art. 282) y, por lo mismo se acepta que frente a los recursos, en general o restringidamente, frente a los recursos extraordinarios contra los laudos arbitrales, hay vacío en el C.C.A. y debe *integrarse* tal estatuto con "el *recurso de anulación"* del artículo 672 del C. de P.C., por ser compatible *"con la naturaleza de los juicios y actuaciones que corresponden a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo"*, como reza la parte final del comentado artículo 282 del C.C.A.

"8. Vale la pena, recalcar que la *"integración legislativa"* que consagra el art. 282 es la del C.C.A. y no la del C. de P. C. y tiene *por objeto* la regulación de *"los juicios y actuaciones"* que corresponden a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no a otra jurisdicción.

"9. Lo anterior autoriza una primera conclusión: Que existe el recurso de anulación contra los laudos arbitrales en controversias contractuales administrativas y que la competencia corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa.

"10. Pero, dentro de la distribución jerárquica funcional de la competencia de los Tribunales Administrativos, ¿a cuál de ellos corresponde el conocimiento de dicho recurso?

"Para la Sala no hay duda de que la competencia de los jueces no puede surgir de la aplicación analógica o extensiva de la ley, pues su atribución tiene que ser expresa.

"De ahí que pueda afirmar que no existiendo una sola norma legal que atribuya a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial el conocimiento del recurso extraordinario de Anulación contra Laudos proferidos en controversias contencioso-administrativas, estos Tribunales carecen absolutamente de ella.

"Y por las mismas razones, se impone la misma conclusión de incompetencia de los Tribunales Administrativos.

"11. Por este camino se encuentra una norma en el C.C.A. que, resuelve en favor del Consejo de Estado la Competencia para conocer del recurso de anulación contra los referidos laudos arbitrales. Es el artículo 51 que dice:

"*Art. 51.* Toda contención administrativa para la cual no se hubiere señalado regla particular de competencia en los artículos anteriores o en el título siguiente, o en ley especial, será decidida por el Consejo de Estado en una sola instancia".

Y en mérito de las consideraciones anteriores, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

Primero. Provocar colisión positiva de competencia a la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para conocer del recurso de anulación del Laudo proferida el 4 de noviembre de 1981 por el Tribunal de Arbitramento que dirimió la controversia suscitada entre la sociedad "Atuesta Guarín & Pombo Ltda.", de una parte, y el Fondo Vial Nacional de la otra, por causa del contrato administrativo número 448-77 firmado entre dichas partes.

Segundo. Comuníquese lo aquí resuelto a la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, con envío de copia auténtica de la presente providencia, para los fines legales consiguientes.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 31 de mayo de 1983.

Samuel Buitrago Hurtado, Presidente; **Aydée Anzola Linares, Carlos Betancur Jaramillo**, salvamento de voto; **Jorge Dangond Flores, Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn, Bernardo Ortiz Amaya, Alvaro Orejuela Gómez, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez Velasco, Ignacio Reyes Posada, Gustavo Humberto Rodríguez, Roberto Suárez Franco**, salvamento de voto; **Eduardo Suescún Monroy**, ausente; **Jorge Valencia Arango, Joaquín Vanín Tello.**

Darío Quiñones Pinilla, Secretario.

LAUDOS ARBITRALES. COMPETENCIA para conocer de los recursos de Anulación de Laudos Arbitrales proferidos para dirimir controversias presentadas en contratos administrativos.

CONFLICTO POSITIVO DE COMPETENCIA. No existe en nuestro sistema procesal civil.

LA REFORMA DE 1968 y sus efectos sobre la legislación preexistente. Derogó la legislación que creaba el Tribunal de Conflictos y le asignaba sus funciones y en especial los artículos 33 a 40 del Decreto 528 de 1964, El artículo 40 del Decreto 528 de 1964 y los artículos 416 a 420 del antiguo Código Judicial. No es posible estimar como vigentes los artículos 416 y siguientes de la Ley 105 de 1931, ni siquiera aceptando la no derogatoria del Decreto 528/64.

LAUDO ARBITRAL. Su carácter. Es una sentencia o decisión jurisdiccional y como tal no puede cuestionarse ante la jurisdicción administrativa. CLAUSULA GENERAL DE COMPETENCIA. ART. 51 C.C.A.

SALVAMENTO DE VOTO
CARLOS BETANCUR JARAMILLO

Ponente: **Doctor Samuel Buitrago Hurtado**

Actor: **Fondo Vial Nacional**

Referencia expediente No. 10.914.

Contratos.

Con todo respeto presento como salvedad el proyecto que elaboré para ser discutido en Sala Plena y que no fue acogido por la mayoría.

'En escrito de febrero 16 del presente año, el Fondo Vial Nacional por conducto de apoderado idóneo, solicita a esta Corporación que provoque colisión positiva de competencia al Tribunal Superior de Bogotá, con relación al conocimiento y fallo del recurso de anulación del laudo arbitral proferido el 14 de noviembre de 1981 por el Tribunal de Arbitramento que dirimió la controversia suscitada entre la Sociedad Atuesta, Guarín y Pombo Ltda. y el mencionado Fondo, vinculada al contrato 448-77.

Narra el Fondo una serie de antecedentes que tienen que ver con la controversia desatada (ver el expediente a folios 146 a 165). Luego analiza las causas de la petición, las que pueden sintetizarse así:

a) Que incumbe a la jurisdicción administrativa todas las controversias en las que sea parte la administración (artículo 20 del Decreto 528 de 1964).

b) Que el decreto aludido derogó expresamente la prohibición contenida en el artículo 73, ordinal 1o. y dispuso que las controversias de los contratos administrativos eran del conocimiento de la jurisdicción administrativa.

c) Que el artículo 51 del C.C.A. establece la cláusula general de competencia para el Consejo de Estado.

d) Que el recurso de anulación de los laudos no está exceptuado de la regla general de competencia del indicado Consejo.

e) Que existe una contención administrativa de derecho público para la cual no se ha señalado regla excepcional y que el código de procedimiento civil solo permite el conocimiento de controversias de mero derecho privado.

f) Que así lo han entendido, tanto el Tribunal Superior de Medellín como el Administrativo de ese Departamento.

De folios 161 a 164 se sustenta en recurso en las causales segunda y tercera del artículo 672 del C. de P.C.

Por su parte, el señor apoderado de la parte interesada "Atuesta Guarín y Pombo Ltda." impugna la solicitud formulada por el Fondo y para el efecto, en síntesis, anota:

1. Que existe imposibilidad legal para provocar la colisión positiva de competencia, puesto que no existe norma legal que lo permita.

2. Que lo relativo a los laudos arbitrales está consagrado única y exclusivamente en el artículo 672 del C. de P.C., norma que asigna la competencia al Tribunal Superior de Distrito.

3. Que el recurso de anulación no constituye una segunda instancia; ni es un recurso vertical, no referido a la materia "in judicando" sino a cuestiones formales o "in procedendo".

4. Que el asunto ya está definido, mediante el laudo que es una sentencia y como tal inmodificable.

5. Que ese laudo no es un acto o decisión administrativa, sino un acto jurisdiccional.

6. Que la competencia de los jueces debe ser atribuida por la ley en forma expresa; que su conocimiento sin norma que la respalde implica usurpación de jurisdicción; y que no puede nacer de una interpretación analógica.

Para resolver, se considera, siguiendo en su orden, los siguientes puntos:

1. No existe en nuestro sistema procesal civil el conflicto positivo de competencia;

2. La reforma constitucional de 1968 derogó la legislación que creaba el Tribunal de Conflictos y le asignaba sus funciones y en especial los artículos 33 a 40 del Decreto 528 de 1964;

3. No es posible estimar como vigentes los artículos 416 y siguientes de la Ley 105 de 1931 o Código Judicial, ni siquiera aceptando la no derogatoria del Decreto 528 en los extremos anotados;

4. El laudo arbitral es una sentencia o decisión jurisdiccional y como tal no puede cuestionarse ante la jurisdicción administrativa.

En este orden de ideas, se observa:

Primero. Los conflictos de competencia y de jurisdicción.

Quizás por un olvido imperdonable, en el Código de Procedimiento Civil sólo se contempló el conflicto negativo de competencia (artículo 140). No sucedió igual en el de Procedimiento Penal en el que se reguló igualmente el positivo (artículos 67 y siguientes).

En cambio, el conflicto de jurisdicciones no se contempló en ninguno de los códigos citados. La ley, con fundamento en el Acto Legislativo No. 1 de 1945, creó el Tribunal de Conflictos con esa única finalidad y organizó el procedimiento que debía seguirse para la solución de los dos conflictos posibles en el seno de ese Tribunal.

Pero el Tribunal aunque fue creado por el Decreto 528 de 1964 no alcanzó a funcionar, porque fue suprimido por el Acto legislativo de 1968, el que creó un Tribunal diferente de carácter disciplinario (de allí su nombre) y al que se le asignó además la facultad de dirimir conflictos de jurisdicción.

La Ley 20 de 1972 determinó su composición y funcionamiento, como era lo lógico dada la supresión del de Conflictos, y señaló en su artículo 7o. entre sus atribuciones la de "dirimir los conflictos de competencia entre las distintas jurisdicciones". Aunque insiste en el término "competencia", técnicamente hay que entenderlo como conflicto de jurisdicción y sólo el posible entre la ordinaria y la administrativa, ya que de lo contrario habría que concluir que ese ordinal 3o. es inconstitucional por exceder los términos del artículo 217 de la Carta.

Al derogarse la legislación preexistente por la reforma de 1968 desapareció la reglamentación que para el Tribunal de Conflictos hizo el Decreto 528 de 1964; y quedó, como consecuencia, sin regulación especial y propia el incidente. Este vacío impone la aplicación analógica de los Códigos de Procedimiento Civil y Penal vigentes en cuanto regulan materias similares (los conflictos de competencia, negativo y positivo, en su orden). La analogía se hace con estos códigos, porque no es posible apelar a normas derogadas.

Segundo. La reforma de 1968 y sus efectos sobre la legislación preexistente.

a) El artículo 68 del Acto Legislativo No. 1 de 1945 autorizó al legislador para crear el "Tribunal de Conflictos" encargado de dirimir "los conflictos de competencia entre la jurisdicción común y la administrativa". Como se dijo, técnicamente el fenómeno se refiere a los conflictos de jurisdicción".

b) En desarrollo del artículo 217 de la Constitución (artículo 68 del Acto Legislativo No. 1 de 1945) el Decreto 528 de 1964 creó ese Tribunal de Conflictos. En sus artículos 33 y siguientes dispuso todo lo relacionado con su composición y sus funciones. Como era lógico sólo habló de los conflictos de jurisdicción que constituían en ese entonces la razón última para su creación.

c) Como es de todos sabido ese Tribunal no funcionó un solo día.

d) En la reforma de 1968 se creó directamente un organismo diferente con carácter y denominación de Tribunal Disciplinario, encargado del conoci-

miento de las faltas disciplinarias de los Magistrados de la Corte y del Consejo de Estado; y del hecho de que se le hubiera adscrito además la función de dirimir conflictos no puede desprenderse que se trataba del mismo organismo; porque esa no fue la intención del constituyente, el que igualmente sabía que el Tribunal de Conflictos, tal como había sido creado no se adecuaba a la nueva orientación constitucional. Como se observa a sí mismo el constituyente de ese año no dejó su creación a la ley, aunque sí autorizó a ésta para que determinara "su composición y demás funciones".

Como la constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente, según un principio legal de poca discusión, (artículo 9 de la Ley 153 de 1887) la del 68 derogó todo lo relacionado con el Tribunal de Conflictos, no sólo en cuanto a su existencia y composición sino en cuanto a sus funciones. Tan cierto es esto que el legislador tuvo que expedir en 1972 la Ley 20, "por la cual se determinan la composición y el funcionamiento del Tribunal Disciplinario". Si hubiera sido un simple cambio de denominación, como lo afirma la decisión mayoritaria, en alguna forma lo habría dado a entender y como mínimo se habría abstenido de repetir algunas normas que aparecían con redacción similar en el Decreto 528. Obsérvese que ni siquiera quiso hacer referencia a ellas porque en esta forma no podía revivirlas.

f) Tampoco puede afirmarse que el silencio que se observa en la Ley 20 de 1972 en torno a los conflictos de jurisdicción significa forzosamente que las normas del 528, relativas a los mismos, están vigentes, porque el legislador de aquél entonces pudo pensar que esa regulación se encontraba ya en el nuevo Código de Procedimiento Civil (artículo 140) que derogó en su integridad a la Ley 105 de 1931 o Código Judicial.

g) Puede sostenerse hoy que no existe procedimiento para el conflicto de jurisdicciones y que el legislador tendrá que tomar cartas en el asunto para remediar este vacío. Mientras subsista tendrá que acudir el Tribunal Disciplinario a normas que regulan casos análogos, tal como lo permite el artículo 5o. del C. de P.C. y en su defecto, a los principios constitucionales y los generales del derecho procesal.

Aunque el código aludido solo contempla en su artículo 140 el conflicto negativo (en esto no fue afortunada su reforma) su regulación guarda analagía con el de jurisdicciones de igual sentido; y podría aplicarse para llenar el vacío. Se acepta sí, que como el conflicto de jurisdicciones puede ser, por definición, positivo o negativo, ante el vacío del Código de Procedimiento Civil para el primero, la norma análoga podría estar en el de procedimiento penal. (Artículos 67 y siguientes).

Tercero. El artículo 40 del Decreto 528 de 1964 y los artículos 416 a 420 del antiguo código juidicial.

Afirma la decisión aprobada que los artículos 39 y 40 del Decreto 528 de 1964 están vigentes y por tanto, da a entender que con el último conservan vigencia los artículos 416 a 420 de la Ley 105 de 1931.

Para el suscrito esta conclusión es francamente inadmisible, no solo porque estima que la reforma del 68 derogó toda lo relacionado con el Tribunal de Conflictos, sino porque, aún aceptando la vigencia del Decreto 528 en el

extremo aquí cuestionado, las normas del Código judicial derogado por el Decreto 1400 de 1971 no pueden revivir por la sola referencia que de ellas se hace en el aludido artículo. La regla contemplada en el artículo 14 de la Ley 153 del 87 es elocuente al respecto y es quizás la primera vez que se pone en duda. "Una ley derogada —dice— no revivirá por solo las referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada solo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva".

Cuarto. El laudo arbitral y su carácter.

Para el suscrito la providencia así denominada es una sentencia, mejor un acto definitorio de carácter jurisdiccional. Baste recordar que justicia impartida por árbitros constituye un equivalente jurisdiccional por hetero composición.

Y al ser una decisión jurisdiccional (carácter que nadie discutió), su control no puede estar adscrito a la jurisdicción administrativa, porque ésta, por definición "está instituida para definir los negocios originados en las decisiones que tome la administración, en las operaciones que ejecuta y en los hechos que ocurran con motivo de sus actividades, con excepción de los casos contemplados en los numerales (sic) 2o. y 3o. del artículo 73 de la Ley 167 de 1941".

Este enunciado, que aparece en el artículo 20 del Decreto 528, despeja toda posible duda. Son los actos y hechos de la administración los sujetos a la jurisdicción administrativa, quedando por fuera, como es obvio, por poseer su propio y exclusivo control legal, los actos legislativos y los jurisdiccionales, stricto sensu. En esto no hay excepción: Las leyes se controlan por las vías de la inexequibilidad o de la inaplicabilidad (artículo 214 y 215 de la Carta) y las sentencias mediante los recursos que en los distintos ordenamientos procesales se indican expresamente. Recursos que, por regla general, se surten dentro de la misma jurisdicción.

Con todo, el legislador en el caso de los laudos, quiso quizás en un arranque de culpa por haber entregado su fuero de juzgar a los particulares, que éstos tuvieran un recurso de anulación ante la jurisdicción estatal y dispuso en norma que no admite discusión que ese conocimiento estuviera a cargo del "Tribunal Superior del Distrito Judicial que corresponda a la sede de aquél" (artículo 672 del C. de P.C.).

Y hasta donde tiene noticia el suscrito el Tribunal Superior es uno; y sin violar la Carta y la ley ostensible y francamente, no podrá decirse que ese Tribunal Superior es el Consejo de Estado o el Tribunal Administrativo Departamental.

Que debiera ser el competente para ese recurso frente a los contratos administrativos el juez propio de tales contratos, es otra cosa, pero aquí, que yo sepa, no se está legislando. Se falla o decide por lo que es, no por lo que debiera ser. En materia de competencia no cabe hablar de analogías.

Pero también si se observa el alcance del recurso de anulación del laudo se concluye que está organizado más para la corrección de errores in procedendo

que para la definición misma de la controversia de fondo planteada. Nótese que frente a las 6 primeras causales de anulación el Tribunal se limitará a decretar la nulidad de todo lo actuado, obviamente a partir de la ocurrencia de la causal admitida. En las tres restantes corregirá o adicionará. En la última se da la real posibilidad de tocar algún aspecto de fondo, pero sólo por omisión del primer pronunciamiento, lo que es una hipótesis de remota ocurrencia.

Se destacan estos aspectos, porque desde el Decreto 528 de 1964 el juez de los contratos administrativos pertenece a la jurisdicción administrativa. Lo que permite pensar que si el Juez especializado, por autorización legal traducida en una cláusula compromisoria, pierde su conocimiento, sea él el que lo recupere, merced al recurso de anulación.

Tal vez, como se dijo atrás, esto debería ser así. Pero no puede olvidarse que en los contratos administrativos existen extremos de carácter patrimonial sujetos en buena parte al derecho privado (civil o comercial) al lado de otros aspectos gobernados por el derecho público y que tocan con la exorbitancia de la administración. Frente a los primeros y solo para éstos, se permite la justicia arbitral. De allí que por la índole de la controversia lo que hacen los árbitros encaja con creces en la preparación e idoneidad que posean los jueces ordinarios. El derecho privado es su materia prima.

Y es que el juez administrativo en materia contractual no se necesita en puridad de verdad sino para dirimir la controversia centrada en los aspectos gobernados por el derecho público, uno de los cuales radica en las facultades exorbitantes que posee la administración en este tipo de contrato.

También el suscrito conoce el alcance del principio de la inescendibilidad de las normas. Por eso siente alguna preocupación al leer la decisión mayoritaria, la que parece dar a entender que la Sección Quinta, Título XXXIII del C. de P.C. relacionada con el proceso arbitral, se aplica solo en parte, ya que será otro juez el competente. Y parece, además, que tampoco tendrá vigencia el artículo 674 que permite la revisión del laudo, ya que durante la discusión del proyecto que se convirtió en discusión mayoritaria, no se le dio respuesta al interrogante del suscrito sobre este punto.

Tampoco comparte el suscrito el alcance que le quiere dar la mayoría al artículo 51 del C.C.A. que contempla la cláusula general de competencia para el Consejo de Estado; y no lo comparte porque la Sala al apoyarse en él lo viola abiertamente, toda vez que:

a) La contención tiene que ser administrativa y ya se vio que el laudo *es una sentencia;* y b) porque la norma opera sólo a falta de una "regla particular de competencia en los artículos anteriores o en el título siguiente, *o en ley especial*" y en el asunto sub-judice existe esa ley, la que no es otra que el Código de Procedimiento Civil que la señala en el Tribunal Superior.

Para terminar, se observa:

Todo lo anterior da a entender que la materia exige una mejor reglamentación. Pero no variando el juez competente para conocer de dichos laudos, sino haciendo algo más de fondo. Nada justifica en el derecho colombiano (frente a los contratos administrativos, se entiende) la existencia de la cláusula

compromisoria. Si existen los jueces administrativos especializados para el efecto (Tribunales Departamentales y Consejo de Estado) ninguna razón existe para que se les prive de esa competencia y se le entregue el conocimiento a los particulares, los que en la práctica son designados entre el gremio de abogados privatistas. El hecho implica cierta desconfianza del legislador que la Sala estima no justificada".

Lo anterior no contradice el contenido de esta ponencia, ya que el suscrito es consciente en afirmar que una es la ley vigente y otra la que debiera regir; y en esto no puede prevalecer el deseo personal del juez.

Por lo expuesto, me separo de la decisión mayoritaria.

Con todo respeto.

Carlos Betancur Jaramillo

Bogotá, D.E., Junio 23 de 1983

LAUDO ARBITRAL. La providencia dictada por un tribunal de Arbitramento, participa de la naturaleza de una sentencia cuyo control no puede corresponderle a la jurisdicción administrativa, dentro del contexto legislativo que nos rige, ya que ello le está reservado a los Tribunales Superiores del Distrito Judicial (Art. 672 C.P.C.)

SALVAMENTO DE VOTO

Bogotá, D.E., cuatro de julio de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Buitrago.**

Expediente: 10.914

Coincide el suscrito con la argumentación expuesta por el doctor Carlos Betancur Jaramillo en su salvamento de voto, que antecede, particularmente en aquella parte en que se refiere al laudo arbitral y su carácter.

En efecto, la providencia que se refiere por un Tribunal de Arbitramento, participa de la naturaleza de una sentencia, cuyo control no puede corresponderle a la jurisdicción administrativa, dentro del contexto legislativo que nos rige, ya que ello le está reservado a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial (art. 672 del C.P.C.).

Al ser una decisión jurisdiccional, su control no puede estar adscrito a la jurisdicción administrativa porque ésta, por naturaleza "está instituida para definir los negocios originados en las decisiones que tome la administración, en las operaciones que ejecuta y en los hechos que ocurran con motivo de sus actividades, con excepción de los casos contemplados en los numerales 2o. y 3o. del art. 73 de la Ley 167 de 1941".

Este enunciado, como lo anota el doctor Betancur Jaramillo, que encuentra su asidero legal en el artículo 20 del Decreto 528 de 1964, despeja toda duda cuando restringe el conocimiento de los actos y hechos de la administración a la jurisdicción administrativa, quedando entonces por fuera de tal control los actos legislativos y los jurisdiccionales, stricto-sensu.

Ahora bien, el texto del art. 672 del C. de P.C. es lo suficientemente claro al asignarle a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, el conocimiento de los laudos arbitrales, sin distinguirse la naturaleza del laudo. Y no debe olvidarse que el C. de P.C. fue expedido con posterioridad al C.C.A. lo que no deja dudas que, por competencia, son estos Tribunales para conocer de tales providencias.

Las leyes de competencia son restrictivas; ello equivale a decir que mal puede el intérprete valiéndose de analogías o deducciones, sustraer un negocio de competencia de una determinada autoridad jurisdiccional, para también esgrimiendo la misma analogía o deducción o asignarle argumentos de conveniencia o de técnica jurídica para cambiar los alcances de una norma sobre competencia.

Por último, no debe olvidarse que la jurisdicción contencioso administrativa se ha establecido, primordialmente, para corregir, modificar o sancionar actos equivocados de la administración, vale decir actos proferidos por autoridades o funcionarios del orden administrativo estatal, como también para juzgar actos administrativos provenientes de autoridades de orden jurisdiccional o legislativo, mas en ningún caso para ordenamientos de otra naturaleza.

En el caso debatido se trata de un laudo arbitral, que como se ha anotado, obedece a una naturaleza bien distinta a la del acto administrativo.

Estas razones y las demás expuestas por el ilustre consejero Dr. Carlos Betancur sobre la naturalezas del laudo arbitral y su conocimiento explican el por qué de mi salvamento de voto.

Respetuosamente,

Roberto Suárez Franco.

ASIGNACION DE RETIRO. INCOMPATIBILIDAD CON LA PENSION POR INVALIDEZ. Los artículos 20 del Decreto 1305 de 1975 y 143 del Decreto 612 de 1977, hacen incompatibilidades la asignación de retiro y la pensión de invalidez, pero permiten al interesado optar por los más favorables si reúne los requisitos legales.

ASIGNACION DE RETIRO. SUSTITUCION POR LA PENSION DE INVALIDEZ (Cambio de Jurisprudencia).

Puede solicitarla ante la administración o ante la jurisdicción cuando aquélla le niegue estas peticiones sin que sea obligatorio para el accionante solicitar, como lo había exigido antes la doctrina del Consejo de Estado, la nulidad del acto por medio del cual se le reconoció la asignación de retiro, pues precisamente para tener derecho a la sustitución se parte de la base de que aquel acto es legal, claro y legítimo.

SUSTITUCION PRESTACIONAL.

1. La sustitución sólo es posible cuando cada una de las prestaciones han surgido a la vida jurídica con el lleno de los requisitos legales, uno de los cuales, los más favorables al interesado, lo obliga a optar por una de las dos.

2. Al ordenarse la sustitución, pretendida por el interesado, deberá comunicarse a la entidad encargada de pagar la prestación sustituida, para evitar así el pago por parte del Estado de dos prestaciones que son incompatibles entre si.

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D.E., veintidós de abril de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejera ponente: **Dra. Aydée Anzola Linares**

Actor: **Napoleón Acosta Gualtero**

Referencia: Expediente No. 10.912. — Importancia de Jurisprudencia.

Napoleón Acosta Gualtero, por conducto de apoderado, haciendo uso de la acción de plena jurisdicción, instauró demanda ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca para que, previos los trámites legales pertinentes, se hicieran las siguientes declaraciones:

"Se declare agotada la vía gubernativa por razón del silencio de la Administración, en este caso del Ministerio de Defensa Nacional, de conformidad con lo establecido en el parágrafo del Art. 18 del Decreto 2733 de 1959".

"Como consecuencia de la anterior declaración y con el fin de restablecer los derechos subjetivos desconocidos a mi mandante, solicito a ese H. Tribunal se decrete lo siguiente:

"1o. Una pensión por invalidez con cargo al presupuesto del Ministerio de Defensa Nacional, pagadera por mensualidades vencidas y a favor del señor Acosta Gualtero Napoleón, equivalente a la totalidad del sueldo básico, más sobresueldos y primas computables que en todo tiempo devengue un miembro uniformado del Ejército Nacional, en el grado de Sargento V/1o. y por todo el tiempo que subsista la incapacidad".

"2o. La correspondiente indemnización por invalidez, en la cuantía que resulte de multiplicar la asignación mensual de Sargento V/1o. por 36 meses. De la suma de pesos que resulte por este concepto, se descontará la cantidad que haya recibido el señor Acosta Gualtero Napoleón a título de indemnización por incapacidad relativa y permanente".

Los hechos en los cuales se basan las peticiones anteriores, son los siguientes:

"Primero: El señor Acosta Gualtero Napoleón, prestó su servicio militar desde el 1o. de noviembre de 1964 en calidad de soldado en la Escuela de Infantería y fue retirado el 2 de junio de 1976 en el Cuartel General de la BIM con el cargo de Sargento V/1o. del Ejército Nacional en base a la consideración No apto".

"Segundo. La Sanidad Militar al definirle a mi mandante su situación médico-laboral, dijo lo siguiente, en Actas de Junta y Consejo Médico —de febrero 13 y marzo 2 de 1977 respectivamente—.

1o. El sargento V/1o. Acosta Gualtero Napoleón, presenta: una psicosis paranoica y además una disritmia cerebral de origen probablemente traumático.

2o. Estas afecciones fueron diagnosticadas durante el servicio pero no adquiridas por causa ni razón del mismo. Le determina incapacidad relativa y permanente.

3o. No es apto.

4o. De acuerdo con el reglamento de incapacidades (Decretos 1378 de 1967, 382 y 2782 de 1968) le corresponde: Por psicosis paranoica, (Numeral 2-003c) Indice quince (15).

"Tercero. Por resolución No. 04914 de agosto 22 de 1977, el Ministerio de Defensa Nacional reconoció a mi mandante señor Acosta Gualtero Napoleón, el pago de una indemnización por incapacidad de conformidad con el índice lesional fijado en las Actas Médicas".

"Cuarto. Con fecha enero 24 de 1978, solicité se reconociera al señor Acosta Gualtero Napoleón una pensión por invalidez, por estimar que no obstante el carácter de relativa y permanente que la Sanidad dio a la enfermedad que padece mi mandante, en el fondo esa incapacidad es de tal entidad, que encierra las características de una incapacidad absoluta par el desempeño de las actividades en la vida militar y la civil. Hasta la fecha el Ministerio de Defensa Nal. no se ha pronunciado sobre la solicitud presentada".

Las normas legales violadas y el concepto de su transgresión, aparecen relacionados a folio 18 del informativo.

Tramitado el proceso en la primera instancia, el Tribunal del conocimiento, profirió la sentencia que ha venido en apelación ante el Consejo de Estado y en dicha providencia declaró probado el silencio administrativo en que incurrió el Ministerio de Defensa Nacional y negó las súplicas de la demanda.

Al emitir el concepto la Fiscalía 4a. del Consejo de Estado se pronunció así:

"Sabido es que la Constitución Nacional prohíbe recibir más de una asignación que provenga del tesoro público y que deja en manos de la ley establecer las excepciones a tal regla".

"La ley no ha establecido todavía la posibilidad de recibir asignación de retiro y pensión de invalidez por los mismos servicios al estado".

"El demandante goza de una asignación de retiro a partir del 3 de septiembre de 1976 cuyo deudor es la Caja de Retiro de las FF.MM. (fls. 44 y anteriores del cuaderno de antecedentes administrativos)".

"La resolución 624 de 1977 de la Caja de Retiro de las FF.MM., por medio de la cual se le reconoció al accionante la asignación de retiro, constituye a la luz de la ley título ejecutivo mientras no sea invalidada. Por manera que si mediante este juicio el actor obtiene el reconocimiento de pensión de invalidez, que debe pagar el tesoro público y aquella resolución mantiene su vida jurídica, existirían a favor del demandante sendos títulos ejecutivos para cobrar pensión de invalidez y asignación de retiro, aunque la ley, como se vio, no lo permita".

"Si el interesado desea devengar la pensión de invalidez, porque la considere una prestación más favorable que la asignación de retiro, ha debido en este juicio, pedir en forma tal que los resultados del mismo sean armónicos respecto del mandato de la Carta y la legislación que impiden que pueda percibir más de una asignación".

"Tales son los alcances de la jurisprudencia de la Sala Plena del Consejo de Estado contenida en la sentencia de fecha junio 28 de 1979, en el proceso radicado al número 10224, en el cual fue actor el señor Custodio Ramírez Coy".

"Consecuentemente, el fallo de primera instancia debe confirmarse porque además de no tener derecho a la pensión que solicita por las razones expuestas en la sentencia de primera instancia, tampoco la tiene por prohibirlo el mandato de la Carta, ya citada".

Al examinar el proyecto de sentencia presentado al estudio de la Sección Segunda, por el ponente, en ese entonces, Dr. Joaquín Vanín Tello, se consideró que la tesis por él sostenida, podía contrariar alguna jurisprudencia de la Sala Plena razón por la cual le correspondió a dicha Sala avocar su conocimiento, pero como la ponencia no fue acogida, pasó al Consejero que le seguía en turno, en este caso quien ahora redacta la presente.

No observándose defecto de nulidad que invalide lo actuado, se pasa a resolver el recurso interpuesto por la parte demandante contra el fallo de primera instancia y, al efecto, se considera:

Sea lo primero hacer notar que en el caso de estudio, se configuró el fenómeno jurídico conocido como el silencio de la administración, pues ésta no se pronunció oportunamente, con respecto a la petición que le formuló el demandante acerca de las mismas peticiones que ahora formula en la demanda que dio lugar a este proceso.

Como se vio al transcribir el concepto del Fiscal 4o. de la Corporación, consideró este funcionario que la sentencia de primera instancia debe confirmarse porque el demandante no tiene derecho a la pensión de invalidez que reclama porque se violaría la norma constitucional que prohíbe recibir más de una asignación del tesoro público, salvo las excepciones establecidas en la ley. Para llegar a esta conclusión, la Fiscalía se apoya en la doctrina del Consejo de Estado contenida en sentencia de 20 de julio de 1979, proferida por la Sala Plena, en el proceso radicado bajo el número 10.224, que revocó la dictada por la Sección 2a. que había sido objeto del recurso de súplica por haberse acogido doctrina contraria a varias jurisprudencias y sin aprobación de la Sala Plena en la cual se negaron las súplicas impetradas con base en lo siguiente:

El apoderado del demandante impugnó la Resolución No. 3294, originaria del Ministerio de Defensa Nacional que aprobó, en todas sus partes, la No. 0388 del mismo año, dictada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio de la cual se le había reconocido al actor una asignación de retiro y el valor de la indemnización unitaria que surgió a consecuencia de la incapacidad física adquirida durante el servicio. Empero omitió demandar esta providencia, a pesar de que formaba un acto complejo, con aquélla, pues era el resultado de la fusión de dos voluntades: La de dicha Caja y la del Ministerio de Defensa Nacional. Con todo, lo que debe destacarse con relación al fallo que se comenta es que en él se sostiene la tesis, según la cual quien disfruta de asignación de retiro y pretende posteriormente, que le sea sustituida por pensión de invalidez, debe demandar el acto por medio del cual se haya reconocido el derecho a percibir aquélla. Y agrega: "...la jurisprudencia de la Sección Segunda de la Corporación no ha sido uniforme con relación al asunto debatido... Con la sentencia acusada se contrariaron por la Sección Segunda de la Sala, doctrinas anteriores que habían expresado que cuando se aspira a sustituir la asignación de retiro por la pensión de invalidez sin demandarse el acto administrativo que reconoció el primer derecho, la demanda resultó inepta, pues que de prosperar la acción habría contradicción entre la sentencia y el acto administrativo que por no haberse demandado quedaría vigente".

Sin que le sea permitido a esta Sala entrar a calificar sobre la legalidad o ilegalidad del acto que le concedió al demandante la asignación de retiro, se presenta la oportunidad de estudiar nuevamente el punto planteado para llegar a la conclusión de que la jurisprudencia contenida en el fallo anteriormente citado, es equivocada y por consiguiente debe ser rectificada teniendo en cuenta lo siguiente:

Los artículos 20 del Decreto 1305 de 1975 y 143 del Decreto 612 de 1977, hacen incompatibles la asignación de retiro y la pensión de invalidez, pero permiten al interesado optar por las más favorables si reúne los requisitos legales, de lo cual resulta necesariamente.

1o. Si dentro de la actuación administrativa los dictámenes médicos, demuestran que el interesado se encuentra en estado de invalidez absoluta y por otra parte reúne los requisitos para devengar asignación de retiro, ésta ya le ha sido reconocida, puede optar por la que le sea más favorable, escogencia ésta que obliga a la administración.

2o. Si dentro de la actuación administrativa, o en el proceso respectivo, sólo aparece probado que tiene derecho a la asignación de retiro, por sustracción de materia, no habría lugar a la opción y por consiguiente nada tendría que hacer el punto sobre la incompatibilidad.

3o. Si con posterioridad el interesado acredita derecho a pensión de invalidez, no obstante que ya está percibiendo el sueldo de retiro, lo adecuado es que solicite directamente ante la administración, la sustitución de éste por aquélla y que dicha circunstancia se comunique a la Sala de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, para los efectos legales consiguientes. Lo mismo, puede solicitar ante la Justicia Contencioso Administrativa en el caso de que la administración le niegue estas peticiones, sin que sea obligatoria para el accionante solicitar, como lo había exigido antes la doctrina de la Corporación, la nulidad del acto por medio del cual se le reconoció la asignación de retiro, pues precisamente para tener derecho a la sustitución se parte de la base de que aquel acto es legal, claro y legítimo, tanto más si se tiene en cuenta que la sustitución sólo es posible cuando cada una de las prestaciones han surgido a la vida jurídica con el lleno de los requisitos legales, una de las cuales, las más favorables al interesado, lo obliga a optar por una de las dos. Tampoco podría hablarse en este caso, de renunciar a una, para pedir la otra, porque en las circunstancias indicadas, la prestación social es irrenunciable y si renuncia, entonces no habría lugar a sustitución por sustracción de materia. Menos podría acudir a la renuncia condicional, pues la sentencia también sería condicional, lo cual no es de recibo en materia civil o administrativa.

4o. Pero si lo anterior no fuera suficiente, basta recordar que la pensión de invalidez no es irreversible pues quien la disfruta puede dejar de ser inválido absoluto en cuyo caso no habría obligación de continuar reconociéndole la mencionada prestación, y así las cosas le quedaría la opción para solicitar la asignación de retiro en caso de tener derecho a ella o de que se le hubiera reconocido por medio del correspondiente acto administrativo. Empero, si antes renunció a ésta, no tendría la oportunidad de disfrutarla, con lo cual sufriría indudablemente un serio perjuicio.

5o. En consideración a que cada una de las prestaciones está a cargo de organismos oficiales distintos, al ordenarse la sustitución pretendida por el interesado, deberá comunicarse a la entidad encargada de pagar la prestación sustituida, para evitar así el pago por parte del Estado de dos prestaciones que son incompatibles entre sí.

Sentado lo anterior y atendiendo concretamente a las peticiones contenidas en la demanda, que ha dado lugar a este proceso, se observa que aquélla no se ciñe a los requisitos mínimos exigidos por la técnica jurídica, pues no se hace alusión alguna al sueldo de retiro que devenga el demandante ni se solicitó expresamente la sustitución de esta prestación por la pensión de invalidez, como era de rigor hacerlo. Con todo, estas deficiencias no constituyen inepta demanda y por lo tanto, es el caso de entrar a estudiar el fondo de la controversia. En los términos anteriores, se rectifica el criterio jurisprudencial de la Sala Plena del Consejo de Estado, al cual se refiere el agente del Ministerio Público en su vista fiscal. Está probado en el informativo que la afección padecida por el demandante, según los dictámenes que se produjeron durante la primera instancia del proceso, lo inhabilitan en forma absoluta y

permanente para desempeñar las actividades propias del personal combatiente dentro de las instituciones militares, pero apenas le producen una incapacidad parcial para efectuar las tareas propias de los servicios castrenses que se asimilan a los de la vida civil, de conformidad con lo expresado, en forma reiterada por la doctrina de la Corporación. Por esta razón el Tribunal del conocimiento, estimó que no podía accederse a la petición relacionada con la pensión de invalidez, solución esta que encuentra acertada la Sala Plena del Consejo de Estado si se tiene en cuenta que las otras pruebas médicas que se practicaron en la segunda instancia, tampoco dan base para concluir en forma diferente en que lo hizo el A-quo. En efecto, el dictamen proferido por el Instituto de Medicina Legal, cinco años más tarde de haber sido desvinculado el accionante del Ministerio de Defensa, no indica que la disminución de la capacidad laboral que presentaba el actor en el momento de su retiro, le producía invalidez absoluta, pues solamente en la fecha en que se produjo el dictamen, de julio 22 de 1981 pudo afirmarse que debe ser considerado "como inválido absoluto para desarrollar actividades propias de la vida civil", según el mismo dictamen.

Luego, en el caso de estudio, debe concluirse, como lo hizo el Tribunal que el actor no logró demostrar que, cumple los requisitos exigidos por la ley para tener derecho a la pensión de invalidez que reclama.

Finalmente, en lo que respecta a la pretensión según la cual debe ordenarse el reajuste de la indemnización que le fue reconocida al demandante, no podrá accederse a lo solicitado, por cuanto el índice lesional fijado en las actas de las autoridades médicas militares, no fue modificado durante la etapa probatoria en este proceso. Lo anteriormente expuesto, lleva a la conclusión de que el fallo apelado debe confirmarse porque está de acuerdo con la realidad probatoria y porque además se ajusta a derecho.

En mérito de lo expresado, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en desacuerdo con el concepto Fiscal,

FALLA:

Confírmase en todas sus partes la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, con fecha treinta (30) de abril de mil novecientos ochenta (1980).

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

El anterior proyecto fue considerado y aprobado por la Sala Plena en sesión celebrada el día 12 de abril de 1983.

Samuel Buitrago Hurtado, Presidente, salvamento de voto; **Aydée Anzola Linares, Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Dangond Flores, Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn, Eduardo Ortiz Amaya,** salvamento de voto; **Alvaro Orejuela Gómez,** Salvamento de voto; **Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez Velasco,** Salvamento de voto; **Ignacio Reyes Posada, Gustavo Humberto Rodríguez R., Roberto Suárez Franco, Eduardo Suescún Monroy,** Salvamento de voto; **Jorge Valencia Arango, Joaquín Vanín Tello,** Salvamento de voto.

Darío Quiñones Pinilla, Secretario.

ASIGNACION DE RETIRO Y PENSION DE INVALIDEZ. INCOMPATIBILIDAD.

SUSTITUCION PRESTACIONAL. RENUNCIA IMPLICITA. (Salvamento de voto).

1. La sustitución prestacional trae como consecuencia la renuncia implícita que hay en la opción que legalmente se hace entre las dos pretensiones.

2. Polémicas posibles que puede suscitar la sustitución prestacional o la acumulación.

PRESTACIONES SOCIALES. RENUNCIA. (Salvamento). Casos en que puede presentarse la renuncia.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DR. JOAQUIN VANIN TELLO

Actor: **Napoleón Acosta Gualtero.**

Referencia: Expediente No. 10.912 — Importancia de la Jurisprudencia.

Es apenas lógico que esté de acuerdo con la tesis sostenida en la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de fecha 22 de abril de 1983, en el sentido de que si una persona está disfrutando de sueldo de retiro y opta posteriormente conforme la ley, por la pensión de invalidez, que le resulta más favorable, en caso de decisión contraria de la Administración recaída sobre la correspondiente solicitud, no tiene por qué demandar también el acto que concedió la primera prestación para la viabilidad de la demanda en que se pida la nulidad de la providencia negatoria y se solicite el consiguiente restablecimiento del derecho que se considera vulnerado. No fué otra la tesis sostenida por mi en la ponencia que presenté a consideración de la Sala Plena y que no fue acogida por la mayoría, como se puede comprobar en la lectura de la transcripción que de la parte pertinente de ella haré más adelante.

Mi discrepancia se relaciona con los criterios expresados en dicha sentencia sobre el alcance de la renuncia implícita que hay en la opción que legalmente se hace entre las dos pretensiones, lo mismo que en lo que respecta a las reglas que da la sentencia sobre la forma como puede hacerse uso de ella ante las autoridades administrativas y en lo que concierne a las consecuencias procesales de no solicitar la sustitución de prestaciones frente al mandato legal que las hace incompatibles.

I. En lo atinente al primer aspecto de la sentencia de Sala Plena, se transcriben a continuación los planteamientos que se hicieron en la ponencia antes citada:

"Las razones que se expresan a continuación, en el plano de la teoría general, sin entrar a calificar la legalidad o ilegalidad del acto que conoció la

asignación de retiro al actor, llevan a la Sala a reconsiderar la jurisprudencia contenida en el fallo del 20 de junio de 1979, antes citado, para adoptar una distinta, que es la que se ajusta a nuestro ordenamiento:

"En primer lugar, un acto jurídico no se vicia de nulidad por hechos o circunstancias posteriores a su formación o expedición.

"En segundo lugar, son anulables por esta jurisdicción únicamente los actos administrativos que violen disposiciones constitucionales o legales o de otro orden, pero de superior jerarquía, y no los que se hayan dictado con sujeción a ellas. (Artículos 216 de la Constitución Nacional, 62, 63, 64, 65, 66 y 84, ordinal 4o., del Código Contencioso Administrativo).

"La jurisdicción de lo contencioso administrativo no puede anular un acto válido, ajustado a la Constitución y a la ley, que no contraría ninguna norma de rango superior, por el simple hecho de que el beneficiario de una prestación social, en uso de un derecho legítimo, emanado de una norma legal que le concede facultad de optar, prefiera posteriormente una distinta e incompatible con la primera, por estimarla más favorable a sus intereses.

"Cabe entonces preguntar: ¿Qué norma pudo violar el acto administrativo que reconoció y ordenó pagar válidamente, es decir, de acuerdo con las disposiciones legales pertinentes, una prestación social? ¿Por qué y cómo la quebrantó si existían, de una parte, el derecho y de la otra, la facultad o la competencia y en la expedición del acto se cumplieron todos los requisitos legales? Y si un particular demanda ese acto que no infringe ninguna disposición constitucional ni legal, ¿puede la jurisdicción de lo contencioso administrativo anularlo? ¿En qué norma se fundamentaría por declarar la nulidad de un acto constitucional y legalmente válido si las normas que se citaron antes dan facultad para anular exclusivamente los actos contrarios a la Constitución o a la Ley?

"La respuesta obvia es que la jurisdicción de lo contencioso administrativo no encontraría ningún fundamento de ley para anular un acto constitucional y legalmente válido.

"Considera la Sala que si habiéndose reconocido válidamente una prestación social en beneficio de una persona mediante una providencia ajustada la ley y posteriormente se le reconoce derecho a otra que es legalmente incompatible con la anterior, sin que exista facultad de optar o elegir entre ellas, el acto ilegal y, por lo tanto, anulable, no es el primero sino el último. Es este acto el que crea una situación de ilegalidad al conceder una prestación a quien no podía recibirla por haber disfrutado o estar disfrutando de otra, con la cual es incompatible, reconocida de conformidad con normas legales que otorgan el derecho a percibirla y la facultad de reconocerla.

"Ahora, los artículos 20 del Decreto 1305 de 1975 y 143 del Decreto 612 de 1977 hacen incompatibles la asignación mensual de retiro y la pensión de invalidez, pero permiten al interesado optar por la más favorable. Quiere decir que el beneficiario de la asignación de retiro tiene derecho a que ella sea sustituida por la pensión de invalidez, si reúne los requisitos legales y le es más

Dentro de esa situación de incompatibilidad no desaparece sino que sobrevive el derecho a ambas prestaciones, aunque no se pueda ejercer o disfrutar, en esas condiciones, sino respecto de una. Si por algún caso desaparece la prestación escogida, renace el derecho a disfrutar de la otra. Si mañana, por alguna causa, la prestación excluida se torna más favorable, el beneficiario perfectamente puede hacer una nueva opción para elegir aquella de que hizo dejación, a sustitución de la que está disfrutando. La facultad de optar no se agota, en este caso, con su ejercicio. Ella es consecuencia del principio de protección al trabajador y de favorabilidad, enunciado en términos generales, y no puede sentarse una regla contraria, sin texto legal, que no lo hay que para el caso diga que la opción solo puede ejercerse por una sola vez.

De manera que no es válida la afirmación que se hace en la sentencia en el sentido de que si se renuncia a la asignación de retiro al desaparecer el derecho a la pensión de invalidez, por "dejar de ser inválido absoluto" quien la disfruta, "no tendrá oportunidad" de disfrutar de aquella. Es lógico que si la incompatibilidad es únicamente de goce, de percepción de las sumas correspondientes, al desaparecer una prestación, aquella desaparezca, y si la que deja de existir es la que está siendo objeto de disfrute, surja el derecho, latente, a disfrutar de la que no fue inicialmente elegida.

Envuelve un contrasentido decir que "si renuncia entonces no habría lugar a la sustitución por sustracción de materia", porque precisamente en eso consiste la opción: al optar se está renunciando a lo que no fue acogido; el acto de optar implica a la vez aceptación y renuncia, pues consiste en dejar una cosa para tomar otra. Ese es el fenómeno que contempla la ley al decir: "Las asignaciones de retiro y las pensiones militares son incompatibles entre sí. Igualmente son incompatibles con las pensiones de invalidez o retiro por vejez, pero el interesado puede optar por la más favorable" (artículo 143 del Decreto Extraordinario 612 de 1977).

2a. Se dice en la sentencia, al final del ordinal 3o. de la parte motiva, que "menos podría acudir a una renuncia condicional, pues la sentencia también sería condicional, lo cual no es de recibo en materia civil o administrativa". Desde luego que el fallo no puede ser condicional. Pero se debe advertir que no se trata de renunciar a una prestación ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sino ante la Administración.

Pero no se debe perder de vista que la solicitud en que se hace uso de la opción o, si se quiere, en que se pretende la sustitución de prestaciones, no estando demostrado el derecho a la escogida, lleva implícita una renuncia condicional a aquella que se está disfrutando, pues la subrogación depende de la prueba de aquél. Obviamente no se puede demostrar el derecho con antelación a la solicitud, ni ante la Administración ni ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Al revés, la práctica de pruebas tendientes a demostrar el derecho, que puede resultar no probado, es consecuencia de la petición.

Pero de ninguna manera se dan los supuestos para un fallo condicional, que obviamente no se podría dictar. Suponiendo que el actor solicita en alguna forma ante la Administración la sustitución de una prestación por otra, en uso de opción que le concede la ley, y aquella niega la petición, ni demanda ante la

Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, lo que pretende es la nulidad del acto negatorio y, como consecuencia, por vía de restablecimiento, que se declare su derecho a disfrutar de la pensión de invalidez en sustitución de la asignación de retiro, de la que está disfrutando, y que se da la orden consiguiente. Es claro que se está pidiendo que se sustituya un derecho que se está disfrutando por otro que se considera más favorable y que aún no está demostrado sino que se pretende probar en el juicio. Si el demandante logra demostrar en el proceso el derecho a la pensión de invalidez, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo habrá de acceder a su pretensión; de lo contrario, el fallo será negatorio; así de simple tiene que ser forzosamente la decisión jurisdiccional. Desde luego que si el actor no ha hecho uso de la opción ante la Administración, no puede pretender la sustitución de una prestación por otra ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. En ningún caso podría pedir simplemente la prestación escogida porque quedaría colocado dentro de la incompatibilidad constitucional y legal.

3a. No es adecuado el mecanismo que surge de las reglas que da la sentencia en los ordinales 1o. y 2o. de sus consideraciones, en cuanto a actuación ante la Administración, se supone que cuando el reconocimiento y pago de las prestaciones incompatibles corresponden a la misma entidad, pues no parte de la base de una solicitud previa, sino que coloca al interesado en situación de optar, después de que, mediante los dictámenes médicos, se ha comprobado el derecho a la pensión de invalidez. Pero sucede que ese derecho no puede quedar probado sino dentro de la actuación administrativa que se desprende de la solicitud del interesado, a menos que la Administración obre oficialmente. Mas, por lo general, para que haya actuación administrativa y por consiguiente se pueda demostrar el derecho, mediante dictámenes médicos, debe existir primero una solicitud que, además de dar inicio a aquella, determina la materia sobre la cual habrá de versar la decisión de la administración y permite dilucidar en la jurisdicción contencioso administrativo si se agotó o no la vía gubernativa.

El mismo criterio de que la cuestión de la opción o de la sustitución se presenta una vez demostrado el derecho a la pensión de invalidez lo traslada la sentencia al proceso contencioso administrativo (ordinal 2o. de la parte motiva), cuando debe estar planteada en la demanda.

Se dice en la parte motiva de la sentencia a que se refiere este salvamento de voto, que "si con posterioridad el interesado acredita derecho a la pensión de invalidez, no obstante que ya está percibiendo sueldo de retiro, lo adecuado es que solicite directamente ante la administración, la sustitución de éste por aquella y que dicha circunstancia se comunique a la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares para los efectos legales consiguientes" y que "en consideración a que cada una de las prestaciones está a cargo de organismos oficiales distintos, *al ordenarse la sustitución* pretendida por el interesado, deberá comunicarse a la entidad encargada de pagar la prestación sustituida, para evitar así el pago por parte del Estado de dos prestaciones que son incompatibles entre sí" (ordinales 3o. y 5o. El subrayado es mío).

Se vuelve a lo mismo: primero se demuestra el derecho a la pensión de invalidez y luego se pide la sustitución por ella de la asignación de retiro.

Además, interpretando que cuando se habla de la Administración se hace referencia al Ministerio de Defensa (que también es parte de aquella la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares), cabe la siguiente observación: Si las dos prestaciones están a cargo de entidades diferentes no puede una de ellas ordenar la sustitución, pues no tiene competencia respecto de aquella que se pretende sustituir. Ordenar la sustitución es ordenar que se pague una prestación y no la otra. Para esto último la entidad no tiene competencia. Lo único que puede hacer es reconocer la prestación solicitada, en uso de la facultad de optar, ordenar su pago y dar aviso a la entidad que reconoció la primera, a la cual corresponderá la decisión de suspender su pago.

Se observa, en suma, que la cuestión que concernía al fallo de Sala Plena no era de cómo debía operar la sustitución de prestaciones dentro de la actuación administrativa, sino de cómo pedir ante la Administración para efectos del agotamiento de la vía gubernativa, con miras a una demanda y al pronunciamiento de la jurisdicción contencioso administrativa. Se reitera, además, que ni ante la Administración ni ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es posible el procedimiento de demostrar primero el derecho que se pretende para luego pedir la sustitución del que se está disfrutando.

4a. Dice la Sala en su sentencia: "...se observa que aquella (la demanda) *no se ciñe a los requisitos mínimos* exigidos por la técnica jurídica, pues no hace alusión alguna al sueldo de retiro que devenga el demandante ni se solicitó expresamente la sustitución de esta prestación por la pensión de invalidez, *como era de rigor hacerlo.* Con todo, estas deficiencias no constituyen inepta demanda y por lo tanto, es el caso de entrar a estudiar el fondo de la controversia".

Aflora aquí la tendencia antiformalista de la Sala, que ha tenido expresión en otros procesos y que el suscrito ha compartido en cuanto no le han *parecido* graves los defectos de la correspondiente demanda, además, en esta ocasión la Sala halló expedita la vía para un pronunciamiento de mérito, confirmatorio del fallo de primera instancia, por la circunstancia de que no encontró probado en el expediente que el actor tuviera derecho a la pensión de invalidez. De lo contrario, es decir si hubiera tenido que aceptar que ese derecho quedó debidamente demostrado en el proceso, habría tenido que plantearse, como cuestión previa, la concordancia entre las pretensiones de la demanda y el fallo que dictaría, en relación con lo pedido y negado en el procedimiento administrativo, pues se habría dado el caso de la existencia del derecho a dos prestaciones, pero afectado de la incompatibilidad para el disfrute de ambas.

Dado el hecho real de que el actor estaba disfrutando de la asignación de retiro, que no solicitó la correspondiente sustitución por la vía administrativa ni ante esta jurisdicción, ni invocó como violadas las disposiciones relativas a ese fenómeno jurídico y que pidió en su demanda no solo que "se decrete... una pensión por invalidez", sino también que se ordene su pago, ¿cuál habría sido la decisión de primera y segunda instancia en la hipótesis de que se hubiera demostrado en el proceso el derecho a la prestación pretendida?

¿Se habría negado el derecho al pensión de invalidez, legalmente adquirido, por ser incompatible su disfrute con la asignación de retiro?

¿Se habría declarado el derecho a la pensión de invalidez, pero negado la petición relativa a su pago, por razón de esa misma incompatibilidad?

¿Se habría ordenado el pago de la pensión de invalidez en lugar de la asignación de retiro, interpretando que por el hecho de pedirse la primera de tales prestaciones el actor solicitó en su demanda la sustitución?

Mas, no insistiré sobre este punto porque con mucha frecuencia la cuestión de los presupuestos procesales y, en general, de la técnica de la demanda, se sale del marco de toda consideración objetiva para entrar en la esfera de una estimación subjetiva, pues influyen tendencias de rigor o de elasticidad de mayor o menor amplitud de criterio en la interpretación de las normas procesales.

Pero es pertinente anotar que entre la laxitud procesal y la maraña del formulismo que aboga el derecho sustancial, se coloca la moderada exigencia de ciertos presupuestos y condiciones que permitan un adecuado pronunciamiento jurisdiccional sobre la cuestión en litigio.

Joaquín Vanín Tello.

Bogotá, D.E., veinticinco (25) de mayo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DR. SAMUEL BUITRAGO HURTADO

Actor: **Napoleón Acosta Gualtero**

Referencia: Expediente No. 10.912

Por compartir plenamente las razones consignadas por el doctor Joaquín Vanín Tello en el Salvamento anterior, me adhiero a él.

Samuel Buitrago Hurtado.

Bogotá, D.E., veintisiete (27) de mayo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. ALCANCE DEL ART. 43 C.N. PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD DE LOS TRIBUTOS. DELEGACION DE FUNCIONES. Interpretando el numeral 10 del Art. 187 de la C.N. y el ordinal 7o. del Art. 197 C.N. No sólo desde el punto de vista literal sino con el criterio finalista que orientó la Reforma de 1968, que busca entre otras cosas el fortalecimiento del poder ejecutivo, debe concluirse que las Asambleas y Concejos pueden delegar en los Gobernadores y Alcaldes, por un lapso determinado, precisándoles, las facultades propias que bien por la Admi-

nistración o por la ley se les han asignado, entre las cuales están indiscutiblemente las impositivas. PRECISION Y AMPLITUD. No existe incongruencia entre estos dos términos.

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso. Bogotá, D.E., diez de mayo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Enrique Low Murtra**

Demandante: **Federación Nacional de Comerciantes. FENALCO.**

Referencia: Expediente No. 10.911. Importancia de Jurisprudencia. Nulidad del Acuerdo 31 de 1978 del Concejo Municipal de Cali.

El ciudadano Alberto Aguirre Quintero, actuando a nombre propio y como apoderado de la Federación Nacional de Comerciantes —FENALCO—, instauró demanda ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, y solicitó la nulidad de los siguientes estatutos tributarios:

a) El Acuerdo número 031 de 1978 del Concejo Municipal de Cali;

b) El Decreto Extraordinario 1912 de 1978 del señor Alcalde Municipal de Cali y

c) El Decreto 0234 de 1979 del Alcalde de Cali. Todos estos estatutos jurídicos hacen referencia al impuesto de industria y comercio en Cali. El primero de ellos otorga facultades pro-tempore al alcalde de Cali para que "elabore y expida un nuevo régimen para el impuesto de industria y comercio"; el segundo expide el nuevo régimen del impuesto de industria y comercio en ejercicio de esas facultades y el tercero es reglamentario del Decreto 1912 de 1978.

LA DEMANDA:

El demandante hace una prolija y muy documentada exposición sobre el artículo 43 de la Constitución Nacional para concluir que el Concejo Municipal no puede delegar la facultad de imponer contribuciones como lo hizo el cabildo de Cali en el asunto que se analiza. Considera el memorialista que el principio de legalidad de los impuestos se remonta a Juan Sin Tierra cuando en la Carta Magna de 1215 se sostuvo que "la facultad de crear impuestos radicaba solamente en cabeza del cuerpo legislativo como representativo de la voluntad popular". Posteriormente el rey Carlos I debió acoger igualmente la "petición de derechos" que le presentó el Parlamento y someterse al principio de que "no se establecerán impuestos sin el consentimiento del Parlamento". Declaraciones análogas se repitieron a lo largo de la historia: "la declaración de derechos" del Parlamento inglés en 1689 a raíz de la caída del rey Jacobo II, la declaración de independencia de las colonias británicas de América del Norte de 1776; la declaración de los derechos del hombre de 1789 en Francia; el movimiento comunero, entre nosotros, en 1781; etc.

Estos antecedentes históricos, según el libelista, se concretan finalmente en 1910, en el acto legislativo número 3 de ese año, y, en su artículo 6o. se dice:

"En tiempo de paz *solamente* el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales podrán imponer contribuciones". En esta norma se estipula que no puede haber impuesto o gravamen que no tenga su fuente en los organismos colegiados de elección popular: solo éstos pueden imponer contribuciones.

Después de hacer unas citas doctrinarias interesantes, el actor entra a analizar el punto central de su interpretación: del tenor del artículo 43 del régimen constitucional se colige, según él, que la facultad de imponer contribuciones es indelegable, vale decir, que el Concejo Municipal no puede delegar, en el ejecutivo, la facultad de imponer contribuciones. Es decir, que no puede haber tributos originados en decretos extraordinarios.

El actor da varias razones para sostener este alcance: 1) la ubicación del artículo 43 en el Título III de la Constitución como una garantía individual fundamental; 2) el adverbio *solamente* que utiliza el artículo 43 de la Constitución Nacional; 3) la imposibilidad de utilizar el ordinal 7o. del artículo 197 de la Constitución Nacional, pues, según el demandante, el Concejo puede trasladar algunas de sus funciones al Alcalde, mas no todas.

Sobre este punto dijo el libelista:

"A partir del Acto Legislativo No. 1 de 1968 se presentó a nivel administrativo la figura de traslación de funciones de las corporaciones al ejecutivo. Antes existía y subsiste aún la figura del Presidente colegislador en uso de facultades precisas, pro-tempore y extraordinarias; de allí en adelante se consagró el traslado de facultades del Concejo al Alcalde, según el ordinal 7o. del artículo 197 de la Constitución Nacional que expresa:

"Son atribuciones de los Concejos, que ejercerán conforme a la ley, las siguientes:

"Autorizar al Alcalde para... ejercer, pro-tempore, precisas funciones de las que corresponden a los Concejos.

"Las competencias legislativa, administrativa y jurisdiccional son propias de cada rama; pero no son "propiedades" suyas, porque ellas son parte de un solo poder; de allí se desprende su deber de colaborar armónicamente. Sin embargo, la colaboración de que se habla no es arbitraria y ni siquiera discrecional; no se puede ejercer la función ajena sino en virtud de autorización constitucional y legal, porque son la Constitución y la ley las únicas que fijan competencias, de modo que nadie puede ni usar las ajenas ni trasladar las propias sin autorización expresa.

"Este principio que se da a nivel de ramas del poder público es igual para todos los demás niveles y para todos y cada uno de los cargos, cargas y funciones públicas. De allí que dentro de nuestra Constitución Nacional haya algunas normas dominantes de la función pública, así:

"El artículo 2o. dispone que los poderes públicos "se ejercerán en los términos que esta Constitución establece" y no en otros; no en los del abuso o del exceso; no en los de la inacción o de la omisión;

"—en desarrollo de ese precepto, el artículo 63 señala que, dentro de las funciones públicas, todos tendrán las suyas señaladas en ley o en reglamento, o sea que cada cual tendrá lo suyo y no lo ajeno y nadie podrá desprenderse de sus funciones;

"—tan cierto es que nadie puede a su talante desprenderse de sus funciones, que el artículo 20 hace responsables a todos quienes ejerzan funciones públicas, tanto por si hacen más de lo que les toca, o sea lo ajeno, cuanto por si no hacen lo que les toca. Esto conduce a que, en cuanto a funciones públicas, cada uno tiene que ejercer las suyas por sí mismo.

"No obstante todo lo anterior, la ley faculta a veces a algunos funcionarios o corporaciones, para delegar algunas de sus funciones o para trasladar otras precisas, a otras autoridades. Este último es el caso que plantea el ordinal 7o. del artículo 197 de la Constitución Nacional ya transcrito.

"Habremos de preguntarnos si el Concejo de Cali podía válidamente, constitucionalmente, trasladar su facultad impositiva al Alcalde de Cali. Como las disposiciones de la Constitución forman un todo armónico e integrado, no pueden leerse ni analizarse independientemente, sino siempre de consuno y así es como habrá de entrarse al análisis de esta cuestión y esto será lo que resulta:

"El Concejo puede autorizar al Alcalde para ejercer, pro-tempore, precisas funciones de las que corresponden al Concejo. Sin embargo, como en tiempo de paz solamente el Concejo puede imponer contribuciones, cuando no se trate de situación de turbación del orden, el Concejo no podrá trasladar esta función al Alcalde".

Después de citar varios tratadistas que sostienen que el ejecutivo sí puede crear tributos en uso de facultades extraordinarias, (Copete, Fernández Botero) para contraargumentar e insistir en la imposibilidad constitucional de delegar la función legislativa del tributo. De todo este análisis llega a la conclusión que las normas acusadas violaron el artículo 43 de la Constitución (violación directa), y los artículos 2o., 63 y 20 de la Carta Fundamental.

IMPUGNACION:

El alcalde de Cali, se constituyó en parte impugnadora y nombró sus apoderados legales, quienes presentaron también un prolijo y detallado análisis a fin de contradecir la posición de los libelistas. De su memorial se destacan los siguientes puntos: 1) Que la jurisprudencia del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos sostienen que la Reforma de 1968 autoriza a los Concejos Municipales a delegar sus funciones, en forma precisa y pro-tempore a favor del alcalde sin restricción alguna (cubre los impuestos). 2) Que esta jurisprudencia tiene sólido sustento en el tenor de la Constitución, en las razones del constituyente de 1968, en su sentido teleológico y en el sustento doctrinario. De su alegato se transcriben los siguientes apartes:

"Las Tesis a probar que corroboran la Jurisprudencia Actual.

"2.1.1. Que la facultad del artículo 197, ordinal 7o. de la Constitución en cuanto instituye la delegación de funciones del Concejo al Alcalde es semejante

a la prevista en el Artículo 76.12 de la Constitución Nacional y a la prevista en el artículo 187, ordinal 10 de la Constitución Nacional.

"2.1.2. Que jurisprudencial, doctrinaria e históricamente el instituto denominado "Facultades Extraordinarias" cuya tipología constitucional se manifiesta en las formas de delegación de los artículos 76.12, parte final del artículo 187, ordinal 10 y parte final del Artículo 197.10 se *se ha considerado como instrumento "Constitucionalmente válido" para delegar la función impositiva en tiempo de paz en Colombia*, estando absolutamente superada la discusión que sobre ese particular hubo alguna vez y que hoy el demandante pretende en una labor de "paleontología" constitucional revivir, queriendo hacer aparecer fosilizada y fragmentaria transcripción de una sentencia citada de modo equívoco como doctrina actual.

"2.1.3. Que una rectificación jurisprudencial en esta materia no solo iría en contravía histórica, sino que sería retroceder el orden jurídico a épocas anteriores a la existencia del Estado de Derecho: El Estado Estamental de la edad media cuyas instituciones pretenden ligeramente invocarse por el demandante como exégesis de nuestra Constitución, y que por el contrario el mecanismo de la delegación, aún de las funciones impositivas, es pieza maestra de un Constitucionalismo moderno que busca adecuar las instituciones a la realidad de las sociedades y que encontró en este instrumento la armonía entre la soberanía de los cuerpos elegidos popularmente que mantienen el principio de la representatividad y la *sabiduría* de los mismos para determinar autónomamente *cuándo* y en *qué casos deben traspasar pro-tempore el ejercicio* de una función al ejecutivo por considerar "según los tiempos" (pro-tempore) que pueda ser ejercida de modo más adecuado por éste.

"2.1.4. Que cuando el Concejo de Cali expidió el Acuerdo 031 de 1978, hizo uso válido de una función atribuida por la Constitución Nacional en el artículo 197, ordinal 7o., de la misma".

Y en forma extensa, utilizando al efecto la jurisprudencia, la doctrina, los antecedentes históricos del Acto Legislativo número 1 de 1968 y el propio tenor de normas análogas en el derecho comparado, coligen los memorialistas:

"6.2. Como lo ilustra meridianamente el doctor Alvaro Copete Lizarralde, en concepto sobre el caso sub-judice que adjuntamos, cuatro son los requisitos para el ejercicio de la facultad constitucional del artículo 197, ordinal 7o.:

"1. Que el Concejo las confiera conforme a la ley.

"2. Que las facultades sean temporales.

"3. Que las facultades sean precisas.

"4. Que las facultades se refieran a funciones que correspondan al propio Concejo.

"6.3. *Análisis del Acuerdo y de afirmaciones de la demanda.*

"1. El Concejo concedió las facultades por Acuerdo Municipal.

"2. Las facultades fueron conferidas hasta el 15 de diciembre de 1978.

"3. Las facultades son precisas, extremadamente precisas. Compárese por ejemplo con las que a nivel nacional se han concedido y declarado exequibles para que se constate el rigor conceptual con el cual se elaboró el Acuerdo. (Véase para establecer el paralelo por ejemplo la ley que revistió de facultades para "reajustar el Impuesto de Timbre" declarada exequible).

"De otra parte el demandante, probablemente por lo meridiano, no ha cuestionado estos aspectos (1, 2 y 3 del punto 6.2) de la legalidad del Acuerdo y por ser la justicia administrativa rogada no cabe pronunciamiento sobre ellos.

"4. Que las facultades se refieren a funciones que corresponden al Concejo.

"No cabe *duda alguna* que el Impuesto de Industria y Comercio, es un impuesto municipal. Basta *leer* la Ley 97 de 1913 que acaba de ser declarada *exequible* por la Corte Suprema de Justicia (según información del Diario El Tiempo No. 23694 de marzo 14 de 1980, página 1A y 6B), la Ley 84 de 1915, la 29 de 1963, la 33 de 1968.

"Por ello no es *serio* sustentar que el Concejo se inventó de la nada el Impuesto de Industria y Comercio, como pretende el demandante, utilizando en su exceso literalista el verbo *crear* como: producir algo de la nada, cuando lo debe entender en su acepción: *Establecer*, y en nuestro caso *establecer conforme a la ley*. El Impuesto de Industria y Comercio tiene su origen en la ley; con ello se cumple, lo que nadie discute, que la competencia de las Asambleas y Concejos es una competencia subordinada a la ley en materia impositiva (véanse sentencia de la Corte Suprema de Justicia de febrero 26 de 1973, Magistrado Ponente doctor Guillermo González Charry. Sentencia de junio 2 de 1971, Guillermo González Charry. Gaceta Judicial CXXXVIII página 224)".

FALLO DEL TRIBUNAL:

El Tribunal Administrativo del Valle negó las súplicas de la demanda. Después de hacer un elaborado estudio que incorpora métodos históricos, sistemáticos y finalísticos para la interpretación de las dos normas constitucionales controvertidas, concluye:

"1. De conformidad con el artículo 43 de la Constitución, en concordancia con el artículo 197, ordinal 7o. y el artículo 187, ordinal 10, en tiempo de paz solamente pueden imponer contribuciones el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales, el Presidente de la República, en ejercicio de facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso, el Gobernador del Departamento en ejercicio de facultades extraordinarias otorgadas por la Asamblea y el Alcalde Municipal en ejercicio de facultades extraordinarias otorgadas por el Concejo Municipal.

"Para llegar a esta aseveración se ha utilizado el método de interpretación sistemático el cual se deriva del hecho que un artículo de la Constitución no es una norma aislada, sino parte integrante de un sistema de reglas constitucionales que tienen un propósito común. Cada artículo está interrelacionado con los otros: se encuentra influenciado por ellos y a su vez ejerce influencia sobre ellos. Las conexiones sistemáticas entre varias normas de la Constitución contribuyen a una interpretación apropiada de cada una de ellas.

"También se ha utilizado el método teleológico o funcional y el histórico. El primero, en cuanto se trata de definir cuál es la función que una norma determinada debe cumplir dentro del contexto de toda la Constitución. Las normas consagradas en la Constitución son expresiones de las decisiones e intenciones políticas y de las creencias. Estas decisiones, intenciones y creencias pueden ser llamadas la filosofía o, con la palabra griega, el "telos" de la Constitución. El método histórico, a su vez, saca sus conclusiones de la historia de las normas de la Constitución.

"En efecto, si bien el Acto Legislativo de 1910 estableció el principio de que no puede haber imposición sin representación, en su artículo 6o., —43 de la Carta—, a su vez el artículo 76 ordinal 12 consagraba desde 1886 la posibilidad de revestir el Congreso al Presidente de facultades extraordinarias. En cuanto a las entidades territoriales, hasta el año 1968 las Asambleas y los Concejos fueron los únicos competentes para establecer contribuciones.

"Uno de los propósitos fundamentales de la reforma de ese año fue el de agilizar la actividad administrativa del gobierno. Vidal Perdomo explica así este objetivo (op. cit., Presentación): "el aumento de facultades de los gobiernos nacional, departamental y municipal en materias económicas y administrativas busca confiar a las autoridades más experimentadas en esos campos la toma de las respectivas decisiones y también acelerar la marcha de los negocios públicos como corresponde a la urgencia y realidades de los tiempos modernos". Y uno de los instrumentos normativos de esta reforma para fortalecer al ejecutivo departamental y municipal fue precisamente la consagración de la posibilidad de recibir facultades de los cuerpos representativos en materia tributaria.

"2. Tanto el Concejo Municipal como el Alcalde, obrando en ejercicio de facultades extraordinarias, tienen una competencia reglada en materia de contribuciones, estando subordinados a la ley que establezca el gravamen de que se trata.

"El Alcalde, además, debe respetar los límites de precisión y temporalidad de las facultades otorgadas.

"En el presente caso, el impuesto de industria y comercio se encuentra establecido por la Ley 97 de 1913, y el Alcalde, al dictar el acuerdo acusado se ciñó, además, a las autorizaciones conferidas por el Concejo Municipal de Cali".

APELACION:

El actor interpuso recurso de apelación contra la sentencia del tribunal y, además, sustentó su recurso mediante memorial visible a folios 278 y siguientes del expediente. En ese memorial el actor insiste en sus argumentos originales: el principio de la legalidad de los impuestos, el adverbio *solamente* en el artículo 43 de la Constitución Nacional y la conclusión de que el Concejo no puede conceder al alcalde la atribución impositiva pues, en su sentir, únicamente la puede ejercer el cabildo, directamente.

También el apoderado del Municipio de Cali presentó un alegato que insiste en los argumentos jurisprudenciales y doctrinarios de los impugnado-

res que fueron acogidos por el Tribunal. Solicita la confirmación de la sentencia. En el mismo sentido se pronuncia el señor fiscal tercero ante esta Corporación.

AUDIENCIA PUBLICA

Los argumentos presentados por las dos partes fueron reiterados durante una audiencia pública celebrada el 10 de marzo de 1982. En esa oportunidad rearguyó igualmente por el coadyuvante que el alcalde de Cali no recibió facultades *precisas*, sino que sus facultades fueron demasiado amplias, razón por la cual bien puede colegirse que el Acuerdo demandado es demasiado amplio, y el decreto-acuerdo es inconstitucional. Dijo así:

"1o. Tanto la doctrina como la jurisprudencia se hallan de acuerdo en que el otorgamiento de facultades extraordinarias por parte del legislativo al ejecutivo, debe reunir requisitos exigidos inexorablemente por la Constitución, y cuya omisión genera automáticamente la ineficacia jurídica de tales atribuciones. Sobre este punto no hay discusión. Entre esos requisitos se encuentra el de la precisión de las facultades extraordinarias. Ya el señor Cáro se refirió a este requisito; también, entre otros, los doctores Eduardo Villegas y Hernán Toro hicieron al respecto magníficos estudios y explicaron sus fundamentos, por lo cual, no me extiendo sobre el particular. Basta anotar que así se consagró, pues tratándose de un régimen de excepción en virtud del cual el legislativo se desprende, bien por delegación, bien por atribución de competencia, de una función que le es por esencia inherente, tal acto es de carácter restrictivo, circunscrito y exactamente delimitado, pues, de lo contrario, el ejecutivo puede excederse al ejercer esas facultades, y, por ende, vulnerar los derechos de los asociados, rompiendo así el equilibrio de los poderes, quebrantando las instituciones y, consecuencialmente la misma Constitución. Sobre ese tópico tampoco hay discusión.

"2o. Trato de demostrar que las facultades concedidas por el Concejo Municipal al Alcalde de Cali para organizar el impuesto de Industria y Comercio, al contrario de lo dicho por el Tribunal de Cali, fueron imprecisas.

"En efecto dice el artículo 7o. del Acuerdo 31, del 30 de octubre de 1978:

"La facultad de que trata el artículo anterior se otorga para modificar en su totalidad el régimen vigente que consta en los diferentes acuerdos municipales, pudiendo en especial reformarlo en cuanto a bases gravables, tarifas, sujetos pasivos del impuesto, procedimientos para determinar el gravamen, sus correspondientes sistemas de control, establecer si fuere el caso la obligación de presentar declaración de Industria y Comercio por parte del contribuyente, y dictar las normas procedimentales pertinentes. *Esta enumeración es enunciativa y no limitativa* por cuanto las funciones que se delegan por parte del Concejo en el Alcalde Municipal, facultan a este último para expedir un nuevo estatuto orgánico, procedimental y de control del régimen del impuesto de Industria y Comercio.

"3o. Es obvio, que al otorgar las facultades no limitativas se desconoció, se omitió el requisito de la precisión.

"Lo ilimitado es lo contrario a lo limitado. Lo ilimitado no tiene linderos, no es específico, no es circunscrito y por lo mismo no puede ser preciso. Es claro que al concederse facultades extraordinarias ilimitadas, el ejecutivo, podía, como en efecto sucedió, proceder a su arbitrio, sin pautas, sin límites.

"Conceder facultades extraordinarias así concebidas, es tanto como incitar al ejecutivo a volar en cielo infinito y a legislar únicamente para su propio interés, a su libre arbitrio.

"Exactamente para evitar anomalías de esta clase, dijo el constituyente:

"Establézcanse pautas, pónganse límites, alindérense, para que dentro de tal marco, taxativamente actúe el ejecutivo.

"4o. La interpretación de la ley, si bien algunas veces puede ser amplia, en otras es restrictiva. Diferentes escuelas existen sobre el particular, pero cualquiera de los métodos que se escojan en este caso para interpretar la locución "Facultades precisas" va a desembocar en la misma conclusión, a saber, que las que aquí se estudian, al no ser limitadas son imprecisas.

"La tesis que expongo es la del señor Caro. Al respecto el jurista Eduardo Fernández Botero, en su obra "Estudios sobre la Constitución Política de Colombia" (pág. 288 y ss.) y refiriéndose a la tesis de Caro dice:

"El calificativo *precisas* antepuesto deliberadamente por el señor Caro, al sustantivo "facultades" exige que ellas sean fijas, exactas, ciertas y determinadas". Y más recientemente la misma tesis aquí expuesta fue sostenida por otro gran jurista, el doctor Hernán Toro Agudelo, que además de sus estudios sobre la materia, se expresó así, en sentencia de agosto 30 de 1970, G. J. 2338.

"La facultad extraordinaria ha de quedar ubicada dentro de las precisas dimensiones de la materia. Y allí mismo pone el siguiente ejemplo de imprecisión: "Facúltase al ejecutivo para modificar el C. Civil".

"El contexto literal y su espíritu, no deja dudas de que la disposición contenida en el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, respecto a acepción "precisas facultades", es la que gramaticalmente sostengo.

EN EFECTO:

"a) Los diccionarios de la Real Academia, Cabanillas, Enciclopedia del Idioma, Diccionario de Derecho Privado, entre otros, dicen al respecto:

"*Limitar:* Poner límites, acortar, restringir, fijar la extensión mayor que pueda tener la jurisdicción, la cantidad o los derechos y facultades de uno, reducir, acortar, tasar.

Límite: Término del cual no puede pasar el valor de una cantidad.

Limitación: Supresión de poder o atribuciones. Racionamiento.

Ilimitado: Que no tiene límite, indefinido.

Precisar: Fijar o determinar de manera exacta y concreta.

Precisión: Determinación, exactitud.

Preciso: Necesario, indispensable, puntual, fijo exacto.

Impreciso: Vago, indefinido.

"b) El señor José Cuervo, en sus obras, "Apuntaciones críticas sobre el lenguaje en Bogotá". Notas a la Gramática de Bello y "Diccionario de Construcción y Régimen de la Lengua Castellana", explicando la formación y fuerza de la oración", sigue el mismo lineamiento".

"En igual sentido se pronuncia el señor Miguel A. Caro, como puede verse en sus "Estudios Filológicos y Gramaticales" (Obras completas Tomo IV).

"Entonces, de conformidad con los artículos 27, 28 y 29 del C. Civil, la acepción "precisas facultades" usada en el artículo de la Constitución que comento, tiene el sentido transcrito y no otro. Y más aún si se tiene en cuenta que la interpretación debe ser *restrictiva*, por cuanto al otorgamiento de facultades extraordinarias, en el caso que se estudia, constituye un régimen de *excepción*, que excluye criterio distinto y de amplitud, al tenor de un universal principio de derecho.

"Por tanto, si lo ilimitado, en su significación jurídica, es indefinido y por lo mismo impreciso, necesariamente debe concluirse que el Concejo de Cali, al conceder facultades extraordinarias al Alcalde en forma "enunciativa y no limitativa" quebrantó la Constitución, pues tales facultades deben ser precisas, fijas, ciertas, exactas.

"c) El señor Caro redactó y explicó el artículo original sobre la materia, y que corresponde al actual artículo 76 ordinal 12. Es indiscutible la autoridad del autor.

"En los anales del Congreso se leen las intervenciones de Eduardo Villegas, en una época, y en otra, de Hernán Toro Agudelo, quienes sostuvieron la tesis que fue acogida y consagrada, sobre la necesidad de precisar en forma cierta y exacta, las facultades extraordinarias que concede el legislativo al ejecutivo, como única forma de mantener el justo equilibrio entre los órganos del poder y proteger a los asociados pues el objetivo fundamental de la ley es el bien común que debe prevalecer sobre las necesidades monetarias del ejecutivo, en un momento dado, porque la *equidad* campea en el derecho público.

"Es evidente que en la audiencia se esbozó tímidamente, pues mis argumentos no fueron combatidos ni menos refutados, una tesis distinta. Pero repito ahora, como lo dije anteriormente, y siguiendo a otro gran jurista, el doctor Ricardo Hinestrosa Daza, que en el peor de los casos es preferible equivocarse con los señores Cuervo y Caro, a optar por tesis contraria, sofística y peligrosa.

"A lo largo y ancho de la historia colombiana, la experiencia ha demostrado que cuantas veces el intérprete ha procedido en esta y similares materias con criterio de manga ancha, los resultados han sido catastróficos, por lo cual se ha tenido que acudir a nuevas reformas de la Constitución.

"d) El Alcalde de Cali, al desarrollar las facultades ilimitadas que le fueron concedidas, incurrió como era de esperarse, en exceso notorio; y al

regular el impuesto de "Industria y Comercio" pecó contra la justicia distributiva y los principios elementales de la técnica en materia de gravámenes.

"Basta leer el Decreto Extraordinario 1912 de 15 de diciembre de 1978, para ver de inmediato que se gravaron las entradas "brutas", siendo así, como es sabido, que el impuesto sólo puede recaer sobre las entradas "netas", porque al gravarse las entradas "brutas" el impuesto viene a ser indefinido, incierto e inequitativo.

"Sobre esta materia me remito a la sentencia del Honorable Consejo de Estado, abril 8 de 1976, expediente No. 3452 "Textiles Panamericanos S.A." Magistrado Ponente Bernardo Ortiz Amaya, en la cual se estudia y agota la materia. En esa sentencia se declara la inaplicabilidad por inconstitucional del Acuerdo del Municipio de Bello, sobre impuesto de Industria y Comercio, apoyándose en la falta de certeza y precisión de la forma en que se consagró el impuesto, el cual adolece de esos defectos cuando recae exclusivamente sobre utilidades brutas, que no pueden por sí solas reflejar realmente la materia gravable".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

A. *Alcance del artículo 43 de la Constitución Nacional:*

El artículo 43 de la Constitución Nacional consagra el principio de la legalidad de los tributos. Este principio, junto con los principios de la igualdad, la generalidad y la capacidad contributiva son elementos esenciales de la formación de los impuestos, de su desarrollo legislativo y de su interpretación doctrinaria y jurisprudencial.

El principio de la legalidad de los tributos "surge de otro emimentemente político: que no puede haber tributo sin representación, es decir, sin consentimiento de la colectividad", representada a través de sus corporaciones de elección popular. No obstante este principio no limita a la corporación de elección popular la capacidad de delegar en el ejecutivo la función de detallar el régimen tributario, en ejercicio de facultades precisas y pro-tempore, dentro del marco exacto que el órgano legislativo le haya señalado.

Esta conclusión es lógica desde tres puntos de vista: 1) uno estrictamente finalístico. El objetivo de la norma. Se quiere que la tributación se origine en el cuerpo de elección popular. Y tal objetivo se mantiene bien cuando el impuesto lo establece el organismo corporativamente, bien cuando delega su detalle al ejecutivo; 2) un segundo aspecto es el sistemático: el artículo 197 de la Constitución Nacional forma un todo armónico con las otras normas de la Carta, entre ellas el artículo 43. De suerte que entre uno y otro no existe contradicción: aquel autoriza a los concejos para delegar en el alcalde facultades que le son propias con solo dos límites, que las facultades delegadas sean precisas y pro-tempore. No pone limitaciones sobre el tema objeto de la delegación. Lo que la norma no ha establecido no lo puede hacer el intérprete. 3) el actor insiste en una interpretación literal: subraya el adverbio *solamente* del artículo 43 de la Constitución. Este adverbio no limita la delegación: precluye sí la facultad del ejecutivo de poner contribuciones sin delegación. Pero si aún en gracia de discusión se dijese que existe contradicción entre el artículo 43 y el

197, debería prevalecer, este último pues aquél tiene su origen en el Acto Legislativo número 3 de 1910 y éste en el Acto Legislativo número 1 de 1968.

Esta interpretación coincide con los puntos de vista de la jurisprudencia y la doctrina: En varias oportunidades el Consejo de Estado e igualmente los tribunales administrativos han sostenido que "es la Constitución la que concede a las Asambleas y Concejos la facultad de establecer impuestos y contribuciones y es la misma Constitución la que permite delegar pro-tempore en los Gobernadores y Alcaldes precisas funciones de las que les corresponden... ¿cuáles funciones? Interpretando el numeral 10 del artículo 187 y el ordinal 7 del artículo 197 no sólo desde el punto de vista literal sino con el criterio finalista que orientó la reforma (de 1968), que busca entre otras cosas el fortalecimiento del poder ejecutivo, debe concluirse que las Asambleas y Concejos pueden delegar en los Gobernadores y Alcaldes, por un lapso determinado, precisándoles, las facultades propias que bien por la Administración o por la ley se les han asignado, entre las cuales están indiscutiblemente las impositivas".

..."si esa disposición (el artículo 43) se armoniza con el numeral 10 del primero y con el 7o. del segundo tiene que considerarse que por voluntad de la misma Constitución, facultades como la impositiva sí pueden delegarse en los gobernadores y alcaldes, según se trate de impuestos departamentales o municipales, ya que las normas que autorizan el ejercicio pro-tempore a esos niveles no hacen distinción alguna". (Sentencias del Consejo de Estado de 21 de abril de 1971, Consejero Ponente Hernando Gómez Mejía).

La doctrina es también coincidente en esta apreciación: a) Vidal Perdomo en su "Historia de la Reforma Constitucional de 1968" destaca cómo esta reforma "aumentó los poderes del ejecutivo local, por cuanto... lo hizo depositario de facultades extraordinarias concedidas por el Concejo"; b) Betancur Cuartas en su Derecho Constitucional Colombiano sostiene que "El Concejo puede delegar, comisionar o facultar al Alcalde para que ejerza algunas de las funciones que a aquél le corresponden", y luego agrega: "Los actos que con base en tal encargo expida el Alcalde se consideran como si fueran expedidos por el propio Concejo o sea que tienen el mismo valor que los Acuerdos y pueden entonces derogar o modificar los acuerdos anteriores. Como ejemplo de este tipo de delegación pueden citarse las facultades que otorgue el Concejo al Alcalde para crear impuestos..." c) Luis Carlos Sáchica en su Reforma Constitucional de 1968, dice que "la extensión del procedimiento" de "facultades extraordinarias es conveniente por el funcionamiento no continuo de los Concejos", comentario que reitera luego en su clásico libro "Constitucionalismo Colombiano". d) Eduardo Fernández Botero, en sus "Estudios sobre la Constitución Política de Colombia" (pág. 611), Hernando Yepes Arcila en "La Reforma Constitucional de 1968 y el Régimen Político Colombiano" (pp. 276-281), Libardo Rodríguez en su obra "Los Actos Ejecutivos en el Derecho Colombiano", Javier Henao en su estudio "Panorama del Derecho Constitucional Colombiano", Jacobo Pérez en su obra "Derecho Constitucional Colombiano", coinciden todos en que las Asambleas pueden delegar a los gobernadores y los Concejos a los alcaldes facultades que le son propias, que esta delegación solo tiene por límites la temporalidad y la precisión de la ordenanza o del acuerdo, y que en todo se asimila tal delegación a la que el Congreso realiza cuando en

uso del ordinal 12 del artículo 76 otorga facultades al Presidente de la República. Sobre esto último cabe destacar la reiterada jurisprudencia del Consejo y de la Corte en el sentido de que "la disposición contenida en el artículo 43 de la Constitución establece el trascendental principio de que las contribuciones nacionales en tiempo de paz no se pueden establecer sino por el poder legislativo. Ha querido el Constituyente poner en manos del poder soberano de la Nación la facultad de crear o establecer los impuestos que han de servir para satisfacer en gran parte las atenciones de la Administración pública; pero cuando el Gobierno obra en igual sentido, o sea creando o aumentando contribuciones, por mandato o en ejercicio de facultades extraordinarias que le otorga el Congreso con el lleno de los requisitos señalados en el ordinal 12 del artículo 76, no está quebrantando el texto, espíritu y antecedentes del artículo 43, sino desarrollando actividades que le incumben por mandato de preceptos de igual origen y categoría". Conceptos análogos son aplicables a las contribuciones municipales: Ha querido el constituyente que las contribuciones municipales tengan origen en el cabildo porque allí reside la representación popular. Tal el alcance del artículo 43 de la Constitución. Pero cuando el alcalde obra en igual sentido, o sea creando o aumentando los tributos municipales, en uso de las facultades extraordinarias que le otorgue el Concejo con el lleno de los requisitos del ordinal 7o. del artículo 197, no está quebrantando el texto ni el espíritu ni los antecedentes del artículo 43, sino desarrollando actividades que le incumben por mandato de preceptos de igual origen y categoría.

El desarrollo de la legislación delegada es propio de los tiempos modernos en muchos regímenes constitucionales: Manuel García Pelayo, citado por los impugnadores en este proceso, destacan el caso de la Gran Bretaña: "el crecimiento de la legislación delegada es decir la sustitución del Parlamento por el Gobierno... ha sido el resultado de una serie de causas...: 1) el apremio de tiempo en relación con el gran volumen de legislación; 2) el carácter técnico de algunas materias para cuya decisión es inadecuado el Parlamento; 3) la imposibilidad de prever todos los casos posibles... 4) la necesidad de conseguir una flexibilidad que permita adaptarse a necesidades futuras; 5) el mejor aprovechamiento de las lecciones de la experiencia; 6) la frecuencia en un Estado moderno de una legislación de necesidad y urgencia... Esta delegación puede tomar una amplitud tan considerable que se llegue en verdad a una sustitución de la genuina función del Parlamento...". En Francia, la Constitución de 1958 institucionalizó la práctica de las delegaciones legislativas de modo que el "Decreto-ley" tiende a sustituir la ley en sentido formal. En Estados Unidos también ha tenido lugar un amplio desarrollo de la legislación delegada.

Colombia no ha sido ajena a este proceso y por eso la tendencia histórica ha sido la de aumentar las facultades de delegación que tienen los cuerpos de elección popular del poder público: al exigir la delegación se respeta el origen de la norma, al ponerle límites de temporalidad y precisión se respeta la voluntad colectiva, pero al permitir la delegación se le entrega al ejecutivo una potestad de acción que va en armonía con las exigencias del Estado moderno.

2. EL CASO CONCRETO:

Considera uno de los coadyuvantes que cuando el Concejo de Cali expidió el Acuerdo 031 de 1978 no se ciñó estrictamente a las condiciones de precisión

que exige el ordinal 7o. del artículo 197 de la Constitución Nacional. Basa su aserto en que el referido acuerdo le otorgó al alcalde la facultad de modificar en su totalidad el régimen vigente sobre impuesto de industria y comercio.

La Sala discrepa igualmente de esta observación por las siguientes razones:

Unas facultades precisas pueden ser amplias o pueden ser estrechas, pues una cosa es la precisión y otra la amplitud. Sobre el alcance de estos términos bien vale la pena recurrir al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: Allí se lee:

1. *Precisión:* Determinación, *exactitud,* puntualidad, concisión.

2. *Amplitud:* Extensión.

No existe incongruencia entre estos dos términos: unas facultades pueden ser precisas y amplias, o pueden ser precisas y estrechas. En el caso de autos no cabe duda que se trata de una facultad precisa: "modificar el impuesto de industria y comercio", el mismo que creó la Ley 95 de 1913, el mismo que regía en Cali anteriormente: la precisión está en que de allí salen con exactitud ciertos elementos: fijar la base imponible y la tarifa del tributo, en un impuesto cuyo hecho generador como bien lo ha dicho el Consejo de Estado en reiterada doctrina son las actividades comerciales, industriales y de servicios que utilizan la infraestructura municipal.

Más exacto no puede ser. Más preciso no puede ser. ¿Que es amplio? Sí. Pero ni la Constitución ni la ley han dispuesto que las facultades sean estrechas. La precisión como bien lo dice el tratadista Copete Lizarralde se refiere a la materia objeto de la delegación no a su extensión.

Por lo tanto el Consejo de Estado por medio de su Sala Plena de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Samuel Buitrago Hurtado, Presidente; **Aydée Anzola Linares,** (ausente). **Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Dangond Flores,** (ausente); **Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn,** (con salvamento de voto); **Alvaro Orejuela Gómez, Bernardo Ortiz Amaya,** (salvó voto); **Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez Velasco, Ignacio Reyes Posada,** (ausente); **Gustavo Humberto Rodríguez, Eduardo Suescún Monroy, Roberto Suárez Franco, Jorge Valencia Arango,** (con salvamento); **Joaquín Vanín Tello,** (ausente).

Darío Quiñones Pinilla, Secretario.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. DELEGACION DE FUNCIONES. Artículo 197 No. 7o. C.N. exige que al delegar el Concejo al Alcalde facultades propias de esa Corporación, deban ser estas precisas. AMPLITUD Y PRECISION. El término Amplitud en el otorgamiento de unas facultades extraordinarias no contraría la noción de Precisión en cuanto el primero esté demarcado y limitado en su concepción, pero vulnera y hiere bruscamente la noción de Precisión en cuanto dichas facultades se otorguen con carácter enunciativo e ilimitado.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO BERNARDO ORTIZ AMAYA

Actor: **Federación Nacional de Comerciantes "FENACO"**

Referencia: Expediente No. 10.911

El suscrito Consejero disiente en forma respetuosa del criterio adoptado por la mayoría en este negocio, el cual considera que los términos del Acuerdo 31 de 30 de octubre de 1978 del Concejo de Santiago de Cali se acomoda a las previsiones del artículo 197 numeral 7o. de la Constitución Nacional.

El numeral 7o. dice textualmente lo siguiente:

"7o. Autorizar al alcalde para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes municipales y ejercer, pro-tempore, precisas funciones de las que corresponden a los Concejos".

Y el artículo 2o. del Acuerdo acusado al enumerar las facultades extraordinarias otorgadas al Alcalde para que "elabore y expida un nuevo régimen para el impuesto de Industria y Comercio" dijo textualmente que "esta enumeración es enunciativa y no limitativa por cuanto las funciones que se delegan por parte del Concejo en el Alcalde Municipal, facultan a éste último para expedir un nuevo estatuto orgánico, procedimental y de control del régimen del impuesto de industria y comercio".

Para contrarrestar el criterio de la mayoría cabe preguntar ¿puede haber algo más indefinido e impreciso que lo que por voluntad del propio Concejo ha quedado transcrito en los términos anteriores?

¿Puede por lo tanto pensarse que se han cumplido las exigencias del artículo 7o., que expresamente exige que al delegar el Concejo al alcalde facultades propias de esa corporación, deban ser estas precisas?

La sentencia de la cual me aparto, sostiene que las nociones de precisión y amplitud no son contradictorias y afirma que:

"No existe incongruencia entre estos dos términos: unas facultades pueden ser precisas y amplias, o pueden ser precisas y estrechas. En el caso de autos no cabe duda que se trata de una facultad precisa: 'modificar el impuesto de industria y comercio', el mismo que creó la Ley 95 de 1913, el mismo que regía en Cali anteriormente: la precisión está en que de allí salen con exactitud ciertos elementos: fijar la base imponible y la tarifa del tributo, en un impues-

to cuyo hecho generador como bien lo ha dicho el Consejo de Estado en reiterada doctrina son las actividades comerciales, industriales y de servicios que utilizan la infraestructura municipal.

"Más exacto no puede ser. Más preciso no puede ser. ¿Que es amplio? Sí. Pero ni la Constitución ni la ley han dispuesto que las facultades sean estrechas. La precisión como bien lo dice el tratadista Copete Lizarralde se refiere a la materia objeto de la delegación no a su extensión".

Por su parte los impugnadores del acuerdo estiman que:

"Lo ilimitado es lo contrario a lo limitado. Lo ilimitado no tiene linderos, no es específico, no es circunscrito y por lo mismo no puede ser preciso. Es claro que al concederse facultades extraordinarias ilimitadas, el ejecutivo podía, como en efecto sucedió, proceder a su arbitrio, sin pautas, sin límites.

"Conceder facultades extraordinarias así concebidas, es tanto como incitar al ejecutivo a volar en cielo infinito y a legislar únicamente para su propio interés, a su libre arbitrio.

"Exactamente para evitar anomalías de esta clase, dijo el constituyente:

"Establézcanse pautas, póngase límites, alindérese, para que dentro de tal marco, taxativamente actúe el ejecutivo.

"4. La interpretación de la ley, si bien algunas veces puede ser amplia, en otras es restrictiva. Diferentes escuelas existen sobre el particular, pero cualquiera de los métodos que se escojan en este caso para interpretar la locución 'Facultades precisas' va a desembocar en la misma conclusión, a saber, que las que aquí se estudian, al no ser limitadas son imprecisas".

Y más adelante transcribiendo al jurista Eduardo Fernández Botero sostienen:

"El calificativo *precisas* antepuesto deliberadamente por el señor Caro, al sustantivo 'facultades' exige que ellas sean fijas, exactas, ciertas y determinadas". Y más recientemente la misma tesis aquí expuesta fue sostenida por otro gran jurista, el doctor Hernán Toro Agudelo, que además de sus estudios sobre la materia, se expresó así, en sentencia de agosto 30 de 1970, G. J. 2338.

"La facultad extraordinaria ha de quedar ubicada dentro de las precisas dimensiones de la materia. Y allí mismo pone el siguiente ejemplo de imprecisión: 'Facúltase al ejecutivo para modificar el C. Civil' ".

Es por lo tanto claro que el término de amplitud en el otorgamiento de unas facultades extraordinarias no contraría la noción de precisión en cuanto el primero esté demarcado y limitado en su concepción, pero vulnera y hiere bruscamente la noción de precisión en cuanto dichas facultades se otorguen con carácter enunciativo e ilimitado como textualmente lo dispone la parte final del artículo 2o. del Acuerdo acusado.

La confusión de conceptos que contiene la sentencia a que me refiero hace que no comparta en ninguna forma la decisión tomada.

Bogotá, D.E., mayo 27 de 1983.

Bernardo Ortiz Amaya

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. DELEGACION DE FUNCIONES. Art. 197 No. 7o. C.N. FACULTAD IMPOSITIVA. En tiempo de paz no es procedente la delegación.

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D.E., dieciocho de mayo de mil novecientos ochenta y tres.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DR. CARMELO MARTINEZ CONN

Actor: **Federación Nacional de Comerciantes "Fenalco"**

Referencia: Expediente No. 10.911

Con todo respeto por la opinión mayoritaria, me aparto de ella por las razones que expongo a continuación:

1. El Acuerdo No. 31 de 30 de octubre de 1978 expedido por el Concejo Municipal de Cali y por el cual se reviste al alcalde de esa ciudad de facultades extraordinarias conforme a la autorización del numeral 7o. del artículo 197 de la Constitución Nacional, dice:

"El Concejo de Santiago de Cali, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de las conferidas en el artículo 197, ordinal 7o. de la Constitución Nacional y en la Ley 4a. de 1913,

ACUERDA:

"Artículo 1o. Revestir al alcalde de Santiago de Cali de facultades extraordinarias hasta el 15 de diciembre de 1978, con el fin de que elabore y expida un nuevo régimen para el impuesto de industria y comercio.

"Artículo 2o. *Las facultades de que trata el artículo anterior se otorgan para modificar en su totalidad el régimen vigente que consta en los diferentes acuerdos municipales,* pudiendo en especial reformarlo en cuanto a bases gravables, tarifas, sujetos pasivos del impuesto, procedimientos para determinar el gravamen, sus correspondientes sistemas de control; establecer si fuere el caso, la obligación de presentar declaración de industria y comercio por parte del contribuyente, y dictar las normas procedimentales pertinentes. *Esta enumeración es enunciativa y no limitativa por cuanto las funciones que se delegan por parte del Concejo en el alcalde municipal, facultan a este último para expedir un nuevo estatuto orgánico, procedimental y de control del régimen del impuesto de industria y comercio.*

"Artículo 3o. La mesa directiva del Honorable Concejo designará una comisión compuesta por 2 concejales y el señor contralor del municipio, quienes asesorarán al señor alcalde de la ciudad en la elaboración del proyecto de decreto del régimen de impuestos de que trata este acuerdo.

"Artículo 4o. Este acuerdo rige desde su sanción". (El subrayado es nuestro).

2a. En desarrollo de tan amplias facultades el alcalde municipal dictó el Decreto Extraordinario No. 1912 de 5 de diciembre de 1978, que contiene el

nuevo estatuto del impuesto de industria y comercio, incluyendo las normas procedimentales.

3a. Las normas de superior jerarquía que se dice fueron violadas son del siguiente contenido literal:

"Artículo 43 de la Constitución Nacional: 'En tiempo de paz solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos municipales podrán imponer contribuciones' ".

Artículo 197, numeral 2o. y 7o. de la Constitución:

"Artículo 197. Son atribuciones de los concejos, *que ejercerán conforme a la ley,* las siguientes:

"2o. Votar, en conformidad con la Constitución, la ley y las ordenanzas, las contribuciones y gastos locales.

"....

"7o. Autorizar al alcalde para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes municipales y *ejercer pro-tempore precisas funciones de las* que corresponden a los concejos.

El artículo 169, atribución 2a., Ley 4a. de 1913 (Código de Régimen Político y Municipal): "Son atribuciones de los concejos:

"2a. Imponer contribuciones para el servicio municipal, *dentro de los límites señalados por la ley y las ordenanzas, y reglamentar su recaudación e inversión".* (Lo subrayado es nuestro).

4a. Conforme a las normas sobre interpretación de la ley y de la Constitución se entiende, que también es "ley", la disposición especial que prefiere a la general, por lo que aplicando este principio al caso sub-judice, se tiene que el artículo 43 de la Carta es disposición especialísima, por la materia de que trata y el sujeto al cual está dirigida; por lo mismo, prefiere en su aplicación al numeral 7o. del artículo 197 ibídem. Sin embargo, la norma del artículo 43 contiene una excepción, al decir que "en tiempo de paz" solo los organismos en ella mencionados, tienen la facultad de imponer contribuciones, por lo que razonando a contrario sensu, se tiene que en tiempo de guerra o de turbación del orden público, esa atribución especial de los organismos de representación popular formados por el voto de los ciudadanos, puede estar en cabeza de un órgano distinto, valga decir, del ejecutivo. Debe entenderse entonces, que en estado de turbación del orden público esa atribución puede ejercerla el ejecutivo, que es responsable del orden público, según la Carta, pero obviamente, a través del mecanismo de las autorizaciones especiales previo en la Constitución a todos los niveles, es decir, Nación, departamentos y municipios.

Es así que el Concejo de Cali solo invocó para votar el acuerdo facultades del artículo 197, numeral 7o. de la Constitución y el Código de Régimen Político y Municipal y nada dijo en relación con alguna circunstancia relativa al orden público, luego debe entenderse que era tiempo de paz, y por lo mismo, no era procedente la delegación.

En esto difiero rotundamente de la decisión mayoritaria. Sin embargo, es protuberante por otro lado, que las facultades otorgadas por el Concejo al señor alcalde, no eran "precisas", como lo exige la Constitución, sino amplísimas, "por vía enunciativa", según se dice en el citado acuerdo.

Desafortunadamente el actor no atacó en la demanda este aspecto de la cuestión y atacó solo el aspecto relativo a que se trataba de facultades indelegables y que tampoco estabamos en estado de guerra, que no admite comparación con el estado de sitio. Al no atacarse este flanco del acuerdo, el actor descuidó un aspecto de la cuestión que seguramente habría tenido acogida favorable. Sin embargo, en la demanda nada se dijo sobre este particular y por lo mimo no era materia de fallo.

Señores consejeros,

Carmelo Martínez Conn

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS CONSEJEROS DRS. JORGE VALENCIA ARANGO Y JORGE DANGOND FLORES

Actor: **Federación Nacional de Comerciantes "Fenalco"**

Referencia: Expediente 10.911

Las razones que nos llevaron a separarnos de la sentencia mayoritariamente acordada, aparecen maravillosamente expuestas en los salvamentos de voto de los Consejeros doctores Carmelo Martínez Conn y Bernardo Ortiz Amaya, por lo que los damos por reproducidos en este escrito.

Boogotá, D.E., junio 3 de 1983

Jorge Valencia Arango, Jorge Dangond Flores

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Las prohibiciones que dejó vigente la Ley 29 de 1963 quedaron restringidas a aquellas actividades relacionadas con la producción primaria, agrícola y ganadera y al tránsito de productos alimenticios. Sentencia de abril 10/67 que declaró exequible el Decreto 84 de 1964. La decisión tomada por el Consejo en aquella oportunidad coincide con el criterio que impera en la Sección Cuarta.

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D.E., veinticuatro de mayo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Bernardo Ortiz Amaya**

Actor: **Sociedad Molinos Doria Ltda.**

Referencia: Expediente No. 10.906. Importancia de jurisprudencia. Nulidad Resoluciones Nos. 2538/76 y 3013 del mismo año, expedida por la Junta Distrital de Hacienda. Asuntos Municipales.

La sociedad Molinos Doria Ltda. por medio de apoderado debidamente constituido, formuló demanda en ejercicio de la acción de plena jurisdicción para obtener la declaración de nulidad de las Resoluciones Nos. 2538 de 24 de junio de 1976 y 3013 de 21 de octubre del mismo año emanadas de la Junta Distrital de Hacienda en cuanto decidieron negar la ratificación y revocar cancelando la Resolución No. 1296 de 25 de octubre de 1976 por medio de la cual se reconocía a la empresa demandante exenta del pago de impuesto de industria y comercio.

El actor señaló como violadas con las decisiones administrativas acusadas el artículo 1o. de la Ley 20 de 1946; el artículo 3o. de la Ley 29 de 1963; el artículo 1o. del Decreto 594 de 1947 y el artículo 1o. del Decreto 84 de 1964.

COMO CONCEPTO DE VIOLACION EXPRESO:

"La Ley 20 de 1946, en su Art. 1o. prohibió a los departamentos y municipios *imponer o cobrar gravámenes de cualquier clase o denominación* a la producción de los artículos alimenticios de primera necesidad que determine el Ministerio de Economía Nacional (hoy Superintendencia de Industria y Comercio adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico), *así como a los establecimientos, actividades y elementos destinados a su producción.*

"Por medio del decreto reglamentario de la anterior ley, o sea el 594 del 18 de febrero de 1947, del Ministerio de Fomento, se definió con claridad meridiana cuáles eran las materias sobre las cuales la prohibición decaía así:

"Art. 1o. Para los efectos de lo dispuesto en el Art. 1o. de la Ley 20 de 1946, prohíbese a los departamentos y municipios imponer o cobrar gravámenes de cualquier clase o denominación a la producción y tránsito de los artículos alimenticios de primera necesidad, tales como papa, arroz, frutas, legumbres, plátanos, lentejas, garbanzos, arveja, azúcar, panela, leche y sus derivados como mantequilla, queso con crema o descremado, fríjoles, maíz, pescado de mar o de río, manteca de cerdo, grasas y aceites vegetales aptos para el consumo humano, cebada, trigo y harina de trigo, así como a los establecimientos, actividades o elementos destinados a su producción".

"No cabe duda que la Junta Distrital de Hacienda quebrantó las normas antes citadas al expedir los actos enjuiciados, sin que para ello valga la transcripción que hace de la providencia del Consejo de Estado, porque aquella providencia apenas sí llegó a ser válida para el caso controvertido, pero de ninguna manera puede servir de base para resolver todos los casos en que igual cosa a la que aquí se controvierte se discuta.

"El Art. 3o. de la Ley 29 de 1963, que igualmente considero infringido, estableció que 'los impuestos de industria y comercio', creados por las Leyes 97

de 1913 y 84 de 1915, como impuestos municipales, no podrán ser materia de exención o exoneración por ninguna entidad distinta de los municipios del Distrito Especial de Bogotá. *Pero subsistirán las prohibiciones que consagran las Leyes 26 de 1904 y 20 de 1946*, sobre gravámenes a la producción agrícola y ganadera y al tránsito de productos alimenticios.

"Infortunadamente, la ley anterior omitió mencionar la Ley 33 de 1916, como creadora del impuesto de patente de industria y comercio, por lo que nada dijo en relación con su Art. 5o. que reza: 'En los departamentos donde existan gravámenes a los artículos de primera necesidad como harina, trigo, papa y maíz, cesará el cobro desde la promulgación de esta ley'. Y esa definición de 'artículos alimenticios de primera necesidad', no obedece a una concepción caprichosa, sino que están claramente definidos, en general, por el Decreto 887 de 1946, en sus artículos 1o. y 2o. y en participar para efectos fiscales por el Decreto 102 de 1957.

"Por eso, al declarar la Ley 29 de 1963, en su Art. 3o., 'Pero subsistirán las prohibiciones que consagran las Leyes 26 de 1904 y 20 de 1946 sobre gravámenes a la producción primaria agrícola y ganadera y al tránsito de artículos alimenticios', es claro que hizo énfasis en lo que dominó como producción primaria agrícola y ganadera, pero dejó intacta la prohibición contenida en la Ley 20 de 1946 de cobrar gravámenes de cualquier clase o denominación a la producción de artículos de primera necesidad, así como a los establecimientos, actividades o elementos destinados a su producción.

"De ahí que el Decreto 84 de 1964, reglamentario de la Ley 29 de 1963, haya reiterado en su artículo 1o. que subsistirían las siguientes prohibiciones:

"1. La de imponer gravámenes de ninguna clase o denominación a la producción primaria agrícola o ganadera ni a los establecimientos, actividades o elementos destinados a la misma".

"El mismo decreto estableció a su vez, en su Art. 4o.:

"Las prohibiciones de que trata el presente decreto no se extienden al cobro de los impuestos predial, degüello y bebidas alcohólicas o fermentadas, ni a los derechos de plazas de mercado y almacén".

"Basta leer con atención los artículos transcritos del Decreto 84 de 1964, reglamentario de la Ley 29 de 1963, para comprender con claridad por qué éste relieva la prohibición de imponer clase de gravámenes y habla nuevamente de los establecimientos destinados a la producción primaria, agrícola y ganadera, con lo cual aparece claro, como lo expresara el Consejero Dr. Hernando Gómez Mejía en su salvamento de voto al fallo del 20 de marzo de 1970, que "el silencio del legislador al respecto en la Ley 29 de 1963, *no puede interpretarse como autorización para gravar* con el impuesto de industria y comercio a los establecimientos destinados a la producción de artículos esenciales, porque el pensamiento del legislador quedó claramente fijado al remitir expresamente a la Ley 20 que es categórica sobre la prohibición de tales gravámenes". (Subrayo).

"Pero en vista de que el Decreto Reglamentario 84 estaba siendo retorcido con semejante tipo de elucubraciones contrarias a los verdaderos requeri-

mientos de la economía nacional, el Gobierno expidió el Decreto 2024 del 19 de octubre de 1970, que aclara el Art. 1o. de aquél, al disponer en su Art. 1o.:

"Para los efectos contemplados en el Art. 1o. del Decreto 84 del 23 de enero de 1964, se entiende que la producción primaria agrícola y ganadera, comprende todas las actividades necesarias para la obtención de los productos y subproductos resultantes de la explotación integrada y unitaria de la misma. En consecuencia los departamentos y municipios no pueden gravar esas actividades ni la utilización y venta de productos y subproductos y demás operaciones que se realicen en el proceso unitario de la explotación primaria, agrícola y ganadera".

"Siendo tan clara la intención del legislador en la materia que nos ocupa, no se explica por qué, con ánimo puramente fiscalista, que no dé beneficio de la comunidad, que es el fin buscado con la exención del gravamen de industria y comercio, al pretender por ese medio impedir el encarecimiento de los artículos de primera necesidad, la Junta Distrital de Hacienda, haciendo caso omiso de esas normas procede en la forma como lo hace.

"En el caso que nos ocupa el sentido de la ley es claro, de suerte que no debe desatenderse su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, como lo reza la norma de hermenéutica contenida en el Art. 27 del C.C. Sin embargo, la Junta Distrital de Hacienda hace todo lo contrario, echa de lado su tenor literal y busca a todo trance una interpretación acomodaticia a sus pretensiones, que pueden ser muy loables, pero que no pueden ir en contra de la ley misma.

"Los actos enjuiciados violan también el principio de inescindibilidad de la ley, de lo cual es patente nuestra la Resolución 3013 del 21 de octubre de 1976, de la Junta Distrital de Hacienda, que transcribe como motivación de su decisión sólo la primera parte del texto del Art. 1o. del Decreto 2024 de 1971 omitiendo la parte final del mismo, que trata precisamente de las exenciones, como viola también el principio de hermenéutica jurídica según el cual donde la ley no distingue no le es dado al intérprete distinguir, ya que si la ley como en este caso, estableció la liberación del gravamen de industria y comercio para la producción de artículos de primera necesidad —y las pastas y demás bienes que produce la actora son— y para los establecimientos, actividades y elementos destinados a su producción, la Junta Distrital de Hacienda no tiene facultad ninguna, salvo que una disposición legal así lo expresa, para entrar a hacer discriminaciones a su antojo, entre cuáles son los productos de primera necesidad y cuáles los establecimientos, actividades y elementos destinados a su producción".

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidió el negocio en la primera instancia mediante sentencia del 7 de julio de 1980 accediendo a las peticiones del demandante y por lo tanto declarando la nulidad de las resoluciones acusadas.

Interpuesto el recurso de apelación por el apoderado judicial del Distrito Especial de Bogotá fue concedido y el negocio se tramitó en la segunda instancia sin que se observe irregularidad alguna.

El apelante sustentó su recurso mediante las siguientes consideraciones:

"La Ley 29 de 1963 prescribió en su artículo 3o.:

"Artículo 3o. 'Los impuestos de industria y comercio, creados por las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915 como impuestos municipales, no podrán ser materia de exención o exoneración por ninguna entidad distinta de los municipios y del Distrito Especial de Bogotá, pero subsistirán las prohibiciones que consagran las Leyes 26 de 1904 y 20 de 1946 sobre gravámenes a la producción primaria, agrícola y ganadera, y al tránsito de productos alimenticios...".

"De lo dispuesto en la norma transcrita anteriormente se concluye que, las únicas exenciones que subsisten son sobre los gravámenes a la producción primaria, agrícola y ganadera y al tránsito de productos alimenticios.

"Entonces hay que analizar aún cuando sea brevemente lo que es el producto primario y de los que se consideran productos ya transformados, es decir, aquellos que han sufrido una variación por elementos distintos a la naturaleza y que por consiguiente no se pueden considerar como primarios sino que pasan a ser parte de otras actividades, bien sean los secundarios o relacionados con la construcción y sus elementos internos y externos, la terciaria o industrial y la de cuarto grado o mercantil. En el caso que nos ocupa corresponde a la actividad de la sociedad "Molinos Doria Ltda." a la terciaria o industrial ya que se requiere de todo un procedimiento de los cereales para que luego de un proceso de fabricación se transformen en harina y por consiguiente apto para el consumo.

"Con relación al contenido del artículo 3o. de la Ley 29 de 1963 manifiesta el H. Consejo de Estado en providencia de febrero 15 de 1979 siendo ponente el Dr. Gustavo Salazar Tapiero, expediente 5.891 de la Sección de Impuestos:

"Las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915 autorizan a los concejos para crear varios impuestos municipales, organizar su cobro y darle el destino que juzgarán más conveniente entre los cuales está el conocido con el nombre de industria y comercio o de patente que recae sobre carruajes de todas clases y vehículos en general, sobre establecimientos industriales en que se usen máquinas de vapor o de electricidad, gas y gasolina, sobre clubes, teatros, cafés, cinematográficos, billares, circos, juegos y diversiones, casas de préstamos y empeño, pesebres, establos, corrales, depósitos, almacenes y tiendas de expendio de cualquier clase".

"La Ley 20 de 1946 prohibió a los departamentos y municipios imponer gravámenes 'a la producción y tránsito de los artículos alimenticios de primera necesidad que determine el Ministerio de Economía Nacional' tales como papa, arroz, frutas, legumbres, plátano, lentejas, garbanzo, arveja, azúcar, panela, leche y sus derivados, fríjoles, maíz, así como los establecimientos, actividades elementos destinados a su producción. Antes la Ley 26 de 1904 había prohibido a las mismas entidades gravar el tránsito de su territorio de los citados artículos.

"Bien claro resulta que la materia imponible tratándose del gravamen llamado de patente o industria y comercio "sobre establecimientos industriales en que se usen máquinas de vapor o de electricidad, gas y gasolina' es la fábrica por sí sola considerada sin tener en cuenta los productos elaborados o

transformados, que pueden ser artículos alimenticios o de cualquier naturaleza.

"Y también resulta evidente que lo prohibido por el legislador a los departamentos y municipios es gravar 'la producción primaria agrícola y ganadera y de tránsito de productos alimenticios" que es cosa bien diferente del establecimiento industrial en donde se transforma la materia agrícola o ganadera y sobre el cual es que recae el impuesto de industria y comercio...".

"Y como más adelante lo manifiesta la misma corporación en el proveído citado:

"La anterior interpretación no es sólo doctrinal sino por vía de autoridad o interpretación pública puesto que fue el propio legislador quien al dictar la Ley 29 de 1963 aclaró el sentido y alcance de las prohibiciones consagradas en las Leyes 26 de 1904 y 20 de 1946, diciendo que ellas se refieren a la *producción primaria agrícola o ganadera y al tránsito de productos alimenticios.* Y siendo una interpretación pública, además de ser obligatoria para los jueces, dejó sin efecto el alcance dado en los reglamentos de las leyes interpretadas y que choque con la interpretación auténtica. Además, puesto que se trata de leyes prohibitivas, su alcance no puede extenderse ni por analogía ni por extensión a situaciones no contempladas expresamente en ellas...".

"Así las cosas, tenemos que la Junta Distrital de Hacienda obró conforme a derecho al proferir las Resoluciones Nos. 2538 y 3013 de junio 24 y octubre de 1976 pues le dio aplicación a los acuerdos y normas reglamentarias, que el H. Consejo de Estado en el ya proferido proveído encuentra a simple vista conforme a la Constitución y a la ley.

"En consecuencia la Junta Distrital de Hacienda al negar la exención a la sociedad Molinos Doria Ltda. del impuesto de industria y comercio, se acogió a lo ordenado en el artículo 13 del Acuerdo 10 de 1974 que a la letra reza:

"Artículo 13. A los establecimientos o actividades industriales se les liquidará el gravamen de industria y comercio de acuerdo a la siguiente tarifa: fabricación de productos alimenticios excepto bebidas 1.8...".

"La desagregación de los códigos para las actividades de industria y comercio será la siguiente: Código 101, fabricación de productos alimenticios excepto bebidas, *productos de molinería*, fabricación de productos de panadería". (Es subrayado).

"Ambas normas vigentes y como lo dije anteriormente, el H. Consejo de Estado, las halla conforme a la Constitución y la ley. (Providencia de febrero 15 de 1979, expediente No. 5891, Sección IV, magistrado ponente Dr. Gustavo Salazar Tapiero).

"Para concluir, es de suma importancia hacer mención de lo manfiestado por el Consejo de Estado en la parte final de la providencia comentada que a la letra dice:

"El Concejo de Bogotá lo que gravó por el Acuerdo No. 10 de 1974, artículo 13, fueron establecimientos industriales dedicados a la fabricación de productos alimenticios, pero de ninguna manera el impuesto recae sobre la produc-

ción primaria agrícola. Con el criterio del Tribunal tampoco podría gravarse con impuesto de industria y comercio los almacenes y tiendas en donde se venden los productos alimenticios a que se refiere la Ley 20 de 1946...".

"Es decir, que lo que se gravó fue el establecimiento industrial de la sociedad Molinos Doria Ltda. y no su producción, por ende, el H. Consejo de Estado debe *revocar en todas sus partes la sentencia recurrida de fecha julio 7 de 1980 y en su lugar negar las súplicas de la demanda* por encontrarse conforme a la Constitución, la ley, acuerdos y decretos reglamentarios al acto acusado".

Corrido el traslado al señor Fiscal 3o. del Consejo de Estado, éste solicita revocar la sentencia recurrida y negar las pretensiones de la demanda con fundamento en las siguientes apreciaciones que la Sala comparte:

"Tanto el apoderado de la sociedad como el representante del Distrito Especial aportaron diferentes pruebas, entre los cuales merecen destacarse los siguientes:

"a. Oficio UJ-425/731666 del 25 de julio de 1973, de la antigua Superintendencia Nacional de Producción y Precios (folio 29), dirigido a la secretaría de la Junta Distrital de Hacienda, en el que se lee que 'son productos considerados como de primera necesidad, aquellos que provienen de la actividad primaria, vale decir, de la diligencia o trabajo del hombre en su primera relación directa con la naturaleza, como se ha diferenciado modernamente tal actividad que encierra labores agrícolas, ganaderas, forestales, de caza y pesca, de las otras actividades, la secundaria o relacionada con la construcción y sus elementos internos y externos, la terciaria o industrial y la de cuarto grado o mercantil'. Por otra parte, continúa la Superintendencia, el 'Decreto No. 2024 de 1971, definió la producción primaria, como toda actividad necesaria para la obtención de los productos resultantes de la explotación integrada y unitaria de la misma, de lo cual concluye que, el procesamiento de los productos agrícolas, ganaderos, forestales, de caza y pesca, pueden tenerse como una actividad industrial o comercial, de tercero o cuarto orden, *pero no como actividad de primer orden o primario*". (Subraya el suscrito).

"b. Oficio UEA-063 del 22 de febrero de 1980 del Departamento de Planeación (folio 94 y siguientes), en el que se expresa:

"En general las actividades económicas se clasifican en tres grandes sectores: primario, secundario y terciario. El sector primario de la economía incluye las siguientes ramas de actividad: agricultura, caza, silvicultura y pesca y explotación de minas y canteras. En razón a ello, los bienes y servicios que se originan en este sector se consideran como 'producción agrícola de los productos alimenticios' todos aquellos bienes alimenticios de origen agrícola *que no incluyan ninguna transformación posterior*'. (Subraya el agente del ministerio).

"Según la clasificación industrial internacional uniforme para todas las actividades económicas Revisión 2 (CIIU2) elaborada por las Naciones Unidas y adoptada oficialmente por el Dane, la producción agropecuaria (que se asimila a la producción primaria agrícola y pecuaria) codificada con el número 1110, incluye las siguientes actividades económicas:

"Cultivos de campo, 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 cauchos; cría de ganado, aves de corral, conejos, abejas, animales destinados a la producción de pieles y otros animales; producción de leche, lana, pieles, huevos y miel; 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, etc.".

"De otra parte, el sector secundario de la economía hace referencia a la industria. Con base en diversos documentos de las Naciones Unidas el Dane define la industria manufacturera como 'la transformación mecánica o química de sustancias orgánicas e inorgánicas en productos nuevos, ya sea que el trabajo se efectúe con máquinas o a mano, en fábrica o a domicilio, o que los productos se vendan al por mayor o al por menor. Incluye, además, el montaje de las partes que componen los productos manufactureros, excepto en los casos en que tal actividad sea propia del sector de la construcción".

"La industria manufacturera, según la CIIU-2 incluye la agrupación codificada con el número 311 que corresponde a fabricación de productos alimenticios, la cual a su vez, incluye el Grupo 3116 denominado productos de molinería. Este grupo industrial comprende las siguientes actividades económicas".

"*Los molinos harineros y otros que elaboran productos tales como harinas y forrajes.* (Subraya el suscrito)".

"En sentencia del 7 de julio de 1980 el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca accedió a las pretensiones de la demanda.

"Para tomar esa decisión, el Tribunal analizó los artículos 1o. de la Ley 20 de 1946; 3o. de la Ley 29 de 1963 y 1o. del Decreto 84 de 1964, y concluyó:

"La lectura desprevenida de las normas anteriormente transcritas permite afirmar:

"1. Mientras la Ley 20 de 1946 estableció la prohibición para gravar la producción y tránsito de los artículos alimenticios de primera necesidad, la Ley 29 de 1963 la mantuvo pero respecto de la producción primaria agrícola y ganadera y al tránsito de productos alimenticios".

"2. No obstante haberse restringido el alcance de la prohibición por el artículo 3o. de la Ley 29 de 1963, pues no todo artículo alimenticio de primera necesidad corresponde a la producción primaria, tal el caso del azúcar y la panela por ejemplo, el artículo 2o. del Decreto 84 de 1964 dictado para reglamentar los artículos 3o. y 4o. de la ley antes mencionada, volvió a darle a la prohibición el alcance original, esto es, el otorgado por la Ley 20 de 1946 y por ello se refirió a los artículos alimenticios de primera necesidad, en forma genérica y entregó al Ministerio de Fomento la calificación de los artículos en caso de duda.

"Ahora bien, no podría dejarse de lado en el estudio y decisión del presente negocio que la legalidad de los artículos 2o. y 3o. del Decreto 84 de 1964, por haberse referido en forma genérica a los artículos de primera necesidad, lo cual apareja que queden incluidos aquellos alimentos de primera necesidad industriales, fue ya calificada por el H. Consejo de Estado en la sentencia del 10 de abril de 1967 la cual resolvió precisamente la acción pública de nulidad instaurada contra los artículos 2o. y 3o. del decreto reglamentario".

"En la sentencia a que se refiere el Tribunal, el Consejo dice: '...el Decreto No. 84 de 1964 no violó la letra y espíritu' de la Ley 29 de 1963, como se dice en el libelo, por cuando ésta, en su artículo 3o. mantiene las prohibiciones a los municipios para gravar artículos 'tales como papa, arroz, frutas, legumbres, plátano, arveja, lentejas, garbanzo, azúcar, panela, leche y sus derivados, fríjoles, maíz y demás de primera necesidad', como lo expresa el artículo 2o. del decreto acusado, ya que la Ley 20 de 1963 expresa que 'subsistirán las prohibiciones que consagran las Leyes 26 de 1904 y 20 de 1946', en la última de las cuales se prohíbe a los departamentos y municipios gravar 'los artículos alimenticios de primera necesidad', citando como ejemplo, los mismos que aparecen en el decreto".

"Con fundamento en lo anterior, el a-quo concluyó:

"Resulta innegable que el decreto reglamentario del artículo 3o. de la Ley 29 de 1963 interpretó y fijó el alcance de la prohibición en los términos de la Ley 20 de 1946 por lo que se tuvo en cuenta ante todo la noción de artículos alimenticios de primera necesidad en forma genérica, esto es, sin distinguir si corresponden o no a la producción primaria".

"Y si tal interpretación y alcance de la prohibición fue encontrada ajustada a la Ley 29 de 1963 por el H. Consejo de Estado al decidir la nulidad impetrada contra los artículos 2o. y 3o. del decreto reglamentario, en la sentencia del 10 de abril de 1967, la conclusión no podría ser otra distinta de que mientras esté vigente el Decreto 084 de 1964 sus disposiciones deben ser observadas en su integridad de conformidad con el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, y atendiendo a los efectos del fallo de exequibilidad".

"Es bueno repetirlo: No es la simple vigencia del Decreto Reglamentario de 1964 sino la legalidad del mismo declarada judicialmente a través de la sentencia del 10 de abril de 1967, lo que lleva al Tribunal a apartarse de la sentencia citada por la Fiscalía 6a. de la corporación".

" .....

"En este orden de ideas, también debe darse observancia al concepto que obra dentro del expediente procedente de la secretaría general de la Superintendencia de Industria y Comercio del 2 de agosto de 1976 (folio 9 vuelto del cuaderno principal), según el cual la harina de trigo es un artículo alimenticio de primera necesidad y que de conformidad con las Leyes 26 de 1904, 20 de 1946 y 29 de 1963 los establecimientos destinados a la producción de tales artículos, como son los molinos, se encuentran comprendidos en la prohibición de que trata el artículo 1o. del Decreto 84 de 1964 reglamentario de la Ley 29 de 1963 'toda vez que el artículo 3o. del decreto que se ha venido mencionando,

autorizó al Ministerio de Fomento para definir en caso de duda si un determinado artículo se encuentra o no dentro de las prohibiciones establecidas...".

"Sobre este particular, el agente del ministerio público observa:

"En realidad de verdad, el Tribunal entendió, correctamente, que el artículo 1o. de la Ley 29 de 1963 modificó sustancialmente las disposiciones del artículo 1o. de la Ley 20 de 1946; sin embargo, el a-quo no tuvo en cuenta tales modificaciones sino la decisión proferida por la Sección 1a. del Consejo de Estado, el 10 de abril de 1967, en el juicio de nulidad promovido por el Dr. Raúl Molina Bautista contra los artículos 2o. y 3o. del Decreto Reglamentario 84 de 1964, providencia en virtud de la cual la corporación estimó que el Presidente de la República, al expedir tales normas, no incurrió en un exceso de la potestad reglamentaria, razón por la cual, comenta el Tribunal, éstas conservan su vigencia.

"

Más adelante dijo:

"El suscrito agente del ministerio público, con el propósito de contribuir a la solución definitiva del problema en estudio, se permite exponer las siguientes aclaraciones:

"El artículo 1o. de la Ley 20 de 1946 establecía tres prohibiciones:

"1a. Imponer gravámenes a la *producción de artículos alimenticios de primera necesidad*", que determine el Ministerio de Economía Nacional, tales como papa, arroz, frutas, legumbres, plátanos, lentejas, garbanzos, arveja, azúcar, panela, leche y sus derivados, fríjoles, maíz, etc.";

"2a. Imponer gravámenes al *tránsito de artículos alimenticios de primera necesidad*, y

"3a. Imponer gravámenes 'a los establecimientos, actividades y elementos' destinados a la producción de dichos artículos.

"El artículo 3o. de la Ley 29 de 1963 modificó sustancialmente estas situaciones, al disponer que 'subsistirán las prohibiciones que consagran las Leyes 26 de 1904 y 20 de 1964 *sobre* gravámenes a la *producción primaria*, agrícola y ganadera, y al tránsito de productos alimenticios' ".

"

"Ahora bien, si tenemos en cuenta que la noción de 'producción de artículos alimenticios de primera necesidad', a que se refería la Ley 20 de 1946, es distinta a la de 'producción primaria, agrícola y ganadera' a que alude la 29 de 1963, y que no contempla la primera, forzoso es concluir que la Ley 29 suprimió las prohibiciones de imponer gravámenes a la 'producción de artículos alimenticios de primera necesidad' y a los establecimientos destinados a la producción de los mismos, mantuvo la relacionada con el tránsito de esos artículos y consagró una nueva, o sea la de gravar la 'producción primaria, agrícola y ganadera' ".

"Es preciso, pues, aclarar la distinción anotada, distinción que el a-quo intuyó cuando dijo que 'no todo artículo alimenticio de primera necesidad

corresponde a la producción primaria, tal el caso del azúcar y la panela por ejemplo' ".

"De acuerdo con el concepto técnico del Departamento Nacional de Planeación, arriba transcrito, 'se entiende por producción primaria agrícola de los productos alimenticios' todos aquellos bienes alimenticios de origen agrícola que no incluyen ninguna transformación industrial', estos últimos, dentro de los cuales están incluidas las harinas, corresponden al 'sector secundario de la economía' o industrial, cuya característica principal es 'la transformación mecánica o química de sustancias orgánicas e inorgánicas en productos nuevos'. Obviamente, un artículo alimenticio de primera necesidad puede producirse tanto en la etapa primaria como en la secundaria.

"Teniendo en cuenta la distinción comentada, cabe afirmar que, en realidad, la Ley 29 de 1963 simplemente prohíbe gravar los artículos alimenticios de primera necesidad, pero obtenidos en la etapa de 'producción primaria...' ".

" .....

"Por lo expuesto, es preciso concluir que como la exención que consagra la Ley 29 de 1963 no rige para los 'molinos harineros' ni para los artículos alimenticios de primera necesidad (como las harinas) que éstos elaboran, cuyas actividades no encajan dentro del concepto de 'producción primaria', el Consejo de Estado debe revocar la sentencia recurrida y, en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda".

Las consideraciones del apelante y el muy buen estudio hecho por el señor Fiscal 3o. del Consejo de Estado dejan ver claramente que las peticiones formuladas en la demanda no pueden prosperar por cuanto que la Ley 29 de 1963 en su artículo 3o. puntualiza expresamente que las prohibiciones relacionadas con los impuestos de industria y comercio se refieren a 'la producción primaria agrícola y ganadera y al trámite de productos alimenticios'; y en ese mismo sentido se expresó el Decreto Reglamentario No. 84 de 1964 que fue considerado por el Consejo de Estado como exequible, precisamente por no contrariar la letra ni el espíritu de la ley.

En efecto el artículo 1o. del mencionado decreto dice textualmente sistematizando y aclarando lo que la misma ley estableció, así:

"Artículo 1o. De conformidad con lo dispuesto por las Leyes 29 de 1963; 26 de 1904 y 20 de 1946, subsisten para los departamentos y municipios las siguientes prohibiciones:

"1. La de imponer gravámenes de ninguna clase o denominación a la producción primaria; agrícola o ganadera, ni a los establecimientos, actividades o elementos destinados a la misma;

"2. La de imponer gravámenes de ninguna clase o denominación al tránsito de productos alimenticios de primera necesidad;

"3. La de gravar, sin previa aprobación legal, en forma alguna, los artículos de producción nacional destinados a la exportación;

"4. La de gravar las zonas francas industriales constituidas o que se constituyan como establecimientos públicos".

Y la sentencia a que se ha venido haciendo referencia al comentar el artículo 2o. del mismo decreto dijo:

"Este decreto, como lo expresa su artículo 1o., fue dictado: 'De conformidad con lo dispuesto por las Leyes 29 de 1963; 26 de 1904 y 20 de 1946', en que se mantiene la prohibición a los municipios de imponer gravámenes a las producciones primaria, agrícola o ganadera, ni a los establecimientos o elementos destinados a las mismas; el tránsito de productos alimenticios de primera necesidad; la de gravar los artículos de producción nacional destinados a la exportación; zonas francas industriales que se constituyan como establecimientos públicos; y los productos a que se refieren los artículos acusdados".

Todo esto lleva a la Sala a la conclusión que la decisión tomada por el Consejo de Estado al declarar exequible los artículos del Decreto 84 de 1964 coinciden con el criterio que ha venido imperando en la Sección Cuarta de que las prohibiciones que dejó vigente la Ley 29 de 1963 quedaron restringidas a aquellas actividades relacionadas con la producción primaria, agrícola y ganadera y al tránsito de productos alimenticios.

Ahora bien, como la actividad de la sociedad demandante corresponde al sector secundario de la producción no se puede beneficiar de la exención de los impuestos de industria y comercio.

Por las anteriores razones el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Revócase la sentencia apelada y en su lugar se deniegan las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Samuel Buitrago Hurtado, Aydée Anzola Linares, Carlos Betancur Jaramillo, Bernardo Ortiz Amaya, Jorge Dangond Flores, Enrique Low Murtra, salva voto; **Carmelo Martínez Conn, Alvaro Orejuela Gómez, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez V., Ignacio Reyes Posada, Gustavo Humberto Rodríguez, Roberto Suárez Franco, Eduardo Suescún Monroy,** ausente; **Jorge Valencia Arango,** salva voto; **Joaquín Vanín Tello.**

Darío Quiñones Pinilla, Secretario

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. EXONERACION. Las normas de las Leyes 26 de 1904 y 20 de 1946 que estipulan la exoneración del impuesto de industria y comercio sobre los artículos de primera necesidad siguen vigentes.

CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D.E., junio tres de mil novecientos ochenta y tres (1983).

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS DRS. JORGE VALENCIA ARANGO Y ENRIQUE LOW MURTRA

Actor: **Sociedad Molinos Doria Ltda.**

Referencia: 10.906. Importancia de jurisprudencia. Nulidad Resoluciones Nrs. 2538/76 y 3013 del mismo año expedida por la Junta Distrital de Hacienda

Con el debido respeto por la opinión mayoritaria nos permitimos resumir las razones para disentir de la providencia que antecede.

1. Las normas que las Leyes 26 de 1904 y 20 de 1946 que estipulan la exoneración del impuesto de industria y comercio sobre los artículos de primera necesidad siguen vigentes como fácilmente se infiere de los siguientes razonamientos:

El impuesto de industria y comercio fue autorizado primeramente por la Ley 97 de 1913, Art. 1o., que reza:

"Artículo 1o. El Concejo Municipal de la ciudad de Bogotá, puede crear libremente los siguientes impuestos y contribuciones, además de los existentes hoy legalmente; organizar su cobro y darles el destino que juzgue más conveniente para atender a los servicios municipales, sin necesidad de previa autorización de la asamblea departamental.

"....

f) Impuesto de patentes sobre carruajes de todas clases y vehículos en general, incluidos los automóviles y velocípedos; sobre establecimientos industriales, en que se usen máquinas de vapor o de electricidad, gas y gasolina; sobre clubes, teatros, cafés cantantes, cinematógrafos, billares, circos, juegos y diversiones de cualquier clase, casas de préstamo y empeño, pesebreras, establos, depósitos, almacenes y tiendas de expendio de cualquier clase.

"....

Como el texto expreso de esta norma es el que crea la base del tributo debe claramente entenderse que con él se gravan establecimientos industriales donde por definición existe un proceso de transformación, establecimientos de comercio y establecimientos de servicio. En ningún caso se habla en la ley de un gravamen sobre la producción agrícola y ganadera. Este tipo de actividades están excluidas del gravamen desde sus orígenes porque no pueden estar comprendidas entre las bases del tributo. Por ello no es sano criterio de hermenéutica jurídica suponer que una ley cree una exención especial sobre la producción primaria agrícola y ganadera cuando nunca se ha autorizado el impuesto de industria y comercio sobre tales actividades. Lo que no tiene tributo no necesita exención.

2. Por esta misma razón, cuando se dictaron las Leyes 26 de 1904 y 20 de 1946 no se utilizó la expresión primaria agrícola y ganadera.

Tales normas rezan:

LEY 26 DE 1904

"Artículo 1o. Los departamentos y municipios no podrán establecer con ningún nombre gravámenes sobre los artículos de cualquier género que transiten por su territorio, procedente de otro departamento o encaminados a él, y que, por condiciones topográficas especiales, necesitan atravesar el territorio de un departamento distinto.

"Artículo 2o. El Gobierno Nacional suspenderá el cobro que ilegalmente se esté haciendo en cualquier punto de la República de impuestos de la clase señalada en el artículo anterior".

LEY 20 DE 1946

"Artículo 1o. Prohíbese a los departamentos y municipios imponer, cobrar gravámenes de cualquier clase o denominación a la producción y tránsito de los artículos alimenticios de primera necesidad que determine el Ministerio de la Economía Nacional, tales como papa, arroz, frutas, legumbres, plátano, lentejas, garbanzo, arveja, azúcar, panela, leche y sus derivados, fríjoles, maíz, etc., así como los establecimientos, actividades y elementos destinados a su producción.

"Artículo 2o. La prohibición establecida en el artículo 1o. de la presente ley no afecta el impuesto predial ni los de degüello y bebidas alcohólicas y fermentadas, ni los derechos por plazas de mercado y almotacén".

En estas normas se habla de "artículos alimenticios de primera necesidad" y no de "producción primaria agrícola y ganadera", entre otras cosas porque el impuesto de industria y comercio no gravaba propiamente la producción primaria.

Por esta razón, es nuestro sentir que interpretar que las Leyes 20 de 1946 y 26 de 1904 hablaban de producción primaria, entendida ésta como producción elemental, no es sólo contrariar su tenor literal sino también contrariar su alcance llegando al absurdo de suponer que las leyes mencionadas creaban beneficio fiscal sobre artículos que nunca fueron gravados. Por lo tanto, debe decirse que el beneficio se refiere a los artículos de primera necesidad tal como se deriva de su propio tenor, y no el que se le quiere dar en la providencia que antecede diciendo que la exoneración cubre solo los productos agrícolas no procesados. No los cubre porque no lo dice y porque no tenía necesidad de decirlo ya que la producción primaria agrícola y ganadera nunca fue objeto de gravamen. Este sólo se ha autorizado para artículos procesados.

2. Este alcance interpretativo que, en nuestro sentir es claro, sirvió de base al Consejo de Estado para negar la solicitud de nulidad del Decreto 84 de 1964. Este decreto, que está vigente, que además está respaldado por un principio de cosa juzgada con efecto erga omnes, no puede ser desconocido por los funcionarios administrativos. Allí se lee que "los departamentos y municipios no podrán gravar la producción de artículos tales como papa, arroz, frutas... *y demás de primera necesidad*" (subrayado nuestro). Vale decir que el

Consejo, con efectos erga omnes, sostuvo que no pueden ser gravados con el impuesto de industria y comercio los artículos de primera necesidad.

Como el Decreto 84 está vigente, cualquier acto de liquidación tributaria municipal que lo desconozca está violando una norma obligatoria de superior jerarquía. No reconocerlo, bajo el pretexto de su ilegalidad, sería desconocer una cosa juzgada. (Sentencia de 10 de abril de 1967, Consejero ponente Dr. Meluk). No podemos aceptar la artificial lucubración de la sentencia que antecede que cita un pequeño párrafo de la sentencia del 10 de abril de 1967 para sostener que esa providencia coincide con el criterio de la Sala. Al hacer tal cosa hilvana con inexplicable sutileza argumentos tan extremos como decir que si el Decreto 84 de 1964 habla de artículos de primera necesidad, como en efecto lo dice expresamente, está refiriéndose es a los artículos no procesados. La providencia en mención no hace tal distinción y convalidó con su decisión la exención sobre artículos alimenticios de primera necesidad.

Huelga quizá traer a colación los importantes conceptos que numerosos tratadistas aducen para destacar el importante papel que ejerce el concepto de la cosa juzgada. Es tan importante que en él se centra el principio de la seguridad jurídica, algo que el ilustre tratadista español Jesús González Pérez destaca en estos breves comentarios.

"Para que los litigios no se prolonguen indefinidamente, dar seguridad y certidumbre a las relaciones jurídicas y evitar que puedan dictarse sentencias contradictorias, es indispensable que cuando se ha seguido un pleito con las debidas garantías procesales... no pueda ésta volverse atrás, por tratarse de cosa juzgada".

Continúa el tratadista español:

"Tan indiscutible es el fundamento de la cosa juzgada, que se ha llegado a afirmar que es una institución impuesta por el derecho natural, ya que nada hay más contrario al derecho que el carácter de duda, pues equivale a negar la existencia del derecho, a no saber nunca en qué consiste. Otros han dicho que constituye la condición primordial y necesaria de toda civilización. Y otros consideran como un principio político fundamental el de la seguridad jurídica, por la inalterabilidad de la cosa juzgada".

Para finalmente concluir:

"Guasp se ha fijado en otro aspecto para justificar la institución, de modo consecuente con su teoría del proceso, y, refiriéndose a la doctrina dominante, afirma que oscurece el principio fundamental de justicia que el proceso intenta realizar, acaso en mayor medida que el de seguridad, y da una justificación a la figura que no proporciona una clave motivada del por qué ocupa un puesto tan importante en la construcción del derecho procesal, importancia que intuitivamente queda adivinada y que no guarda parangón con ninguno de los otros institutos afines que garantizan también la seguridad. Si el proceso es una institución de satisfacción de pretensiones y se satisface una pretensión cuando es recogida, examinada y resuelta por un órgano del poder público dotado de imparcialidad, la pretensión, ya examinada en cuanto al fondo y decidida por el órgano jurisdiccional, no debe preocupar al poder público si es formulada de nuevo, 'no hay por qué ocuparse nuevamente de ella, pues la reproducción del

litigio en tal hipótesis carecería en realidad de causa jurídica que la justificase; la pretensión que ha sido examinada en cuanto al fondo por el órgano jurisdiccional está ya, so ipso, satisfecha y no hay razón para que, interpuesta nuevamente, tenga que se recogida, examinada y resuelta otra vez. Esta sencilla verdad es la que late en el fondo de las antiguas construcciones sobre consunción procesal y de las más modernas sobre agotamiento del derecho de acción".

No es ni posible ni legítimo hilvanar tan delgado para no acatar una decisión judicial dentro de esta absoluta filosofía del derecho procesal y hacerle decir a una providencia judicial lo que ella no dice.

4. Del punto de vista teleológico la sentencia que antecede también es contradictoria. ¿Cuál es la finalidad del Decreto 84 de 1964? Diríamos que el régimen de la exención busca una finalidad social: defender el precio de los artículos de primera necesidad. Así lo dicen los antecedentes de la ley; así lo interpretó el propio Ministro Calle cuando preparó el Decreto 84 de 1964. Si esta es su finalidad, no tendría sentido finalístico, evitar el impuesto de industria y comercio sobre artículos en su estado natural de tipo agrícola o ganadero de poco uso para el consumidor y gravar, por el contrario, artículos necesarios para su subsistencia que han sufrido algún grado de proceso.

Atentamente,

Jorge Valencia Arango, Enrique Low Mutra

Título XI

Acción de revisión de sentencias

REVISION DE SENTENCIAS. (164 C.C.A.). La revisión sólo es aplicable en los casos de sentencias, mas no en el de resoluciones.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sala de Decisión. Bogotá, D.E., febrero veintiocho de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Actor: **Enrique Castillo Forero**

Referencia: Expediente No. 7.629. Varios

En el memorial que antecede, el Dr. Enrique Castillo Forero, en su condición de demandante expone las razones en orden a sustentar el recurso de súplica interpuesto contra la providencia proferida por el Consejero ponente Dr. Joaquín Vanín Tello, por medio de la cual rechazó la demanda de revisión, con apoyo en que ésta solamente es admisible cuando se demanda la revisión de sentencias proferidas por los tribunales administrativos o por el Consejo de Estado, mas no cuando de resoluciones se trata, a virtud de lo dispuesto por el artículo 164 del C.C.A., cuyo tenor es:

"A solicitud de cualquier persona o del ministerio público podrá revisar el Consejo de Estado o el respectivo tribunal administrativo la sentencia que se hubiere dictado sobre reconocimiento que impongan al tesoro público la obligación de cubrir una suma periódica de dinero".

Ciertamente le asiste razón al señor Magistrado ponente al rechazar la demanda, en la providencia que, ahora se examina, pues basta leer el texto de la norma anteriormente transcrita para concluir, sin necesidad de hacer mayores disquisiciones, que la revisión de que allí se trata, tiene cabida únicamente en relación con las sentencias. Y si bien es verdad que existe un criterio del Consejo de Estado expuesto en las providencias que aparecen publicadas en el C.C.A., en el capítulo que trata de la "revisión de los reconocimientos", también lo es que posteriormente, aquel se varió y que esta Sección, en forma uniforme y reiterada ha sostenido la tesis de que la revisión sólo es aplicable en los casos de sentencias, mas no en el de Resoluciones y cuando aquellas versen sobre reconocimientos periódicos a cargo del Tesoro Público.

La circunstancia de que el legislador no hubiera hecho extensivo ese remedio en lo que atañe a las resoluciones, se debe a que la ley prevé unos recursos que están reglamentados en el Decreto 2733 de 1959 tales como el de reposición que si bien no es obligatorio, le da oportunidad al funcionario que dictó la providencia, para rectificar en caso de que se hubiera equivocado o de que se modifique lo resuelto por él cuando se ha interpuesto el de apelación para ante el inmediato superior, con lo cual queda garantizado, en debida forma, el derecho de defensa. Si el interesado no hace uso de tales recursos, tendrá que correr con las contingencias que tal descuido pueda acarrearle.

Lo expuesto es suficiente para que el Consejo de Estado, Sección Segunda, en Sala de Decisión,

RESUELVA:

Confírmase en todas sus partes el auto de fecha 15 de noviembre del año próximo pasado, proferido por el señor magistrado ponente doctor Joaquín Vanín Tello.

Ejecutoriada esta providencia vuelva el expediente a la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario

REVISION DE SENTENCIAS. DEMANDA.

1. Requisitos.

2. La revisión de sentencias sobre reconocimiento en materia de prestaciones sociales no constituye una tercera instancia, sino un recurso extraordinario en el que se enfrentan la sentencia y la ley, y

al cual solamente puede ocurrirse con los fundamentos preestablecidos y determinados por ésta, debiendo el demandante señalar en la demanda la causal precisa en que se apoya. (Reiteración jurisprudencial de la sentencia de 24 de junio de 1953. Tomo LIX Nos. 372-376. Pág. 410).

ACCION DE REVISION. IMPROCEDENCIA. La acción de revisión en casos de retiro del servicio del funcionario, bien sea por insubsistencia o destitución, no cabe.

INSUBSISTENCIA Y DESTITUCION. Acción procedente.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.E., ocho de marzo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Alvaro Orejuela Gómez**

Demandante: **María Teresa Barreto Torres**

Referencia: Juicio No. 7.155. Pensiones o recompensas.

Actuando por intermedio de apoderada la señora María Teresa Barreto Torres, presentó demanda en acción de revisión, ante esta entidad, con el fin de que en sentencia se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. Que revisada la sentencia dictada por el Honorable Consejo de Estado de fecha 15 de junio de 1981, se anula la Resolución No. 6918 proferida el 7 de septiembre de 1979, ya que no se tuvo en cuenta que la decisión que motivó el retiro de mi poderdante constituye abuso de autoridad y por lo mismo, infracción a la ley penal, de conformidad con los preceptos de los artículos 9o. y siguientes del Código de Procedimiento Penal, 152 y 153 del Código Penal.

"Segunda. Que sean restablecidos los derechos y reconocidas las indemnizaciones correspondientes por los perjuicios morales y materiales causados por los actos jurídicos especificados en la parte pertinente, como fue, la sanción disciplinaria conforme a los artículos 143 y 144 del Decreto 1950 de 1973, ya que si existía motivo, tuvo que llegar al conocimiento del funcionario que sancionó, quien debió proceder conforme a la legislación vigente, como lo estipula el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal.

"Tercera. Que para la procedencia de la presente demanda se tenga en cuenta, para llenar vacíos como lo establece el artículo 282 del Código Contencioso Administrativo y 380 del Código de Procedimiento Civil en su numeral 8o. por la colusión comprobada con la destitución que acaba de ocurrir a los directivos Bernardo Avila Castillo, quien era Subdirector cuando ocurrió la resolución contra mi mandante y al empleado de apellido Sandoval.

"Cuarta. Que se analice cuidadosamente que hasta para una suspensión se requiere concepto de la Comisión de Personal según mandato del artículo 143 del Decreto 1950 de 1973.

"*Quinta*. Que para los efectos de la revisión se tenga en cuenta que Bernardo Avila Castillo, siendo Subdirector era precisamente quien hacía las veces de sustanciador y que en su oportunidad no se llevó a cabo la investigación penal correspondiente por abuso de autoridad, pero que en la actualidad está procesado por causas similares, es decir, que tiene conexidad y que el señor director de aduanas sí tuvo conocimiento de alguna infracción a la legislación aduanera, policiva o penal, omitió el cumplimiento de lo prescrito en el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal, que aquí se denuncia".

Fundamenta la actora sus anteriores peticiones en una larga serie de hechos, relatados en el libelo, y que esta corporación tendrá en cuenta al proferir su decisión definitiva.

Se aducen en la demanda como disposiciones infringidas, los artículos 16, 17, 26, 28, 30, 45 y 62 de la Constitución Nacional; 84, 16 y 282 del Código Contencioso Administrativo; 9o. y siguientes del Código de Procedimiento Penal; 152 y 153 del Código Penal; 36, 37, 38, 22, 228 y 227 de la Ley 79 de 1931; 3o., 20 y 51 del Decreto 2400 de 1968; 143, 144 y 149 del Decreto 1950 de 1973; 1o. del Decreto 3074 de 1978 y la Ley 139 de 1959. En un largo estudio jurídico, la apoderada de la accionante se refiere a algunas de las normas procedentes para expresar su violación, como también el derecho que dice asistirle a su poderdante en la reclamación impetrada.

Habiéndose tramitado el juicio dentro de las prescripciones de ley sin que se observe nulidad alguna, la Sala procede a dictar la sentencia correspondiente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Debe anotarse, en primer término, que en la demanda incoada, no se invocó la causal en que se basa la acción, tal como lo preceptúa el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo, al disponer:

"La demanda de revisión que deberá llenar las formalidades del artículo 84, indicará, precisamente, la causal en que se funda, y deberá presentarse acompañada de los documentos que se estimen necesarios y de la solicitud de las pruebas que quieren hacerse valer".

Es indispensable, por tanto, que en el libelo se cite una de las causales de que trata el artículo 155 ibídem, con el fin de apoyar en ella los pedimentos en que se funda la revisión impetrada, pues el no hacerlo, conduce a que se configure la excepción de inepta demanda o de petición de modo indebido, como lo tiene ya definido el Consejo de Estado, en reiterada jurisprudencia, al manifestar:

"Cuando la demanda no indica la causal en que se funda (artículos 165 y 166 del C.C.A.), ni por otra parte aparece configurada en forma precisa e inequívoca alguna de las causales a que alude el artículo 165 citado, que dé margen para interpretar la demanda, debe declararse probada la excepción de petición de modo indebido. Respecto a la característica del recurso de revisión, precisa observar que no es suficiente para la prosperidad de la acción que se aduzca como fundamento el artículo 165, sin indicar en forma inequívoca el motivo o motivos congruentes y adecuados que tenga el actor para

demandar la revisión de la sentencia respectiva, toda vez que ello equivaldría a desvirtuar la técnica de esta clase de recursos y a dejar el arbitrio del juzgador el planteamiento, desarrollo y decisión de las ocurrencias en que se permite provocar una controversia entre el recurrente y una sentencia que tiene la autoridad de cosa juzgada (Sentencia de 24 de junio de 1953, T. LIX, 372-378, p. 410)".

Sabido es que la revisión de las sentencias sobre reconocimiento en materia de prestaciones sociales no constituye una tercera instancia, sino un recurso extraordinario en el que se enfrentan la sentencia y la ley, y al cual solamente puede ocurrirse, con fundamento en los motivos preestablecidos y determinados por ésta, debiendo el demandante señalar en la demanda la causal precisa en que se apoya".

Como en el caso de autos, no se dijo cuál era la causal en que la actora apoyaba sus pretensiones para alcanzar la prosperidad de las mismas, esa sola omisión legal, bastaría a esta corporación para declarar una de las dos excepciones a que se aludió anteriormente.

Sin embargo, la Sala, por considerar que los razonamientos hechos por la Fiscalía Quinta, en su vista reglamentaria, están ceñidos a derecho y acordes con la realidad del proceso, los comparte y acoge como fundamento de la decisión que habrá de tomar para dirimir el presente juicio.

Sobre el particular dijo la agencia del ministerio público:

"Haciendo caso omiso de la confusa redacción de la demanda y de que se pide en la misma que el H. Consejo de Estado declare que se configuró con la declaratoria de insubsistencia de la actora un delito de abuso de autoridad, cuestión que escapa a esta jurisdicción, pues corresponde a los jueces penales, dirá la fiscalía que la acción de revisión de reconocimiento no es procedente en el presente caso.

"Dicha acción está contemplada en los artículos 164 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, los cuales ni siquiera se mencionan en el libelo. Y tiene por objeto obtener la revisión de sentencias que impongan al tesoro público la obligación de cubrir sumas periódicas de dinero, o que nieguen tal declaración, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial que de la misma se ha hecho.

"¿Cuál es, entonces, esa obligación de cubrir sumas periódicas de dinero? Es sencillamente aquella que proviene del reconocimiento de pensiones que obviamente se pagan mes por mes.

"No cabe, entonces, la acción de revisión en los casos de retiro del servicio de un funcionario, bien sea por insubsistencia o por destitución.

"La única acción procedente es la de plena jurisdicción, a fin de conseguir la nulidad del acto que ordena el retiro del servicio, y como consecuencia, el restablecimiento del derecho, consistente en el reintegro al cargo y el pago de sueldos y prestaciones dejados de devengar.

Obsérvese que en la demanda ni siquiera se solicita el reintegro al cargo que ocupaba la actora, sino el pago de una indemnización por perjuicios materiales y morales.

"En su debida oportunidad la señorita María Teresa Torres, demandó en acción de plena jurisdicción, la nulidad de la Resolución No. 6918 del 7 de septiembre de 1979, proferida por el señor Ministro de Hacienda y Crádito Público, mediante la cual fue declarado insubsistente su nombramiento como aforadora 5035-13 de la División de Arancel de Aduanas.

"El proceso fue fallado mediante sentencia del 19 de junio de 1981, contra la cual no cabía recurso distinto del de súplica ante la Sala Plena del Consejo, en caso de que dicha sentencia fuera contraria a la jurisprudencia sentada en Sala Plena.

En consecuencia, dicha providencia no es revisable mediante la acción contemplada en los artículos 164 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.

"Como en la jurisdicción contenciosa administrativa no existe otra posibilidad de revisión de las sentencias que se profieran, esta agencia del ministerio público se permite solicitar un pronunciamiento inhibitorio por no ser procedente la acción incoada".

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

FALLA:

Declárase inhibido para decidir en el fondo, por petición de modo indebido.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el cuatro (4) de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario

Título XII

Cuestiones procesales

RECURSO DE QUEJA. El artículo 378 C.P.C. establece que el superior que conoce del recurso de queja puede ordenar al inferior que la remita otras piezas del expediente.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.E., catorce de enero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Actor: **Miguel Eduardo Zuluaga Hoyos**

Referencia: Expediente No. 7.654 Recurso de queja

Para efectos de decidir el recurso de queja interpuesto por el apoderado de las Empresas Públicas de Medellín contra la providencia del Tribunal Administrativo de Antioquia, proferida el 22 de julio de 1982, mediante la cual se denegó la apelación que interpuso contra la sentencia dictada por la misma corporación el 21 de junio de dicho año, es indispensable disponer del dato preciso sobre la remuneración que devengara el demandante en la fecha en que fue desvinculado de dicha entidad y el monto de lo reclamado por el mismo.

El artículo 378 del Código de Procedimiento Civil establece que el superior que conoce del recurso de queja puede ordenar al inferior que le remita otras piezas del expediente.

En mérito de lo expuesto, se ordena al Tribunal Administrativo de Antioquia la remisión de copia de la certificación sobre la remuneración devengada por el demandante cuando fue retirado de las Empresas Públicas de Medellín y que obra a folio 63 del expediente, y de cualquier otro documento que haga parte de él y sirva para determinar el monto de lo reclamado por concepto de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, conforme lo establecido en el artículo 2o. del Decreto 2061 de 1966.

Notifíquese y cúmplase.

Joaquín Vanín Tello

Víctor M. Villaquirán M., Secretario

AUTOS NOTIFICACION POR ESTADO (Art. 321 C.P.C.). El artículo 321 del C.P.C., sienta el principio según el cual los autos que no requieren notificación personal deben ser notificados por anotación en estado.

ELECTORALES. NOTIFICACION. FIJACION. PUBLICACION. La notificación personal se sustituye por la notificación en edicto. Artículo 40, Ley 85 de 1981.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, D.E., veinte de enero de mil novecientos ochenta y tres.

Consejero ponente: **Dr. Eduardo Suescún**

Actor: **Nayibe Fernández de Aldana**

Se decide el recurso de súplica interpuesto por los demandantes contra el auto del 8 de noviembre de 1982 por medio del cual el señor Consejero Sustanciador negó una nulidad.

ANTECEDENTES:

Los recurrentes en su oportunidad solicitaron se decretara la nulidad de lo actuado por no haberse notificado inicialmente por estado el auto del 23 de agosto de 1982 que aceptó un corrección de demanda; por haberse desfijado el edicto a los cuatro días y porque la ejecutoria real no puede producirse sino después de las publicaciones.

El señor Consejero Sustanciador no accedió a la nulidad solicitada y expresó en la providencia recurrida:

"Ante esa norma, resulta claro que a los demandados se les notifica mediante *edicto* y al ministerio público *personalmente* por disposición de la ley procesal.

"La notificación *por estado* se dirige a dar a conocer la admisión de la demanda a la parte actora y, si ello es así, el único que podía pedir la declaración de nulidad por la omisión era el apoderado del demandante y como no lo hizo queda saneado.

"b) En cuanto a los fechas de fijación y desfijación del *edicto*, es forzoso aceptar que la secretaría incurrió en errores al hacer las anotaciones respectivas en el expediente, pero ellos se subsanaron con las constancias posteriores, de manera que no aparece el vicio de nulidad por este aspecto". (Fl. 85).

EL RECURSO:

"Considero que el auto calendado el 23 de agosto del presente año, por medio del cual fue aceptada la corrección de la demanda, debió notificarse por estado, como lo hizo la secretaría con el proferido el 3 de junio (folio 42), con menos fundamento que ahora. En efecto, la decisión que resuleva aceptar la corrección de la demanda no es la primera del juicio y tiene lugar cuando ya se ha establecido la relación procesal. Por consiguiente, debe darse aplicación al Art. 321 del C.P.C. Notificado en esa forma, las partes tienen suficiente oportunidad para enterarse de su contenido y adoptar frente a él la conducta procesal que consideraron necesaria o conveniente, con manifiesta economía de tiempo...

"El auto materia de la súplica, por no distinguir entre la providencia que admite la demanda y la que acepta su corrección, lleva el error de afirmar que "la notificación por estado se dirige a dar a conocer la admisión de la demanda a la parte actora y si ello es así, el único que podría pedir la declaración de nulidad por la omisión era el apoderado del demandante y como no lo hizo quedó saneado". No. El auto que admita la corrección de la demanda debe darse a conocer a 'las partes', porque hay proceso, y la demanda puede estar en desacuerdo con dicha providencia, como efectivamente ocurre en el presente caso...

"Suponiendo, solo en gracia de discusión, que no era necesario la notificación como venimos sosteniendo, la dirigida a dar cumplimiento al Art. 218 del C.C.A. fue también irregular y por tanto, ilegal.

"El auto suplicado ni siquiera hace mención de lo solicitado por nosotros en cuanto a la forma como se cumplió el punto relacionado con la publicación del edicto, y por esa razón nos permitimos plantearlo de nuevo.

"Creemos que la publicación del edicto por una sola vez en dos periódicos de circulación nacional debe cumplirse *dentro de los 10 días de fijación del mismo.* Sustentamos esta tesis en los siguientes argumentos:

"a) La 'y' copulativa que contiene el inciso 2o. del num. 3o. del Art. 40 de la Ley 85/81, así lo indica;

"b) Es el procedimiento que se acomoda a la técnica procesal y a la previsión similar del Art. 318 del C.P.C.;

"c) Como de conformidad con el Art. 119 del C.P.C., los términos son señalados por la ley o por el juez, resulta contrario a este principio, permitir que el señalado por el legislador para notificar la primera providencia queda en manos del demandante, quien a su arbitrio podría escoger al momento que considere más oportuno para consumar una notificación que nunca es personal, y así, estaría en su voluntad determinar la preclusión el día mismo en que se desfije el edicto, o treinta días hábiles después de esa fecha, o veinte, o los que quiera, que fue lo sucedido en este caso.

"d) La celeridad del juicio electoral obliga a *demostrar* el cumplimiento de la publicación, dentro de un plazo más o menos breve, para evitar que la iniciación del proceso quede indefinidamente en suspenso y en manos del demandante;

"e) En consecuencia, el inciso en comentario otorga treinta días de plazo para que el demandante *pruebe* que hizo la publicación, mas no para que la haga y la pruebe. La coma puesta después de la palabra 'prense', así lo indica, pues que si el sentido de la frase fuera otro, tal signo gramatical no existiría;

"f) La comparación entre el numeral I. y el que estamos comentando conduce a la misma conclusión. No se ve qué razón pudiera existir para señalar en el primer caso un término de cinco días y en el segundo uno de cuarenta (manejable por el demandante), cuando lo que se desprende de la disposición es que éste simplemente duplicó el plazo y le dio mayor publicidad al mismo cuando de nuevo escrutinio pueda tratarse, pero dentro de la técnica procesal que consagran todos los estatutos sobre la materia, a saber, que las publicaciones se hagan dentro del término del emplazamiento que supone la fijación y desfijación del edicto;

g) El derecho de defensa impone esta interpretación por lo dicho antes, porque los demandados no pueden quedar a merced del demandante quien sería, como lo dijimos en otra ocasión, el 'dueño' del término". (Fls. 86, 87, 88, 89 y 90).

SE CONSIDERA:

El Art. 321 del C.P.C. sienta el principio según el cual los autos que no requieran notificación personal deben ser notificados por anotación en estado.

Dicho mandato tiene aplicación dentro del juicio electoral si bien en él, en cuanto hace relación al demandado, la notificación personal se sustituye por la notificación por edicto. En consecuencia, el auto que admite la demanda a la corrección de la misma debe notificarse personalmente al agente del ministerio público, por edicto a la parte demandada y por estado a la parte actora.

En este caso se omitió evidentemente la anotación por estado del auto que aceptó la corrección de demanda, lo cual fue un error de trámite, sin trascendencia procesal por cuanto la parte que podía alegarlo que era la actora (Art. 155 C.P.C.), no lo hizo así.

En cuanto a las fechas de fijación y desfijación del edicto, tal como lo dice el auto suplicado hubo error de la secretaría, pero de la constancia final del Fl. 70, según la cual el edicto se desfijó "el día 9 de septiembre de 1982, a las 6:00 p.m.". se tiene que permaneció en la secretaría durante los diez días de ley.

Los recurrentes plantean en tercer término (en la sustentación de la súplica y no en la solicitud original del Fl. 78) otro hecho consistente en que la publicación del edicto se hizo por fuera del término de fijación del mismo, lo cual era cierto. El edicto se desfijó el 9 de septiembre de 1982 y la publicación sólo se hizo el 24 de septiembre siguiente (Fls. 70 y 72).

El Art. 40 de la Ley 85 de 1981 estableció un término de fijación pero no estableció ningún término para la publicación del edicto en la prensa, de manera que el intérprete no puede establecerlo. La norma sólo se limitó a fijar el término para la comprobación de la publicación, por lo cual la exigencia legal al respecto se reduce a que la publicación se compruebe dentro de los treinta días siguientes a la desfijación, más el día de ejecutoria. No cuenta, en consecuencia, cuándo se haga la publicación, si dentro del término de fijación o el de comprobación de la publicación. Lo que el legislador exige es que en este último lapso se acredite el hecho adicional de la publicación del edicto, tal como ocurrió en el presente caso.

Dentro de esta acción pública la notificación por edicto al demandado no puede seguir exactamente los lineamientos del C.P.C., como sería el caso invocado por el recurrente del Art. 318 que prevé la publicación dentro del mismo término de la fijación del edicto en la secretaría. El silencio al respecto del Art. 40 de la Ley 85 de 1981 no puede entenderse como vacío, sino como la voluntad del legislador de no señalar término específico para la publicación sino sólo para su comprobación.

Esto se justifica por cuanto toda interpretación procesal debe ser restrictiva. Además el proceso moderno es expedito y simple, sin exceso de términos y de formalismos lo cual lejos de ofrecer claridad y rapidez, frecuentemente se convierte en fuente de confusión y nulidades.

En mérito de lo expuesto, la Sección Tercera del Consejo de Estado resuelve,

1. Confirmar el auto apelado.

2. Poner en conocimiento del señor presidente del Consejo de Estado el memorial sustentatorio del recurso (Fls. 86-91) en cuanto hace relación al capítulo 3o. titulado "Los errores de la secretaría".

Notifíquese.

Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Valencia Arango, Eduardo Suescún Monroy.

Darío Quiñones Pinilla, Secretario

PRUEBA TESTIMONIAL (Artículo 219 C.P.C.).

El Artículo 219 C.P.C. al proveer la forma y las oportunidades, para pedir la prueba testimonial, estableció entre otros requisitos el de señalar la dirección del respectivo testigo.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, D.E., veintisiete de enero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Eduardo Suescún**

Actor: **Pachón Larrota e Hijos Ltda.**

Referencia: Expediente No. 3.567

Se decide el recurso de súplica interpuesto por la parte actora contra el auto del pasado 25 de octubre, en el cual el señor consejero sustanciador negó la recepción de unos testimonios y dio como razón el que en la solicitud de pruebas "se omitió suministrar la dirección de los testigos" (Fl. 54).

El recurrente advierte que la exigencia del Art. 219 del C.P.C. en cuanto a la indicación de la residencia de los testigos tiene por única finalidad facilitar su notificación y que por consiguiente dicha finalidad puede cumplirse "en cualquier momento, antes del día señalado para la recepción testimonial" y agrega que, según el Art. 224 del C.P.C., el mismo interesado es quien debe diligenciar la notificación de los testigos, por lo cual la omisión de las direcciones no puede conllevar la negociación de la prueba.

SE CONSIDERA:

El Art. 219 del C.P.C. al prever la forma y las oportunidades para pedir la prueba testimonial, estableció entre otros requisitos el de señalar la dirección del respectivo testigo. En consecuencia, no es posible su pretermisión por cuanto la misma ley lo exige en forma clara. Así lo ha sostenido la Sección Tercera (auto de 30 de sept./82, Exp. 909). El sentido de este requisito es precisamente poner orden en el proceso, sustraer de la voluntad del "interesado" la posibilidad de citar a los testigos y dejar esto solo en poder de la secretaría judicial. Cuando se decreta la prueba testimonial es porque las

personas llamadas a declarar, pueden ser oficialmente citadas, sin necesidad de nuevos plazos o de discrecionales indicaciones de las partes. Estas disponen de los plazos de ley para hacer sus peticiones y deben hacerlo en la forma que la misma ley prevé.

No sobra advertir finalmente que el auto fue dictado el 25 de octubre y las direcciones fueron suministradas por memorial de la parte actora presentado en la secretaría el 27 del mismo mes (fl. 50).

En mérito de lo expuesto la Sala de Decisión de la Sección Tercera, resuelve:

Confirmar el auto suplicado.

Notifíquese.

Jorge Valencia Arango, Carlos Betancur Jaramillo, Eduardo Suescún Monroy.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES. Art. 102. Causal 1a. y 4a. C.C.A. Los impedimentos tienden a garantizar la absoluta independencia de los jueces, y si uno de ellos manifiesta, que no se encuentra en condiciones de variar su criterio ya expresado sobre determinado aspecto del asunto materia del debate judicial hay que aceptar ese motivo como causal que le impide actuar hasta el final del juicio.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, D.E., enero veintisiete (27) de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Jorge Dangond Flores**

Actor: **Jesús María Murgueitio P.**

Referencia: Expediente 2.678

El apoderado de la parte actora recusó al Consejero Jorge Valencia Arango con fundamento en el artículo 102, inciso 1o. del Código Contencioso Administrativo, y los siguientes hechos:

"1. En los primeros días del mes de marzo de 1979, instauré demanda de plena jurisdicción contra la actuación administrativa realizada por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte y la Gobernación del departamento del Valle del Cauca, contenida en los oficios Nos. DI-48660 de noviembre 23 de 1978 y 008 de enero 26 de 1979, recibidos el día 30 de enero de ese mismo año, suscritos en su orden por el director general de Inmuebles Nacionales del Ministerio de Obras Públicas y Transporte y el secretario de Obras Públicas del departamento del Valle del Cauca, mediante los cuales se informó a mi mandante la decisión de liquidar el contrato para la construcción del edificio

nacional de Cali celebrado entre las mencionadas entidades oficiales y mi mandante.

"2. El señor Consejero Sustanciador Dr. Jorge Valencia Arango, en providencia de fecha 20 de marzo de 1979, notificada en estado de fecha 23 del indicado mes, no aceptó la demanda por considerar con fundamento en el artículo 80 del Código Contencioso Administrativo que 'En ninguno de tales actos se toma, por parte de la administración, decisión alguna que pueda producir efectos jurídicos, nada se define simplemente se comunica que se procederá a liquidar determinado contrato, por vencimiento del plazo pactado, que es lo que procede en tales casos, conforme a reiterada jurisprudencia de esta corporación'. Que tales oficios sólo indican al demandante la iniciación de la etapa de liquidación contractual, en la cual se determinará quién debe a quién y cuánto, con la posibilidad de someter cualquier controversia que surja sobre tales extremos, a la decisión de la jurisdicción contencioso administrativa".

"3. Contra este auto oportunamente interpuse el recurso de súplica ante los restantes señores consejeros integrantes de la Sala, el cual fundamenté en la circunstancia de que el contrato se encontraba prorrogado por decisión del Fondo de Inmuebles Nacionales y aceptado por mi mandante; que no se habían dado ninguna de las causales para que la administración pudiera legalmente terminar el contraro en forma unilateral; y que en tal caso, debió dictarse una resolución motivada, lo que no ocurrió, luego mal se podía afirmar que la administración no había producido 'decisión alguna que pueda producir efectos jurídicos, nada se define, simplemente se comunica que se procederá a liquidar determinado contrato, por vencimiento del plazo pactado, que es lo que procede en tales casos, conforme a reiterada jurisprudencia de esta corporación".

"4. La Honorable Sala de Decisión, por mayoría, revocó el auto suplicado y dispuso la admisión de la demanda, con fundamento en que 'habrá de darle oportunidad a la parte demandante para que demuestre los fundamentos de hecho de su demanda, sin los cuales no podrá calificarse la naturaleza jurídica de los mencionados oficios' en esta oportunidad el Consejero Dangond Flores salvó su voto.

5. La señora Fiscal 2a., doctora Edné Cohen Daza, en su vista de fondo expresa que 'los dos oficios anteriores son precisamente los demandados. El consejero sustanciador, con muy buen criterio, consideró que tales comunicaciones no tienen el carácter de actos administrativos y en consecuencia no podían ser objeto de demanda".

"Al resolver el recurso de súplica, la Sala consideró que de resultar probadas durante el proceso ciertas afirmaciones contenidas en la demanda, como la existencia de pactos de prórrogas del contrato, era factible que los mencionados oficios vulneraran los derechos de la sociedad actora; resolvió entonces, revocar el auto suplicado y admitir la demanda.

"Surtido el proceso, este despacho analizó las pruebas aportadas y encontró que la situación inicial sigue siendo la misma".

"6. Dada la importancia que para mi mandante, como para el suscrito apoderado tiene este proceso en los más comedidos términos, solicité al señor Consejero Sustanciador, Dr. Jorge Valencia Arango, decretara una audiencia pública para 'dilucidar puntos de hecho y de derecho, como son entre otros, si el contrato se prorrogó; si para terminarlo era menester dictar una resolución motivada, con aviso de 60 días de antelación al contratista (cláusula vigésima del contrato); etc., o si por el contrario, como lo afirma la señora fiscal después de analizar las pruebas aportadas, encontró que la situación inicial sigue siendo la misma', para concluir pidiendo que la Honorable Sala 'se abstenga de entrar a fondo el negocio' y en consecuencia el señor consejero ponente, reitere su tesis inicial, en virtud de la cual inadmitió la demanda, petición que fue negada".

El proyecto presentado por el conductor del proceso, Consejero Carlos Betancur Jaramillo, no fue acogido.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

a) Dentro del trámite correspondiente el Consejero ponente Valencia Arango manifestó: '1. Los hechos relatados por el recusante, son ciertos. 2. La causal alegada por el recusante, es legal. 3. En otros casos similares el suscrito consejero ha alegado la misma causal para declararse impedido, lo que no hizo en el presente, por simple inadvertencia".

b) En anterior oportunidad y en Sala de Decisión se expresó:

"1. El artículo 102 del Código Contencioso Administrativo establece, como causal de impedimento y recusación, el haber conceptuado sobre el negocio sometido al conocimiento de la corporación —causal 1a.— *o tener interés en la actuación* —causal 4a.

"2. No se puede afirmar, con razón, que la circunstancia expuesta por el Consejero Valencia Arango sea futil o insignificante respecto al desarrollo normal de la actuación procesal. Por el contrario, es innegable su trascendencia porque muestra, claramente, el apego del funcionario a la posición adoptada y ello implica, sin duda, un especial interés que, por excepción, merma su capacidad subjetiva para administrar justicia en el caso concreto e impone, en consecuencia, su separación del proceso.

"La ley no clasifica ni califica el *interés* que puede configurar un impedimento y, por eso, es posible decir, sin contrariar la norma, que el *intelectual* está comprendido en la causal invocada, así como en la cuarta antes subrayada.

"Los impedimentos tienden a garantizar la absoluta independencia de los jueces y si uno de ellos manifiesta, con loable entereza como en el presente caso, que no se encuentra en condiciones de variar su criterio ya expresado sobre determinado aspecto del asunto materia del debate judicial, hay que aceptar ese motivo como causal que le impide actuar hasta el final del juicio".

c) Lo anterior se reitera ahora y, en consecuencia, la Sala resuelve:

1. Declarar fundada la recusación.

2. Separar del proceso al Consejero Jorge Valencia Arango y señalar la hora de las 9:00 a.m. del tercer día hábil siguiente a la ejecutoria de este auto para verificar el sorteo de conjuez.

Cópiese y notifíquese.

Jorge Dangond Flores, Carlos Betancur Jaramillo, salva voto; **Eduardo Suescún Monroy.**

Arturo Mora Villate, Secretario

Se deja constancia que este auto fue discutido y aprobado en sesión de la fecha.

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES. Artículo 102. Causal 1o. C.C.A. No puede entenderse que dicha causal cobije a los jueces que dictan autos susceptibles de recursos, porque en todos los procesos, sin excepción, tendrían que actuar siempre los conjueces produciéndose un inconcebible desplazamiento.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. CARLOS BETANCUR JARAMILLO

Actor: **Jesús María Murgueitio R. & Cía. Ltda.**

Referencia: Expediente Nro. 2.678 Ordinario contratos

Me separo de la decisión mayoritaria contenida en el auto de 27 del mes pasado. Son razones de mi discrepancia, las siguientes:

La recusación contra el señor Consejero Valencia Arango fue propuesta en forma respetuosa y oportuna con fundamento en la causal 1a. del artículo 102 del C.C.A. Mediante auto de junio 17 del presente año se le pidió informe sobre las circunstancias constitutivas del impedimento y aceptó como ciertos los hechos afirmados.

Para la Sala la recusación no puede prosperar y menos con base en la causal alegada. No puede entenderse que dicha causal cobije a los jueces que dictan autos susceptibles de recursos, porque en todos los procesos, sin excepción, tendrían que actuar los conjueces, produciéndose un inconcebible desplazamiento.

Cuando en un proceso se dicte un proveído pasible de recursos y éstos se interponen, la primera decisión no puede tomarse como una unidad definitiva y aislada, sino como parte de un todo que se completa con el nuevo pronunciamiento del juez (reposición); o con el de la Sala de Decisión (súplica); o con el del superior (apelación). En otros términos, la decisión inicial indica que el auto está en proceso de expedición, pero no más.

De aceptarse la causal en la forma alegada, el mismo juez no podría estudiar ni siquiera una reposición; tendría que declararse impedido una vez la Sala de Decisión modificara su pronunciamiento inicial o se produjera la decisión contraria del superior.

Esta es una situación insólita que de prosperar introduciría el caos en la administración de justicia, la que dejaría a la larga de utilizar sus jueces propios para reemplazarlos por los conjueces que sólo por excepción actúan.

Es tan insólita la cuestión propuesta que con igual lógica también tendría que declararse impedida la Sala de Decisión, porque ésta "conceptuó" al revocar la decisión.

Es tan elemental la idea que no requiere mayores argumentos: El juez al dictar las providencias no conceptúa y aquí concepto no puede entender en sentido meramente gramatical. La ley quiere que se actúe razonablemente y que sus jueces al ejercer su ministerio no conviertan sus propios pronunciamientos en dogmas inmodificables.

Estimo, así, que debía denegarse la recusación.

Con todo respeto,

Carlos Betancur Jaramillo

Bogotá, D.E., febrero nueve de mil novecientos ochenta y tres (1983).

ACCION DE PLENA JURISDICCION. CADUCIDAD TERMINO. ARTICULO 83 C.C.A. Según el artículo 83 C.C.A., los cuatro meses de la caducidad se cuentan "a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto", es decir de actuaciones que permiten que él sea conocido o dan base razonable para suponer que el interesado o los interesados han tenido noticia.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.E., veintinueve de enero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Joaquín Vanín Tello**

Actor: **Ciro Antonio Márquez Ortega y Otro.**

Referencia: Expediente No. 7.591 Apelación interlocutorios

Se decide el recurso de apelación interpuesto, en forma subsidiaria, contra el auto de fecha 14 de mayo de 1982, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca rechazó la demanda que por conducto de apoderado presentaron los señores Ciro Antonio Márquez Ortega, Luis Hely Parra Fino y otros, tendiente a obtener la declaración de nulidad de la Resolución No. 10.757

de fecha 30 de junio de 1980, expedida por el Ministerio de Educación Nacional, y el consiguiente restablecimiento del derecho que ellos consideran vulnerado.

Se fundamenta la decisión del Tribunal en que hay caducidad de la acción puesto que "entre la fecha de expedición del acto acusado 30 de junio de 1980 y la fecha de presentación de la demanda, 21 de noviembre del mismo año, transcurrieron más de cuatro meses". Al resolver negativamente el recurso de reposición, el Tribunal se expresa de la siguiente manera:

El acto acusado fue expedido el 30 de junio de 1980 y en su artículo 5o. se expresa que rige a partir de la fecha de su expedición, y como no hay prueba que contraríe lo allí expresado, la Sección no encuentra razón para variar la decisión tomada con base en la letra del artículo 83 del Código Contencioso Administrativo".

Una lectura atenta de la norma que cita el Tribunal, el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo y de los anexos de la demanda, lleva a una conclusión distinta de aquella a que llegó el a-quo.

En efecto, de ninguna manera el artículo 83 del citado Código señala la expedición del acto, ni la fecha en que él dispone que debe comenzar a regir como eventos a partir de los cuales empieza a correr el término de la caducidad, según dicha disposición, los cuatro meses de la caducidad se cuentan "a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto", es decir, de actuaciones que permiten que él sea conocido o dan base razonable para suponer que el interesado o los interesados han tenido noticia de su existencia. La sola expedición del acto no implica su publicidad, no hace posible su conocimiento por parte de quien pueda resultar afectado por el mismo. Lo que permite ese conocimiento es la notificación, publicación o ejecución del acto.

Es cierto que el Consejo de Estado en algunos casos ha tomado como punto de partida, para el cómputo del término de la caducidad, la expedición del acto acusado. Pero esto ha sucedido solamente cuando la fecha de expedición ha coincidido con la en ejecución, puesto que por ésta ha podido el interesado tener noticia cierta de la existencia del acto. Es el caso, por ejemplo, de una declaración de insubsistencia que tiene efecto en la misma fecha de expedición de la respectiva providencia.

Pero no ve la Sala cómo puede enterarse el interesado de la existencia del acto desde el momento mismo de su expedición cuando lo que él hace en la práctica es cambiar la calificación de la naturaleza del empleo, sin que la providencia haya sido notificada, ni publicada o comunicada, y sin que, por otra parte, sea para el empleado visibles o perceptibles de inmediato sus efectos.

¿Cómo se puede afirmar o suponer que omitió ejercer oportunamente los recursos administrativos, si eran procedentes, o la correspondiente acción contencioso administrativa quien no tenía siquiera sospecha de la existencia del acto?

La tesis del Tribunal conduce a que quien es afectado por un acto administrativo arbitrario o ilegal no pueda defenderse de él porque se le vencen los términos para interponer los recursos administrativos que otorga la ley, si a

ello hay lugar, y le caduca la acción contencioso administrativa, sin que tenga noticia de la existencia del acto que lo perjudica, que lesiona intereses suyos legalmente protegidos.

El Tribunal dice que el acto administrativo acusado "expresa que rige a partir de la fecha de su expedición", que "no hay prueba que contraríe lo allí expresado", pero , considera la Sala, que la prueba que se echa de menos es la del conocimiento que por algún medio legal hayan tenido los demandantes de la existencia del acto y en manera alguna que no haya regido a partir de su expedición, pues esa no es la cuestión, sino desde cuándo supieron o pudieron saber los actores o se puede presumir razonablemente que se enteraron de la existencia del acto porque se produjo alguna de las actuaciones previstas en el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo, esto es, la notificación, si la requería, la publicación o la ejecución, o al menos la comunicación que se ordena al final de la providencia acusada.

No existiendo prueba de tales actuaciones, ni nada que indicara la fecha en que los demandantes conocieron el acto acusado, el Tribunal tenía que aceptar como fecha de ese conocimiento cuando más, aquella en que cada cual otorgó poder para demandar la Resolución No. 10.757 de 30 de junio de 1980. Pero, con posterioridad al auto que rechazó la demanda y al que negó su reposición, el apoderado de los actores manifiesta que ese conocimiento se obtuvo a mediados de octubre de 1980. La demanda fue presentada el 21 de noviembre de dicho año. De ninguna manera pudo producirse la caducidad de la acción.

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

RESUELVE:

1. Revocase el auto apelado, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 14 de mayo de 1982.

2. Declárase que no ha caducado la acción ejercida por los demandantes.

3. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen, para que admita la demanda, si llena los demás requisitos legales.

Cópiese y notifíquese.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 10 de diciembre de 1982.

Alvaro Orejuela Gómez, Aydée Anzola Linares, Ignacio Reyes Posada, Joaquín Vanín Tello.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario

NOTIFICACION. Art. 315 C.P.C. Artículo 69, inciso 2o. C. de P. C. Diferencias.

1. Artículo 315 ibídem: "El secretario o el empleado del despacho a quien aquél autorice, pondrá en conocimiento del interesado la providencia respectiva en cualquier día y hora, hábil o no...". Este artículo se aplica cuando "el notificado no sabe, no puede o no quiere firmar".

Requisitos de la notificación.

2. Artículos 69 C.P.C. La notificación allí contemplada se hará de acuerdo con el 205 ibídem. Por consiguiente, la notificación por el procedimiento subsidiario establecido en el artículo 205 C.P.C., no puede hacerse cuando el notificado sí se encuentra en el lugar que para recibir notificaciones se haya indicado en la demanda, en su contestación, o en escrito posterior.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Bogotá, D.E., primero de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Jacobo Pérez Escobar**

Actor: **Rafael Bernal Salamanca**

Expediente No. 3.545

El abogado Luis Alberto Zorro Sánchez, quien actuó en el presente proceso como apoderado judicial de la sociedad "Factoría del Vidrio Ltda. Favidrio", admitida como parte impugnadora de la acción, con fecha 3 de diciembre de 1982 presentó un escrito que sólo subió al despacho el 19 de enero del presente año, expresando lo siguiente:

"Luis Alberto Zorro Sánchez, apoderado de la parte impugnadora dentro del proceso de la referencia, respetuosamente solicito se decrete la nulidad de lo actuado en este proceso a partir del auto de 7 de mayo de 1982 en que se admitió la renuncia que hice del poder a mi conferido.

"Fundamento mi petición en las siguientes razones:

"1. De conformidad con el artículo 69 del C.P.C., 'la renuncia no pone término al poder ni a la sustitución, sino cinco días después de que se le haga saber al poderdante o sustituidor mediante notificación del auto que la admita, en la forma establecida en el artículo 205' ".

"2. El artículo 205 del C.P.C. establece el siguiente procedimiento de notificación para el caso de que no sea posible la notificación personal:

"1. El notificador entregará un aviso a cualquiera persona que habite o trabaje allí, en el que se expresará el proceso de que se trata, la orden de comparecer para interrogatorio personal, el lugar en que debe surtirse la diligencia, la fecha y hora señaladas.

"2. La persona que reciba el aviso deberá firmar su copia y si se negare a hacerlo, lo hará un testigo que dé fe de ello.

"3. En todo caso el aviso se fijará en la puerta de acceso a dicho lugar, y así se hará constar en la copia que conservará el notificador para su agregación al expediente.

"3. Por auto de 7 de mayo de 1982, el Honorable Magistrado Sustanciador admitió la renuncia del poder a mi conferido y ordenó notificar la providencia de conformidad con el procedimiento establecido por el artículo 69, inciso 2o. del Código de Procedimiento Civil.

"4. La notificación de la providencia no se surtió en la forma indicada por el artículo 205 del C.P.C., (tal como lo ordena el Art. 69 del mismo estatuto) sino mediante el trámite del artículo 315. De ello da fe la constancia secretarial que obra a folio 145.

"5. El artículo 113 del Código Contencioso Administrativo establece como causal de nulidad la falta de notificación, en forma legal de cualquiera de las partes. El artículo 119, por su parte, prescribe que: 'las partes o el ministerio público pueden pedir en cualquier estado del juicio que se declare una nulidad de las establecidas en la presente ley.

"6. En el proceso 3.543, que versa sobre asunto similar al de este proceso, en el que también es actor el doctor Rafael Bernal Salamanca y parte impugnadora Factoría del Vidrio Limitada, Favidrio; hice igualmente renuncia del poder a mí conferido, y admitida la renuncia se notificó erróneamente según el trámite del artículo 315. Mediante providencia de septiembre 21 de 1982, el Honorable Consejero Sustanciador declaró nulo todo lo actuado a partir del auto admisorio de la renuncia.

"Ruego, en consecuencia, acceder a esta petición".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Mediante memorial presentado el 21 de abril de 1982 el abogado Luis Alberto Zorro Sánchez manifestó al despacho del ponente que renunciaba "al poder que le había otorgado la sociedad Factoría del Vidrio Ltda. -Favidrio, en el presente proceso" (fl. 142). Esta renuncia le fue admitida mediante providencia de 7 de mayo de 1982, en la cual se dispuso además lo siguiente:

"En consecuencia, de conformidad con el inciso 2o. del artículo 69 del C. de P.C. notifíquese personalmente este auto al representante legal de dicha sociedad, señor Silvio Duque". (fl. 144).

En cumplimiento de la providencia anterior, el notificador de la Sección Primera dejó esta constancia: "El suscrito notificador del Consejo de Estado, Sección Primera, en cumplimiento de lo ordenado por auto de fecha siete (7) de mayo de mil novecientos ochenta y dos (1982), visible a fl. 144 del Cuaderno Principal, en el sentido de notificar personalmente al señor Silvio Duque Avila, representante legal de la sociedad 'Factoría del Vidrio Ltda.' y quien se negó a firmar la notificación personal, por lo tanto doy cumplimiento al artículo 315 del C. de P.C. y en constancia firma un testigo en Bogotá, D.E., a los cinco días del mes de julio de 1982" (fl. 145). Aparece firmando como testigo

presencial María Teresa Ovalle, con cédula de ciudadanía No. 41.792.378 de Bogotá.

El citado artículo 315 del C. de P.C. dispone en su primer inciso que "el secretario o el empleado del despacho a quien aquél autorice, pondrá en conocimeinto del interesado la providencia respectiva en cualquier día y hora, hábil o no. De ello se extenderá un acta en la que se expresará en letra la fecha en que se practique, el nombre del notificado y la providencia que se notifica, acta que deberá firmarse por aquél, el secretario y el empleado cuando fuera el caso. Si el notificado no sabe, no puede *o no quiere firmar* se expresará esta circunstancia en el acta y firmará por él un testigo que haya presenciado el hecho" (subraya la Sala).

Considera la Sala que la notificación hecha por el empleado de la secretaría designado para ello no adolece de ninguna irregularidad por cuanto el auto notificado ordenó que se hiciera la notificación personal tal como lo establece el inciso 2o. del artículo 69 del C. de P.C., y en cuanto a la forma de hacer la notificación personal es aplicable el artículo 315 ibídem cuando "el notificado no sabe, no puede o no quiere firmar", caso en el cual después de expresar tal circunstancia en el acta respectiva debe firmarla por el notificado un testigo que haya presenciado el hecho, como acaeció en el presente caso.

No debe confundirse la situación contemplada por el citado inciso 2o. del artículo 69 del C. de P. C. que ordena hacer la notificación "en la forma establecida en el artículo 205", porque sólo debe hacerse de la manera indicada en dicho artículo en la hipótesis que él mismo contempla y no en otra, que es la siguiente: "El auto que decrete el interrogatorio de parte se notificará a ésta personalmente. Sin embargo, *cuando no se encuentre al citado en el lugar que para recibir notificaciones haya indicado* en la demanda, en su contestación o en escrito posterior o a falta de tal declaración, en aquél que la parte contraria haya denunciado bajo juramento, como su habitación o sitio donde trabaje, la citación se surtirá así:...". Esto es, que el procedimiento de notificación indicado en los numerales 1, 2 y 3 del citado artículo 205 sólo debe llevarse a cabo "cuando no se encuentre al citado en el lugar que para recibir notificaciones" se haya indicado. Por consiguiente, la notificación por el procedimiento subsidiario establecido en el artículo 205 del C. de P. C. no puede hacerse cuando el notificado sí se encuentra en el lugar que para recibir notificaciones se haya indicado en la demanda, en su contestación o en escrito posterior, y sólo se niega a firmar, como sucedió en el caso sub-judice.

Ahora bien, habiéndose realizado en legal forma la notificación del auto de 7 de mayo de 1982 que admitió la renuncia del poder conferido al señor Luis Alberto Zorro Sánchez por la sociedad Factoría del Vidrio Ltda., Favidrio, el poder que le fue conferido y que renunció tuvo término cinco días después de que se hizo la correspondiente notificación, esto es, el 14 del mismo mes de mayo de 1982. De aquí se desprende que ya el abogado Luis Alberto Zorro Sánchez no es apoderado de la sociedad Factoría del Vidrio Ltda. y en consecuencia, no puede ser oído como tal en el presente proceso.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, rechaza la solicitud formulada por el doctor Luis Alberto Zorro Sánchez de que se decrete la nulidad de lo

actuado en el presente proceso a partir del auto de 7 de mayo de 1982 por carencia de personería adjetiva.

Notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintiuno de enero de mil novecientos ochenta y tres.

Mario Enrique Pérez V., Jacobo Pérez Escobar, Samuel Buitrago Hurtado, Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario

INCIDENTE DE REGULACION DE PERJUICIOS. ART. 308 C. DE P.C. Extinción de la obligación. Falta de pruebas. COSA JUZGADA. Este principio impide exceder los alcances de la sentencia, de tal manera que el incidente de liquidación tiene por fuerza que acatar lo decidido en el fallo.

PROTECCION A LA VIDA. Omisión del Estado.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, D.E., febrero siete de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Carlos Betancur Jaramillo**

Actor: **Misael Ruiz**

Referencia: Expediente 2.415 Ordinario indemnizaciones

Procede la Sala a decidir el incidente de regulación de los perjuicios, cuya condena en abstracto se hizo mediante sentencia de 19 de septiembre de 1980. Cumplido el trámite de rigor es oportuno entrar a decidir. Para ello, se considera:

MEDIANTE ESE FALLO SE DISPUSO:

1. Declárase a la Nación colombiana (Ministerio de Defensa Nacional) responsable patrimonialmente de los perjuicios materiales sufridos por el señor Misael Ruiz González con motivo de los hechos narrados en la demanda.

"2. Como consecuencia, se le condena al pago de esos perjuicios, en abstracto, los cuales deberán tasarse mediante incidente contemplado en el artículo 308 del C. de P. C. y dentro de los extremos aceptados en la motivación.

"3. El valor de la condena una vez liquidado deberá pagarse dentro de los términos del artículo 121 del C.C.A. vencidos los cuales correrán intereses de mora al 24% anual.

"4. Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

Como se observa de la transcripción anterior la condena in genere se hizo para que fuera liquidada mediante el incidente señalado en el artículo 308 del C. de P.C. "y dentro de los extremos aceptados en la motivación"; vale decir, con sujeción a las pautas que se transcriben a continuación y que no podía ignorar la parte actora:

"Es un hecho comprobado y en esto son contestes los distintos testigos examinados por el suscrito ponente, que el señor Misael Ruiz, luego del asalto guerrillero del 25 de junio de 1975 a la localidad de Santa Ana, municipio de San Vicente en la intendencia del Caquetá tuvo que abandonar la región y desde ese entonces no puede administrar directamente sus fincas. Este hecho, por sí solo, acredita el perjuicio ya que como mínimo el señor Ruiz tuvo que conseguir un administrador a sueldo que hiciera sus veces. Se dice que como mínimo, dado el supuesto más favorable (la no posesión de las fincas por parte de los guerrilleros) porque si fuera esta situación (algunos testigos dan a entender que los alzados en armas tienen allí su asiento) el perjuicio sería todavía más obvio.

"Para la Sala, la prueba testimonial da pie para pensar que las fincas están siendo administradas por personas que actúan a nombre del señor Ruiz G. A este respecto es elocuente la declaración del señor Carlos Flores Mora (a folios 64 c. No. 2), quien afirma que don Misael no puede ir a las fincas, pero que los amigos y vecinos le ayudan a cuidar la finca". Este testimonio merece buen crédito, ya que es conocedor de la región y dueño de una finca vecina. Aunque los otros testigos, Hernando Suaza (a folios 65) y Marco Antonio Fierro (65 y 66) no coinciden en esta apreciación, son dubitativos al afirmar el total abandono de las fincas, en especial este último quien luego de decir que la finca está en manos de los guerrilleros "que no creo que don Misael tenga mayordomo que le cuide la finca".

"El extremo que se acepta (que don Misael tuvo que dejar la administración directa de sus fincas) no está evaluado como perjuicio. No se sabe quién está encargado de esos menesteres ni cuál sea su sueldo; ni tampoco existe la prueba que establezca qué fluctuaciones positivas o negativas han sufrido esas fincas en su producción.

"Los demás perjuicios alegados no están demostrados. No existe prueba que evidencie qué pasó con el ganado que pastaba en las fincas cuando se produjo la salida del señor Ruiz. No aparece la declaración de renta del dueño que establezca siquiera que estaban en su patrimonio y que producían alguna renta. La prueba testimonial es pobre a ese respecto y los testigos no coinciden en sus dichos sobre número, clase, calidad, edad, etc., etc.

"Ni siquiera los testigos deponen sobre la suerte final del ganado. ¿Fue vendido por don Misael? ¿Fue buen negocio o le dejó pérdida? ¿Se perdió en el monte? ¿Se lo llevó la guerrilla? ¿Pasta aún en las fincas? No existe respuesta adecuada y sobre este punto, por los vacíos probatorios anotados, no habrá lugar a reconocer perjuicios.

"Dice la demanda y lo confirman los testigos que don Misael tuvo que pagar $80.000.oo para salvar su vida. Sobre este hecho la Sala estima que sí

procederá la condena, pese a la opinión en contrario del ministerio público. Es cierto que el convenio mencionado (mirado interpartes) adolece de causa ilícita (artículo 1524 del C.C.) y que el señor Ruiz no podía exigir la repetición de lo pagado a sus captores (artículo 1525 ibídem), pero no lo es menos que el mismo afectado para poder salvar su vida que no le había protegido el Estado en esta eventualidad, pese a los reclamos de protección, tuvo que pagar esa cifra.

"Frente al convenio aludido el Estado es un tercero, pero su omisión lo hizo posible.

"Fuera de lo anotado cabe agregar que sobre la entrega de esa cifra a los asaltantes no cabe duda alguna, aunque sí exista ésta en cuando a quienes le prestaron el dinero al señor Ruiz y en qué cuantías; la cantidad fue prestada por amigos y conocidos y completada con algo que tenía en ese momento el actor.

"Pero, sea que tuviera el demandante todo su importe o que le prestaron la mencionada suma, para el caso es lo mismo. Se empobreció en esa cifra y en esa proporción resultó perjudicado.

"Todo lo precedente muestra que la tasación de los perjuicios (la condena será en abstracto) no podrá cobijar sino el primer extremo, o sea, los gastos de administración y lo que las fincas por esos hechos dejaren de producir, y el reembolso de los $80.000.oo pagados a los guerrilleros".

Muestra lo precedente que la condena en abstracto fue circunscrita a los gastos de administración y lo que las fincas, por esos hechos dejaron de producir. Aceptó la sentencia lo primero por cuanto consideró que no se probó adecuadamente que las fincas estaban en poder de los guerrilleros y que en cambio, don Misael, que no podía visitarlas, las administraba por conducto de otras personas. También se deduce del mismo fallo que el hecho de no poderlas administrar directamente pudo tener incidencia en su producción total, pero como es obvio, no con la misma intensidad como si hubieran estado ocupados totalmente por la guerrilla. Estos extremos están cobijados con la cosa juzgada y no puede desconocerse en el presente incidente de liquidación.

Para la Sala el trabajo liquidatorio no podrá aprobarse por exceder los alcances de la sentencia.

Se hace esta afirmación porque el principio de la cosa juzgada impide ese exceso. El incidente de liquidación tiene por fuerza que acatar lo decidido en el fallo. En ésta se señalan unas pautas o bases que condicionan el resultado final de la liquidación; pautas o bases que escapan a toda nueva discusión y que obligan por igual a las partes y al juez. Por esa razón y consciente de tal idea, el suscrito ponente denegó la prueba testimonial solicitada con la cual se pretendía demostrar un hecho diferente al aceptado en la sentencia, como era el de la ocupación permanente y total de las fincas por los guerrilleros, ya que el fallo sólo tomó en cuenta que don Misael tuvo que abandonar sus propiedades pero no dejar su explotación, la que hacía por terceras personas.

El fallo estimó, como se infiere de la transcripción hecha atrás, ese hecho lo que le imponía al actor la prueba de lo que tuvo que gastar en administración. De esto no podía salirse. De allí que sea inaceptable hacer caso omiso de

ese extremo como pretende hacerlo el demandante al afirmar que se abstiene de presentar un cuadro de gastos de administración porque al estar las fincas en poder de extraños contra su voluntad, tales gastos no se presentaron. De considerar el cambio de enfoque se estaría desconociendo, como se dijo, el efecto de cosa juzgada que tiene la sentencia que aquí se liquida.

Y no puede aceptarse este nuevo enfoque porque como se expresó en el fallo, la ocupación guerrillera desde 1975 hasta la fecha no fue acreditada y antes por el contrario todo dio a entender que la finca siguió explotada a nombre del señor Ruiz. En otras palabras, el hecho de la no ocupación por los sediciosos ya fue juzgado y no puede demostrarse lo contrario en esta oportunidad.

Por el primer aspecto o pauta trazada, ¡nada más hay que decir! No existe la prueba de este extremo y el mismo interesado afirmó que no hizo gastos de administración.

El segundo extremo indicado en el fallo deberá correr igual suerte, ya que no fue probado adecuadamente y no lo fue no sólo por falta de pruebas sino porque para su evaluación se parte de un supuesto que no fue probado ni aceptado en el fallo (la ocupación por la guerrilla desde 1975).

Si la parte actora hubiera leído detenidamente la sentencia no habría incurrido en tales excesos. El texto de la decisión es bastante claro y hace referencia a los perjuicios que sufrió por el hecho de haber tenido que administrar sus bienes a distancia y sin un debido control sobre sus administradores, pero no más.

En tal sentido la prueba pericial en lugar de justipreciar la producción total de las fincas con pérdida total para el señor Ruiz, debió evaluar lo que pudo significar para éste el hecho de su administración a distancia y sin su debido control. Aspectos estos últimos que no fueron estudiados por los peritos y que dejan a esta Sala sin elementos de juicio para la determinación de tales perjuicios. La supuesta certificación expedida por el inspector intendencial de policía que obra a folios 23 y 24 del C. 1A carece de valor demostrativo, ya que dichos funcionarios no pueden certificar sino sobre la existencia o estado de actuaciones o procesos administrativos o de policía. Los aspectos comprendidos en ese documento sólo podían ser objeto de declaración testimonial y nadie lo pidió así (producción de las fincas, estado de las mismas, calidad de la explotación, etc. etc.).

Pone de presente este juicio que el aspecto probatorio fue bastante deficiente también en esta etapa de liquidación. Incumbíale a la parte demandante la carga de la prueba con la consecuencia obligada por su deficiente prestación: la decisión adversa..

Las fallas probatorias anotadas imponen la aplicación de la parte final del inciso 4o. del artículo 308 del C. de P. C. que ordena "si no fuere posible fijar cuantía alguna por faltas de pruebas, declarar extinguida la obligación".

Claro está que la extinción comprendería los perjuicios relacionados con los gastos de administración y lo que las fincas dejaron de producir, pero no podrá

afectar la obligación que tiene la Nación de pagar los $80.000.oo que el señor Misael Ruiz tuvo que entregar para salvar su vida.

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

RESUELVE:

1. La Nación (Ministerio de Defensa) deberá pagar al señor Misael Ruiz G. la suma de $80.000.oo valor del rescate que tuvo que pagar.

2. Declárase extinguida la obligación impuesta a la Nación por la sentencia de 19 de septiembre de 1980, en lo que toca con los gastos de administración de las fincas y lo que éstas dejaron de producir al señor Misael Ruiz.

3. La entidad demandada deberá pagar dentro de los términos de los artículos 121 y 122 del C.C.A. Si así no lo hiciere pagará intereses a la tasa del 24% anual a partir de los 30 días siguientes a la formulación de la cuenta de cobro.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 3 de febrero de 1983.

Cópiese y notifíquese.

Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Dangond Flores, Eduardo Suescún Monroy, Jorge Valencia Arango.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario

PERENCION DEL PROCESO. Cuando el juez conoce en única instancia no le es dable aplicar la institución procesal de la perención (346 y 347 C.P.C.). La perención no puede predicarse en los juicios contencioso administrativos por cuanto además del interés particular existe un interés público que no puede ser afectado por el eventual abandono de la parte directamente interesada.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.E., dieciocho de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Referencia: Juicio No. 0.594

La Fiscalía 4a. de esta corporación ha interpuesto el recurso de súplica contra el numeral 2o. del auto proferido el 29 de octubre de 1982, por medio del cual se decretó la perención del proceso, para ante los restantes miembros de la Sección Segunda.

Sostiene la agencia del ministerio público, que la perención, de acuerdo con los artículos 346 y 347 del Código de Procedimiento Civil, sólo es viable

decretarla cuando una corporación jurisdiccional actúa en primera o en segunda instancia, mas no cuando se trata de un trámite en única instancia.

Le asiste razón a la mencionada fiscalía, pues de conformidad con las normas anteriormente indicadas, cuando el juez conoce en única instancia no le es dable aplicar la institución procesal de la perención.

De otra parte, considera la Sala que la perención no puede predicarse en los juicios contencioso administrativos, por cuanto además del interés particular existe un interés público que no puede ser afectado por el eventual abandono de la parte directamente interesada en la litis.

La Sección Primera de esta entidad, mediante proveído del 13 de noviembre de 1981, con ponencia del Consejero Dr. Jacobo Pérez Escobar, expediente 3.158, sobre la inaplicabilidad de la perención en los procesos contencioso administrativos, expresó:

"Esta Sala Unitaria, considera dudoso que pueda aplicarse en los procesos ante la jurisdicción contencioso administrativa las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, sobre perención, puesto que dichas normas aparecen muy especializadas para los procesos civiles, donde la contención se refiere a intereses, casi siempre exclusivamente privados. Hay que tener en cuenta que según el artículo 282 del Código Contencioso Administrativo, las normas del Código de Procedimiento Civil, sólo deben aplicarse para llenar los vacíos en el procedimiento contencioso administrativo cuando sean compatibles con la naturaleza de los juicios y actuaciones que correspondan a dicha jurisdicción. Los procesos ante la jurisdicción contenciosa administrativa no pueden terminar por negligencia del demandante, ya que el interés general o público está en que se decida en forma definitiva la acción instaurada, a fin de que de esta manera, exista seguridad jurídica frente a las actuaciones de la administración y se restablezca la legalidad cuando ella hubiere sido quebrantada. Por esta razón, el secretario debe pasar al despacho los expedientes cada vez que se hayan cumplido en la secretaría los correspondientes términos procesales, a fin de que se siga impulsando el proceso hasta su culminación, ojalá sin fallo inhibitorio".

En razón de lo expuesto, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sala de Decisión,

RESUELVE:

Revócase el numeral 2o. del auto de Sala Unitaria, de fecha veintinueve (29) de octubre de mil novecientos ochenta y dos (1982).

En consecuencia, se ordena continuar el trámite del presente juicio.

Devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alvaro Orejuela Gómez, Joaquín Vanín Tello, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO NO DEMANDADO. Si en una demanda no se pide la anulación del acto administrativo supuestamente conculcador del derecho, no puede haber ningún restablecimiento, según las voces del artículo 87 C.C.A.

CAMARAS DE COMERCIO.

1. A la jurisdicción de lo contencioso administrativo le falta jurisdicción para conocer sobre controversias con ellas relacionada, pues de conformidad con la Ley 28 de 1931, las Cámaras de Comercio tiene por objeto, en términos generales, propender por el desarrollo de los intereses colectivos del comercio.

2. Naturaleza. No son establecimientos públicos.

CONTRATOS DE TRABAJO. No son de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.E., veintiocho (28) de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Alvaro Orejuela Gómez**

Demandante: **Justo Pastor Giraldo Castaño**

Referencia: Junio No. 7.630 Apelación interlocutorio

El señor Justo Pastor Giraldo Castalo, por conducto de apoderado, demandó ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, el reconomiento y pago de una pensión de jubilación a cargo de la Cámara de Comercio de Medellín, por ser esta última entidad la que empleó los servicios del actor.

El Tribunal mencionado, mediante providencia de 30 de junio de 1982, rechazó in-limine la demanda por falta de jurisdicción de conformidad con el inciso 3o., numeral 5o. del artículo 85 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con el artículo 282 del Código Contencioso Administrativo.

PARA RESOLVER CONSIDERA:

En el hecho 7o. de la demanda, se dice que en relación con la prestación solicitada, se agotó la vía gubernativa, según memorial del 3 de diciembre de 1980, recibido en la Dirección Administrativa de la Cámara de Comercio de Medellín. Dentro de las pretensiones de la demanda, no se solicita la nulidad de ningún acto administrativo, si es que existió; ni el pronunciamiento de la jurisdicción contenciosa sobre la ocurrencia del fenómeno del silencio administrativo y su nulidad consecuencial.

Así las cosas, sin que se pida anulación del acto administrativo supuestamente conculcador del derecho, no puede haber ningún restablecimiento, según las voces del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

Además, tiene razón el a-quo, cuando afirma su falta de jurisdicción para resolver la controversia planteada, pues de conformidad con la Ley 28 de 1931, las Cámaras de Comercio tienen por objeto, en términos generales, propender por el desarrollo de los intereses colectivos del comercio. Es decir, que dichas entidades tienen características gremiales y, por lo tanto, sus funciones son preeminentemente de carácter privado. No escapa a la Sala, el hecho de que las Cámaras de Comercio, cumplan algunas funciones de carácter público, pero, por esta circunstancia no se puede afirmar, como lo hace el apoderado del actor, que tales organismos sean establecimientos públicos.

En la reforma administrativa de 1968, se dijo que estos últimos entes son de creación legal y como en nuestra legislación las Cámaras de Comercio, no son creadas por mandato de ley o con autorización de ésta, derívase que no pueden ser establecimientos públicos. El hecho de que las Cámaras de Comercio, necesiten autorización legal para funcionar, es cosa bien distinta a que sean establecidas por la ley, pues si del cumplimiento de ese requisito se pudiera predicar la existencia de una entidad descentralizada, habría que concluir, también, que las asociaciones de carácter civil y los sindicatos, son personas de derecho público, lo que es contrario a nuestro régimen de derecho. Ya esta corporación en sentencia del 22 de mayo de 1974, con ponencia del Dr. Rafael Tafur Herrán, expediente 1.723, negó a las Cámaras de Comercio, el carácter de establecimiento público.

Finalmente, aparece de autos que el demandante estuvo vinculado a la Cámara de Comercio de Medellín, mediante un contrato de trabajo, según se ve a folio 37 del expediente. El hecho de que entre el actor y la Cámara de Comercio existiera una relación contractual, hace que esta jurisdicción carezca de competencia para dirimir la litis, de conformidad con el literal x), numeral 1o. del artículo 30 y literal b), numeral 2o. del artículo 32 del Decreto 528 de 1964.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

RESUELVE:

Confírmase el auto apelado, proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, con fecha treinta (30) de junio de mil novecientos ochenta y dos (1982).

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el veinticinco (25) de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

VIA GUBERNATIVA. AGOTAMIENTO. PRUEBA. La prueba del agotamiento de la vía gubernativa no requiere hacerlo mediante la presentación de un documento debidamente autenticado que acredite la actuación del interesado.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.E., nueve de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejera ponente: **Dra. Aydée Anzola Linares**

Actor: **Esteban Arango Lemus**

Referencia: Expediente No. 8.159 — Aut. Nales.

No obstante que en ocasiones anteriores he sostenido que el sello que suele ponerse en las copias del original presentado ante Caprecom por los interesados, en orden a demostrar que se ha agotado la vía gubernativa, no prueba esta circunstancia a virtud de que no aparece la firma del empleado oficial o autorizado para recibir el escrito, ahora rectifico mi criterio, pues al hacer un nuevo examen del punto en cuestión, he llegado a la misma conclusión de los restantes Consejeros que conforman esta Sala, o sea que la prueba del agotamiento de la vía gubernativa no requiere hacerlo mediante la presentación de un documento debidamente autenticado que acredite la actuación del interesado ante Caprecom, antes de acudir a la Rama Contencioso Administrativo, pues basta la prueba sumaria como se ha hecho en el presente caso, como puede ser la copia al carbón con el correspondiente sello, de la Caja demandada con la fecha y la hora en que la petición fue introducida. De otra parte, la circunstancia, de que Caprecom en ningún momento y a lo largo de los muchos años en que los interesados vienen demandando el pago de pensión de jubilación o el reajuste de esta prestación, haya guardado silencio, ante la presentación de esa prueba sumaria, vale decir, no la haya redargüido de falsa y objetado, pone de presente que ante esta situación sería exhibir demasiado rigorismo al no ser apreciada esa clase de copias como prueba de agotamiento de la vía gubernativa.

Por las razones anteriores, modifico mi criterio para concluir que en el caso de estudio la documental de folio 4, sí demuestra el agotamiento de la vía gubernativa y por lo tanto debe estudiarse el fondo del negocio, así:

En grado de consulta ha llegado a esta Corporación la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, al decidir el juicio promovido, mediante apoderado, por Esteban Arango Lemus, quien solicitó se hicieran las siguientes declaraciones:

"1. Que se declare que existe silencio Administrativo por parte de la demandada Caja de Previsión Social de Comunicaciones —Caprecom—, al negarse a reliquidar la pensión de jubilación de mi mandante, o darle respuesta a su petición, según lo dispuesto por el parágrafo del Art. 80 del Código Contencioso Administrativo ya citado".

"2. Que como consecuencia de la declaración anterior, se ordene que la Caja de Previsión Social de Comunicaciones —Caprecom—, debe reliquidar la pensión de jubilación de mi poderdante, con retroactividad a la fecha en que salió pensionado, incluyéndole el valor legal que le corresponde por concepto de lo pagado por prima de retiro, pago que se hizo en su último año de servicio. Para el efecto se declare (por el último año de servicio) el H. Tribunal, la nulidad parcial de la resolución No. 2226 de 5 de agosto de 1968".

Los hechos, las normas legales violadas y el concepto de la violación, aparecen relacionados a folios 5 a 8 del informativo.

Después de que se practicaron las pruebas solicitadas en la primera instancia y una vez que se produjo concepto fiscal adverso a las peticiones, el Tribunal del conocimiento pronunció la sentencia que ahora ha venido en consulta y en ella accedió a las súplicas impetradas.

Como la consulta se resuelve de plano, a ello se procede, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

De conformidad con el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969, la pensión mensual de jubilación equivaldrá al 75% del promedio de los salarios y primas de toda especie que hubiere percibido en el último año de servicios el empleado, siempre que hubiere llenado los requisitos para tener el status jurídico de pensionado. Por su parte el artículo 2o. de la Ley 5a. de 1969 considera que el salario integral está formado por el "promedio de todo lo devengado por un trabajador del servicio activo, a título de salario o retribución de servicios, tales como horas extras, primas kilométricas, dominicales, feriados, bonificaciones, etc. en la respectiva actividad, labor, profesión u oficio". Y como además está probado que (Telecom), le reconoció al demandante, como lo indican las certificaciones que obran a folios 5 y 23 del expediente, en el último año de servicios, una Prima de Retiro por la cantidad de $6.090.oo, esta deberá tenerse en cuenta como factor de liquidación en la respectiva pensión de jubilación, tal como lo ordena el A-quo.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia consultada, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, con fecha veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos ochenta y dos (1982).

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

El anterior proyecto fue considerado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 21 de enero de 1983.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

IMPUESTOS. DEMANDA. El Juez debe imprimir o darle a la demanda "el trámite que legalmente corresponde aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada". (art. 86 C. de P. C.).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Bogotá, D.E., once de marzo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Carmelo Martínez Conn**

Actor: **Mazuera Villegas & Cía. S.A.**

Referencia: Expediente número 9.895. Apelación Interlocutorios. Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Oportunamente (F. 40) el apoderado judicial de la Sociedad Mazuera Villegas & Cía. S.A., interpuso recurso de apelación contra el auto de 11 de agosto de 1982 proferido por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Fs. 37/39) por el cual inadmitió la demanda de plena jurisdicción incoada por la Sociedad apelante contra los autos Nos. A-03669-P; A-05132-P y A-05698-P de fechas 30 de junio, 26 de octubre y 30 de noviembre todos de 1981, originarios de la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, mediante los cuales la Administración rechazó in limine el recurso de reconsideración impetrado por la Sociedad el 8 de junio del mismo año contra la liquidación de aforo No. 0006 de 13 de febrero anterior en que le determinaron impuestos de timbre nacional y papel sellado más sanciones, en la suma de novecientos cincuenta y cuatro mil ciento noventa y ocho pesos m/cte. ($954.198.oo).

El a-quo rechazó la demanda por cuanto al computar los términos transcurridos entre la fecha de ejecutoria del auto que puso fin a la vía administrativa y la que se interpuso demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa —31 de mayo de 1982—, encontró que la acción de revisión de impuestos había caducado el 19 del mismo mes de mayo. La decisión anterior fue recurrida en reposición por el actor aduciendo que la determinación o el estudio de la acción era cuestión de fondo que debía decidirse en la sentencia y no en la primera providencia, a lo cual respondió el Tribunal que por economía procesal se justificaba la determinación que reconoció y aplicó la caducidad negándose a reponer su determinación.

Para resolver, se considera:

Se observa que evidentemente, el actor no escogió la vía especial del juicio de impuestos, sino la ordinaria de plena jurisdicción como puede verse en el capítulo relativo a las peticiones (f.27) en la que solicita como petición o prestación específica, que se ordene al Jefe de la Sección de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá que estudie el recurso de reconsideración y se resuelva en providencia de mérito, pues el recurso fue inadmitido por no haberse presentado personalmente por quien lo propuso, conforme al artículo 54 de la Ley 52 de 1977. Sin embargo, los particulares no pueden escoger libremente el procedimiento para invalidar

los actos de la Administración Pública que lesionen sus intereses, sino que es el propio legislador el que prescribe el procedimiento que debe seguirse para obtener la anulación o revocatoria de los actos administrativos que les causen agravio en un derecho suyo reconocido en la Constitución o en la ley; o la indemnización cuando el daño se produzca por un hecho de la Administración.

Y es así como el procedimiento para que la jurisdicción contenciosa revise los actos administrativos de los funcionarios de la Administración Tributaria está indicado en los artículos 271 y ss. del C.C.A., que es el juicio de revisión de la operación administrativa de determinación de los impuestos, caso en el cual si la pretensión del contribuyente prospera, la autoridad jurisdiccional procede a dictar la providencia que reemplaza la actuación administrativa, ya sea en forma total o parcial, pero en ninguna norma legal se autoriza a la jurisdicción contenciosa administrativa para ordenarle a las autoridades que administran impuestos nacionales, que deban hacer esto o aquello, puesto que su competencia se limita a examinar si la determinación de la autoridad tributaria se ajustó a la ley o no, y si encuentra no ajustada a la ley su determinación, procede a dictar el acto que reemplaza al de la Administración, pero no tiene facultad alguna para hacer pronunciamientos como el que se pide en la demanda. Sencillamente, el actor debió acogerse al procedimiento del juicio de impuestos y demandar la revisión de toda la operación administrativa y si el juez administrativo encontraba que fue equivocada la determinación de la autoridad administrativa, proceder a revisarla para sustituirla total o parcialmente por un acto suyo. En efecto, estatuye el artículo 271 del C.C.A. que "Toda persona a quien se exija un impuesto definitivamente liquidado, tiene acción para pedir que se revise la operación administrativa correspondiente, y se declare que no está obligado a cubrirlo, o se haga una nueva liquidación en la cual se fije la suma a su cargo", acción que según el artículo 272 ibídem debe ejercitarse dentro de los tres (3) meses de realizarse la operación administrativa de liquidación del impuesto y por medio de la cual "podrá pedirse el reintegro o devolución de las sumas cubiertas con exceso por el contribuyente".

En el caso sub-judice el actor no discute que la acción de revisión de impuestos está caducada y solo alega que la acción intentada es de plena jurisdicción y que es en la sentencia y no en la providencia inicial, en la que debe examinarse la acción o pretensión. Lo cierto es, sin embargo, que el juez debe examinar desde el auto admisorio si la demanda reúne todos los requisitos legales, y entre tales requisitos está, como es obvio, que la acción no esté caducada, que fue lo que hizo el Tribunal a-quo, pues ningún objeto tiene adelantar un juicio que puede durar meses o años, para decidir finalmente que cuando se presentó la demanda ya la acción había caducado. Si lo anterior no se considera suficiente para justificar la decisión recurrida, es aplicable el inciso segundo del numeral 5o. del artículo 86 del C. de P.C., norma según la cual "El juez rechazará in limine la demanda cuando carezca de jurisdicción o competencia, y en los procesos en que exista término legal de caducidad para intentarla, cuando de ella o de sus anexos aparezca que dicho término está vencido", que fue precisamente lo que estableció el a-quo en su auto inicial de rechazo.

Es claro pues, que el actor debió demandar toda la operación administrativa a partir, inclusive, de la liquidación de aforo y dentro del término legal.

Mas como alega que ha ejercitado una acción de plena jurisdicción y no de impuestos, debe responderse que conforme al artículo 86 del C. de P.C., aplicable al procedimiento administrativo, en virtud del artículo 282 del C.C.A., el juez debe imprimir o darle a la demanda el trámite que legalmente corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada", por lo que aplicando estos principios procesales al caso en estudio el Juez administrativo está facultado para imprimir el procedimiento que corresponda según la pretensión que formule aunque el actor señale uno distinto.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

1. Confírmase el auto apelado.

2. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Bernardo Ortiz Amaya, Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn, Gustavo Humberto Rodríguez.

Jorge A. Torrado. T., Secretario.

PRUEBAS. CERTIFICACION. La certificación hace parte de la prueba documental y tiene por fin obtener una constancia sobre hechos ya registrados en una memorial instrumental.

PRUEBAS. DECLARACION DE PARTE O DE TERCEROS. Versa sobre los hechos mismos y no sobre su documentación y se caracteriza por ser el medio destinado a recoger el informe directo de las personas. Por esto cuando se trate de establecer las condiciones en que se produjo la muerte de una persona y el nombre de sus autores a través del informe de un tercero, no debe pedírsele certificación sino que se le debe llamar a rendir declaración bajo juramento y mediante interrogatorios del juez y de las partes.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, D.E., diecisiete de marzo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Eduardo Suescún**

Actor: **Jesús Antonio Meneses Tamayo y otra.**

Referencia: Expediente No. 3.668

Se decide el recurso de súplica interpuesto por la parte actora contra el auto del 17 de diciembre de 1982, por medio del cual el señor Consejero Sustanciador no accedió a ordenar que dentro de la certificación solicitada al señor Comandante de la Policía de Antioquia, se incluyera el punto c de la respectiva solicitud.

El punto c de la respectiva solicitud, dice:

"Si el día atrás indicado, 8 de abril de 1982, jueves santo, el agente Yezid Vargas Orjuela atropelló a un grupo de peatones con su vehículo a la altura de Tres Jotas y Jardines de la Fe, por la Autopista Norte e hirió y causó la muerte al señor Alvaro de Jesús Meneses Jaramillo", (fl. 30).

El auto impugnado ordenó la certificación en lo relativo a los puntos a y b y no accedió en lo referente al punto c, transcrito.

El suplicante invoca los arts. 315 y ss. del C. de R. P. y M. y el 262, ord. 3o. del CPC. Dice que "es el único medio seguro para establecer, precisamente, que fue el policía Yesid Vargas Orjuela el autor del hecho fundamental de la acción" y censura "que no le pueda preguntar a su Comandante" quien fue el autor de los hechos. Agrega que el auto no adujo razón alguna para esta negativa.

Se considera:

Tal como puede apreciarse el objeto de la prueba era preguntar al Comandante de la Policía sobre la forma como ocurrió la muerte de la víctima y sobre la identidad del victimario. El medio, por consiguiente, no podría ser la certificación sino el testimonio.

La certificación hace parte de la prueba documental y tiene por fin obtener una constancia sobre hechos ya registrados en una memoria instrumental. En cambio, la declaración de parte o de terceros versa sobre los hechos mismos y no sobre su documentación y se caracteriza por ser el medio destinado a recoger el informe directo de la personas.

Por esto cuando se trata de establecer las condiciones en que se produjo la muerte de una persona y el nombre de sus autores a través del informe de un tercero, no debe pedírsele certificación sino que se le debe llamar a rendir declaración, bajo juramento y mediante interrogatorios del juez y de las partes.

Por lo anterior, la Sala de Decisión de la Sección Tercera, resuelve:

Confirmar el auto suplicado.

Notifíquese.

Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Valencia Arango, Eduardo Suescún Monrioy.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

La Responsabilidad estatal puede resultar comprometida fundamentalmente por sus actos o por sus hechos, la ley y la doctrina hablan también de la operación administrativa como posible productora de perjuicios indemnizables. Acción contenciosa pertinente en cada caso.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, D.E., diecisiete de marzo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Doctor Carlos Betancur Jaramillo**

Actor: **Guillermo Salas Narváez**

Referencia: No. 2725 — Ordinario Indemnizaciones

En escrito de 21 de mayo de 1979 el señor Guillermo Salas Narváez mediante apoderado idóneo, demanda al Incora para que se declare su responsabilidad por la operación administrativa de adquisición del inmueble "IGUA" (Municipio de Campoalegre — Departamento del Huila) cumplida en desarrollo del programa de parcelación adoptada por resolución No. 128 de 18 de agosto de 1976, y en consecuencia se le condena al pago de los perjuicios sufridos con la falla del servicio, estimados en $1.000.000.oo actualizados a la fecha de la sentencia.

Como hechos se narran, en síntesis:

1o. Que el señor Guillermo Salas N. es propietario, poseedor material e inscrito del predio IGUA, situado en el municipio de Campo Alegre, con una superficie aproximada de 830 hectáreas, adquirida por compra al señor Federico Valderrama R. mediante escritura No. 611 de 12 de septiembre de 1975 de la Notaría 16 de esta ciudad.

2o. Que desde su adquisición lo ha venido explotando con ganadería extensiva de cría y levante, dentro de las condiciones permitidas por el clima y la región.

3o. Que por resolución 836 de 27 de agosto de 1976 el Incora ordenó iniciar las diligencias de adquisición del inmueble y la inscripción de dicha resolución en la oficina de registro.

4o. Que la aludida resolución fue notificada al señor Salas y debidamente inscrita en la Oficina de Registro.

5o. Que durante el procedimiento de adquisición el 23 de noviembre de 1976 se practicó visita por funcionarios del Incora, de conformidad con el literal c. del numeral 2 del artículo 22 del decreto 1576 de 1974.

6o. Que en el informe rendido se dice que la explotación agrícola se reduce a 2 hectáreas (caña y plátano) y una de pasto de corte y que en cuanto a la ganadería, como explotación única del predio, es "extensiva, puesto que las condiciones físicas del predio-aguas, suelo no permiten intensificarla".

7o. Que ese informe (punto V) afirma que debido a la escasez de aguas, el predio "no permite adelantar explotaciones más rentables a las que se efectúan actualmente. Pero que si se soluciona este problema, obteniendo el agua de la acequia Manrique o de una acequia paralela podrían adelantarse programas en condiciones favorables mediante la explotación de unas 80 hectáreas en cultivos transitorios y mejoramiento de los pastos en la zona ondulada para establecer explotación ganadera semi-intensiva.

8o. Que este concepto era obligatorio para el Incora, según el artículo 3o. de la Resolución 836 de agosto 27 de 1976; y que el Incora al conocerlo debió darle aplicación al artículo 23 del decreto 1576 de 1974 y declarar terminado el procedimiento.

9o. Que pese a todo el Incora siguió adelante con el procedimiento, violando los artículos 1 y 57, regla 2a. de la Ley 135 de 1961.

10. Que mediante las resoluciones 04935 y 0168 de 2 de noviembre de 1977, dictadas por la Gerencia y su junta directiva, en su orden, se ordenó la expropiación del inmueble en la calificación de inadecuadamente explotado.

11. Que consultadas esas resoluciones ante el Tribunal Administrativo del Huila, éste en fallo de 12 de diciembre de 1978 determinó que la calificación hecha no había sido conforme a derecho y declaró que la expropiación no era viable.

12. Que ese fallo pone de presente el cúmulo de errores que se cumplieron durante el trámite de adquisición, destacándose en éstos la orden de no suspensión del procedimiento ante el informe mencionado atrás, —lo que— configura una falla del servicio y compromete la responsabilidad del Estado.

13. Que los perjuicios producidos con esa operación comprenden tanto el lucro cesante como el daño emergente. Perjuicios que se causaron porque el bien estuvo prácticamente fuera del comercio, por el desestímulo en su explotación, por la falta de crédito, etc. etc.

De folios 75 vuelto a 77 se analiza la fundamentación jurídica de la demanda, en forma que se estima ajustada a las exigencias legales.

Cumplido el trámite y como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se entra a decidir. Para ello, se considera:

Para la señora fiscal, en su vista de octubre 19 de 1982, que obra a folios 94 y siguientes del C. P. la demanda no está llamada a prosperar por cuanto "no hubo la pretendida falla del servicio en la actuación administrativa efectuada por el Instituto". Para arribar a esa conclusión la señora fiscal estimó que el artículo 23 del Decreto 1576 de 1974 no tiene los alcances que pretende darle el actor. A ese respecto sostuvo:

"Dice así el mencionado artículo 23: Cuando de las pruebas que obren en el informativo apareciere en forma ostensible que el predio objeto del procedimiento no es susceptible de expropiación, el Instituto podrá prescindir de la práctica de las diligencias que según la ley se requieren para formular la oferta de compra y declarará terminado el procedimiento, a menos que el propietario manifieste su intención de vender voluntariamente.

"Entendiendo el tema en su conjunto resulta obvia la razón o alcance del artículo transcrito. Quiso el legislador, que dentro del procedimiento administrativo o de formación del informativo que se elabora para la adquisición de un determinado predio, si se logra establecer que no procederá la expropiación-pueda el Instituto abstenerse de realizar las diligencias tendientes a lograr una negociación directa del terreno.

"Es decir que el Incora puede y es potestativo, suspender la oferta o propuesta de compra del predio, solamente cuando no es procedente la expropiación. De ser viable la expropiación debe de todos modos el Instituto proponer oferta de compra al propietario y solamente en el caso de que éste no acepte la oferta será procedente la expropiación.

"En el caso que se estudia, la expropiación a juicio del Instituto era procedente y como realizada la oferta de compra al propietario no fue aceptada, el Instituto continuó con el procedimiento tendiente a adquirir el predio. Fue así como dictó la resolución de expropiación. Es decir, fracasada la primera etapa de negociación directa, se continuó con la segunda etapa, o sea la de expropiación, que era lo indicado".

"Sobre el alcance que debe dársele al concepto técnico rendido por funcionarios del mismo Instituto y que según el actor debió causar la cesación del procedimiento, anota el Ministerio Público:

"Afirma el actor —también en forma equivocada— que el concepto técnico sobre actitud de las tierras era "claro y explícito en el sentido de expresar la imposibilidad de realizar una explotación intensiva y racional del predio, dadas las características normales existentes en él, de suelos y de aguas...". Ante tal hecho y en vista de un informe técnico tan explícito en el sentido de que las tierras del predio "El Iguá" no eran aptas para desarrollar labores efectivas y rentables en programas de Reforma Agraria, el Incora una vez se rindió dicho informe ha debido dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 23 del Decreto 1576 de 1974 que dispone: "Cuando de las pruebas que obren en el informativo apareciere en forma ostensible que el predio objeto del procedimiento no es susceptible de expropiación, el Instituto podrá prescindir de la práctica de las diligencias que según la ley se requieren para formular la oferta de compra y *declarará terminado el procedimiento* (subraya).

"Primordialmente se observa, que del mencionado concepto técnico no se puede deducir lo que pretende el actor. Leyendo al folio 22 C. 1 y 205 del C.S. las conclusiones del documento citado se puede observar, que las mencionadas conclusiones indican precisamente lo contrario, al establecer que el Instituto sí podía adelantar programas de reforma agraria en condiciones favorables en una extensión de 80 hectáreas. Que para lograr lo anterior era necesario realizar obras especiales de riego, también lo dice el concepto. Pero precisamente lo anterior, lo podía realizar el Instituto pues para ello dispone de medios adecuados.

"Por otra parte la falta de agua en el predio, no era motivo que impidiera al Incora adquirir dicho terreno, como lo pretende hacer ver el actor. Recordemos lo que el mismo Decreto 1576/74 nos dice al respecto en el parágrafo del artículo 2o.: "Si de los estudios técnicos que el Instituto realice apareciere que

las tierras incultas, o las siguientes en el orden de prelación señalado, no fueren adecuadas para la realización del respectivo programa, debido a la insuficiencia del área, deficiente provisión de las aguas, ubicación excesivamente distante, topografía escarpada o inundable, falta de vías de comunicación o circunstancias similares que hagan muy difícil su aprovechamiento económico, la adquisición de tierras, aún por el procedimiento de expropiación, podrá disponerse, sin sujeción al sistema de prelación, observándose, en todo caso, lo dispuesto en el ordinal 4o. del presente artículo.

La sala comparte las apreciaciones de la señora fiscal por encontrarlas ajustadas a la ley y a la realidad procesal. Lo dicho sería suficiente para decidir esta controversia, unido a lo afirmado por el señor apoderado del Incora en su alegato de conclusión, pero la Sala agrega algunas consideraciones que estima pertinentes para el esclarecimiento de asuntos como el aquí planteado.

La responsabilidad estatal puede resultar comprometida fundamentalmente por sus actos o por sus hechos. Por los primeros, mediante acciones de plena jurisdicción en las que el restablecimiento viene a ser la consecuencia de la nulidad del acto por razones de ilegalidad. Y por lo segundo, mediante acciones de reparación directa, en las que ese restablecimiento es la consecuencia de unos hechos ilegales o no, lesivos de los derechos subjetivos de una persona o configurativos de un riesgo especial. Hechos que, como es obvio, no permitan una declaración previa de anulación y que imponen la petición indemnizatoria ante la jurisdicción en forma principal y no condicionada.

Pero la ley y la doctrina hablan también de la operación administrativa como posible productora de perjuicios indemnizables. Estima la Sala que a mi operación administrativa debe entenderse no como el procedimiento que debe seguirse para la expedición de un acto administrativo definitivo (casos de liquidación de impuestos, declaración de extinción del dominio privado, adquisición de inmuebles para fines de reforma agraria, etc. etc)., sino como equivalente a actos materiales de ejecución de un acto administrativo.

Basta leer el artículo 68 del CCA... norma que contempla, según la doctrina y la jurisprudencia, la acción de reparación directa por hechos u omisiones de la administración, para concluir que allí reparación indica actos de ejecución y no actos administrativos, porque de serlos, el restablecimiento del derecho lesionado por los mismos no podría ordenarse sino como consecuencia de su anulación, con lo que se confundirían las acciones contempladas en los artículos 67 y 68 del Código Administrativo.

Precisando un poco se observa:

a) Si la lesión la produce el acto ilegal, la acción es de plena jurisdicción (artículo 67). Su ejecución será siempre ilegal.

b) Si el perjuicio lo causa la defectuosa ejecución de un acto que se estima legal, la acción será la del artículo 68. Aquí esa ejecución conforma una operación administrativa.

c) Si el perjuicio se deriva de un hecho legal o ilegal de la administración, incluyendo en éstos las abstenciones u omisiones, constitutivo de una falla del

servicio o de un riesgo especial (por quiebra del principio de la igualdad ante las cargas públicas) la acción será igualmente la del artículo 68.

e) Pero si el perjuicio se hace derivar de la operación administrativa de expedición de una acto administrativo definitivo, no podrá hablarse de una acción de reparación directa o extracontractual, porque las distintas medidas que se cumplieron dentro de ese proceso tuvieron sus propios medios o recursos de impugnación que debió utilizar el afectado en tiempo y porque, el acto final que lo culminó tiene, a su turno, las acciones ordinarias o especiales señaladas en las leyes administrativas.

Ejercidos o no esos derechos (recursos y acciones propios) el interesado no puede a continuación crear, a su arbitrio, una acción indemnizatoria con prescindencia de los mismos, algo similar a lo que sucede frente al acto administrativo perjudicial, el que no admite sino una acción de plena jurisdicción y no una de reparación directa.

Pero aún aceptando que pudiera en el presente caso ser viable una acción de responsabilidad por falla en el servicio, configurada por irregularidades cometidas durante el trámite de adquisición del predio IGUA, habría que denegar las súplicas de la demanda, no sólo porque no se configura esa falla, sino porque no se acreditó el perjuicio sufrido por el demandante.

No cree la Sala que pueda conformarse una falla del servicio con efectos indemnizatorios de la interpretación que de las normas que debe aplicar haga la administración. Porque si así fuera, habría que concluir que todo error de derecho con incidencia en un acto administrativo o en un procedimiento, sería, a la vez constitutivo de ilegalidad y alegable en acción de plena jurisdicción y conformador de falla del servicio enjuiciable en acción de reparación directa.

La interpretación hecha por el Incora del artículo 23 del Decreto 1576 de 1974 es perfectamente válida y justificó la continuación del trámite hasta el decreto de expropiación. Además, tampoco las pruebas que obran en el expediente muestran en forma plena la existencia del perjuicio.

Por lo expuesto y de acuerdo con la señora fiscal, 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:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 17-3-83.

Jorge Valencia Arango, Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Dangond Flores, Eduardo Suescún Monroy.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

COPIA AUTENTICA DEL ORIGINAL. Su copia también auténtica, puede reemplazar al segundo con el mismo valor probatorio del primero.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso o Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.E., veintiuno de marzo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Doctor Joaquín Vanín Tello**

Actor: **Juan Antonio Campos**

Referencia: Expediente No. 7.716

Se decide el recurso de apelación interpuesto subsidiariamente contra el auto dictado el 6 de agosto de 1982 por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante el cual dicha Corporación rechazó in limine la demanda que por intermedio de apoderado presentó el señor Juan Antonio Campos, con el fin de obtener la nulidad de la Resolución No. 9 de marzo 18 de 1982, expedida por el Director del Hospital "San Juan Bautista" de Chaparral (Tolima), en la que se declaró insubsistente un nombramiento, lo mismo que el restablecimiento del derecho que el actor considera vulnerado.

La providencia del Tribunal tiene como fundamento la caducidad de la acción ejercida por el menor Juan Antonio Campos.

Para determinar si tiene apoyo legal la decisión del Tribunal o, por el contrario, le asiste razón al recurrente, precisa reseñar los hechos, con indicación de la fecha en que ellos ocurrieron, así:

La Resolución de insubsistencia fue expedida el 16 de marzo de 1982; la demanda fue presentada el 13 de julio del mismo año, mediante auto de fecha 26 del mismo mes, se dio un término de cinco (5) días al demandante para que subsanara la irregularidad consistente, dice el Tribunal, en que "el acto demandado no reúne los requisitos exigidos por los artículos 253 y 254 del C. de Procedimiento Civil", pues "la copia que adjuntó, según el Notario, fue tomada de otra copia, no siendo por consiguiente tomada del original", la irregularidad habría de subsanarse acompañando copia auténtica del acto acusado. El 30 de julio de 1982 el apoderado del actor presentó xeroscopia del acto acusado, autenticada por el Juez Primero Civil Municipal de Ibagué, el cual dejó la siguiente constancia: "Que la presente xeroscopia es auténtica según el respectivo cotejo que se hizo *con la copia* que se tuvo de presente (art. 253 C. de P. Civil)".

Mediante el auto recurrido, el Tribunal rechaza in limine la demanda por cuanto "la acción caducó al cabo de cuatro meses contados desde la notificación del mencionado acto, ocurrida el 16 de marzo. "Anota, de paso la Sala, que no existe en el expediente prueba de la notificación del acto acusado que, por otra parte, dada su naturaleza, no la requería, según el Tribunal, "el Art. 87 del C.C.A. ordena no dar curso a la demanda que carezca de las formalidades exigidas, entre otros, por el artículo 86, estimando que su presentación no interrumpe los términos señalados, para la caducidad de la acción. Lo que quiere decir que solamente la admisión de la demanda interrumpe la caduci-

dad de la acción". Anota la Sala que no es acertada la interpretación del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo en el sentido de que es la admisión de la demanda la que interrumpe la caducidad de la acción. Lo que el artículo 87 establece es que la presentación de la demanda que carezca de alguna de las formalidades exigidas en los artículos anteriores a él, no interrumpe el término de la caducidad (efecto que sí produce la demanda legalmente presentada). La interpretación del Tribunal implica que la acción puede caducar no solo por la demora del interesado en presentar su demanda sino también por la de un Tribunal Administrativo o del Consejo de Estado en admitirla, lo que no es legal ni sería justo.

Además, la misma disposición ordena que en el auto que niega la admisión de la demanda, debe ordenarse la devolución de ella al interesado *(lo que no hizo el Tribunal)* para que corrija los defectos que tenga. En este caso el término de caducidad corre hasta la nueva presentación de la demanda, no hasta la fecha de su admisión.

No encuentra válida la Sala la objeción que hizo el Tribunal a la copia fotostática del acto acusado, autenticada por el Notario Veintidós del Círculo de Bogotá y que el actor acompañó a su demanda, pues ella fue cotejada por dicho funcionario con una copia auténtica. El documento similar de que habla el sello del Notario no es otra copia fotostática sino una copia al carbón de la Resolución No. 9 de 1982, "copia en la cual figuran las firmas del Médico Director, Asistente Administrativo y Jefe de Personal figuran en autógrafo original, donde además en original figura la nota "es fiel copia del original, Chaparral, Abril 14 de 1982. Firmado. Ilegible. Sol Marina Collazos de Arce —Asistente Administrativo— hay sello", según consta en certificación expedida por el Notario y es claramente perceptible en la copia que se acompañó a la demanda (fols. 2 y 28).

Pero la objeción del Tribunal a la copia que se presentó con la demanda estriba en que no se tomó del original, sin tener en cuenta la calidad, la autenticidad de aquella con la que el Notario hizo el cotejo. Se desprende de lo dicho por el Tribunal que no se puede cotejar una copia con otra auténtica, para efectos de establecer su autenticidad.

No entiende la Sala por qué, si una copia auténtica vale y prueba tanto como el original, no puede servir de base para el cotejo con otra copia que se quiere autenticar. La tesis del Tribunal implica que la copia auténtica carece de valor probatorio.

Considera la Sala que si documento es copia auténtica del original, su copia, también auténtica, puede reemplazar el segundo con el mismo valor probatorio del primero. Porque si no vale, en sustitución del original, la copia auténtica de otra, quiere decir que esta última carece de autenticidad.

Erró, pues, el Tribunal al rechazar la copia del acto acusado que el actor anexó a la demanda, cuya autenticidad consta en ella misma y fue posteriormente corroborada. De suerte que la demanda, por ese aspecto, fue legalmente presentada el 13 de julio de 1982, cuando aún no había caducado la acción. Por lo tanto, debe ser admitida si por otros aspectos se ciñe a la ley.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, dispone:

1o. Revócase el auto apelado, proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima el 6 de agosto de 1982 y mediante el cual se rechazó in limine la demanda presentada por el señor Juan Antonio Campos.

2o. Devuélvase el negocio al Tribunal de origen para que admita la demanda, si ella reúne las demás condiciones legales.

Cópiese y notifíquese.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 21 de enero de 1983.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

DEMANDA. PERSONERIA ADJETIVA. PRUEBA.

1. Según lo ordena el inciso 4o. del artículo 86 del C.C.A. a la demanda "deberá acompañarse también el documento idóneo que acredite el carácter con que el actor se presenta en el juicio, cuando tenga la representación de otra persona, o cuando el derecho que reclama proviene de haberlo otro transmitido a cualquier título".

2. Consecuencias de su omisión: fallo inhibitorio.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, D.E., veintitrés de marzo de mil novecientos ochenta y tres (1983)

Consejero ponente: **Doctor Carlos Betancur Jaramillo**

Actor: **Aconin Ltda.**

Referencia: Expediente No. .3410 — Ordinario Contratos.

En escrito de 15 de septiembre de 1981 la sociedad Aconin Ltda. mediante apoderado idóneo demanda la nulidad de las resoluciones Nos. 001000-92433 de 17 de abril de ese año y 001000-04654 de 31 de julio siguiente proferidas por Telecom y como consecuencia se condene a la entidad al pago de los perjuicios causados con tal acto.

Como hechos narra, en síntesis:

a) Que Aconin celebró con Telecom el contrato No. 7404 de 23 de julio de 1979, para la construcción de dos edificios en las poblaciones de Barcelona y Buenavista (Departamento del Quindío).

b) Que el contrato se firmó el 2 de julio de 1979 y el plazo para la ejecución de la obra era de ocho meses, contados a partir de la fecha del acta de iniciación de trabajos.

c) Que las fechas debieron variar ante el incumplimiento de Telecom a sus obligaciones contenidas tanto en el pliego de cargos como en el convenio.

d) Que como es usual, las partes tuvieron que suscribir un contrato adicional, para la ejecución de algunas obras y para prorrogar los plazos de entrega. Así fue como se prorrogó por 35 días, habiéndose suscrito sólo el 1o. de septiembre de 1980 después del vencimiento de este último plazo, todo por culpa de Telecom.

e) Que en la ejecución del contrato inicial Telecom incumplió repetidas veces, tanto en el pago de las cuentas como en otros aspectos lo que motivó que el contratista tuviera que demorar los trabajos.

f) Que la empresa se niega a hacer esos pagos, llegando hasta el punto de no acatar el concepto de su Departamento Jurídico.

g) Que fuera de lo dicho, la Empresa impuso al contratista multas por incumplimiento, así: $265.000.oo por demoras en la entrega del edificio de Barcelona y $335.000.oo por retardo en la entrega de la edificación en Buenavista.

h) Que la imposición de la multas fue arbitraria, ya que según el Departamento de Interventoría la mora fue de 50 a 27 días y no de 106 y 134.

i) Que esas multas, además, no están ajustadas a los términos del contrato.

j) Que interpuesta la reposición contra las resoluciones que las impusieran, la entidad mantuvo la medida, agotándose así la vía gubernativa.

De folios 71 a 74 se analiza el concepto de la violación, en torno a los artículos 1502 del C.C. en armonía con el C. de Co.

Cumplido el trámite de ley, y en vista de que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se entra a decidir. Para ello, se considera:

Para la señora fiscal colaboradora la demanda no está llamada a prosperar, ya que dentro del proceso se da una circunstancia que impide pronunciamiento de fondo. A este respecto, en su vista de enero 17 del presente año, anota:

"Mediante apoderado demandó la sociedad Aconin Ltda. la nulidad de la Resolución No. 001000-2433 de abril 27 de 1981 mediante la cual se impuso una multa y la Resolución No. 0010004654 de julio 31 de 1981 confirmatoria de la anterior, emanadas de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones.

"Revisado el expediente este despacho encuentra que la existencia legal de la Sociedad actora no quedó demostrada dentro del proceso.

"El artículo 86 del C.C.A. exige acompañar a la demanda el documento idóneo que acredita el carácter con que el actor se presente en el juicio. En el presente caso, aparece al folio 1o. del cuaderno No. 1 el poder que otorga el

señor Eduardo E. Otero R. como Gerente de la Sociedad Aconín Ltda. pero no aparece prueba alguna sobre la existencia de dicha sociedad, ni constancia alguna sobre su representante legal.

"Lo anterior impide un pronunciamiento de fondo. En consecuencia, esta fiscalía solicita a la honorable Sala declararse inhibida para fallar en el presente caso.

Para la Sala asiste la razón al Ministerio Público.

Según lo ordena el inciso 4o. del artículo 86 del C.C.A. a la demanda deberá acompañarse también el documento idóneo que acredite el carácter con que el actor se presenta en el juicio, cuando tenga la representación de otra persona, o cuando el derecho que reclama proviene de haberlo otro transmitido a cualquier título.

En el presente caso la demandante es una persona jurídica de derecho privado. En tal sentido debió acreditar no sólo su existencia sino también su representación legal. Tales extremos no pueden establecerse en juicio mediante simples afirmaciones de parte, carentes de relevancia probatoria.

Estas exigencias encuentran igualmente su respaldo en el artículo 77 del C. de P.C. aplicable por permitirlo así el artículo 282 del C.C.A. En aquella norma se exige que "a la demanda debe acompañarse (entre otros anexos): 3. La prueba de la existencia de las personas jurídicas que figuren como demandantes o demandadas, excepto los municipios, y las entidades públicas de creación constitucional o legal. 4. La prueba de la representación de las personas jurídicas que figuren como demandantes o demandadas, salvo cuando se trate de la nación, departamentos, municipios, intendencias o comisarías.

Los numerales que se dejan transcritos no dejan lugar a dudas. Como tampoco lo dejan que las excepciones no cobijan a las personas jurídicas de derecho privado.

Debió Aconín cumplir con esas exigencias al momento de presentar su demanda, o al menos alegar su imposibilidad de hacerlo para que el despacho le hubiera dado el trámite previsto en el artículo 78 ibidem. Tampoco hizo mayor esfuerzo para probar los hechos de la litis.

Pero, nada de eso sucedió y los vacíos probatorios imponen la decisión inhibitoria por falta de la prueba del carácter con que actúa la parte demandante.

La Sala acoge igualmente, la opinión del señor apoderado de Telecom, expuesta en su alegato de conclusión a folios 92.

Por lo expuesto, y en un todo de acuerdo con la señora fiscal colaboradora, 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:

Declárase inhibido para fallar de fondo por falta del presupuesto parte demandante.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 17-3-83.

Jorge Valencia Arango, Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Dangond Flores, Eduardo Suescún Monroy.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario

PODER. RENUNCIA. El inciso 2o. del artículo 69 del C.P.C. norma según la cual "la renuncia no pone término al poder ni a la sustitución, sino cinco días después de que se le haga saber al poderdante o sustituidor mediante notificación del auto que la admita en la forma establecida por el artículo 205".

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Bogotá, D.E., veinticinco de marzo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Referencia: 3.360

No se da curso a la petición formulada por el doctor Alvaro Copete Lizarralde, por cuanto carece en la actualidad de personería, para actuar en el presente juicio.

En efecto, obra en el expediente la renuncia del poder presentada por el ilustre jurista (folio 99 del expediente) quien venía actuando como apoderado sustituto (folios 81 a 85).

Tal renuncia le fue aceptada mediante auto de fecha 17 de diciembre de 1982, el cual se halla debidamente ejecutoriado. En esta providencia se dispuso notificar personalmente de la citada renuncia al doctor Germán Cavelier en su carácter de apoderado general, y de consiguiente principal, de Cornavin Watch S.A. (folio 36), quien en escrito que obra a folio 110 y, en aparte pertinente manifestó darse por notificado de la aceptación de la renuncia del poder.

Tal manifestación por parte del doctor Cavelier apoderado principal, produjo plenos efectos con respecto al sustituto, una vez transcurridos cinco días.

Lo anterior tiene su sustento legal en el inciso segundo del art. 69 del C. de P.C. norma según la cual "La renuncia no pone término al poder ni a la sustitución, sino cinco días después de que se le haga saber al poderdante o

sustituidor (subraya la Sala Unitaria) mediante notificación del auto que la admita, en la forma establecida por el art. 205".

Notifíquese y cúmplase.

Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario

DEMANDA. AUTO DE ADMISION O INADMISION. El acto de admisión o inadmisión de demanda sólo permite revisar los aspectos formales del libelo de la demanda y los presupuestos procesales de la misma, para tomar con base en ellos la decisión admisoria o inadmisoria respectiva.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Bogotá, D.E., veinticinco de marzo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Gustavo Humberto Rodríguez**

Actor: **Thomas de la Rue Company Limited.**

Referencia: Expediente No. 9.982. Apelación del auto de septiembre 13 de 1982, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Revisión de la liquidación de impuestos sobre la renta por el año de 1976. Auto.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra el auto inadmisorio de la demanda, por encontrarse caducada la acción, en el proceso de la referencia.

La decisión del a-quo fue tomada porque la Resolución R-01112-H del 28 de abril de 1980, de la División de Recursos Tributarios de la Sub-Dirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales, ordenó que se notificara esa providencia de conformidad al inciso segundo del artículo 68 de la Ley 62 de 1977, advirtiéndole que contra esta providencia no procede recurso alguno de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto 2821 de 1974, y en la notificación por edicto se expresó: "y se le advirtió que contra ella no procede recurso alguno por la vía gubernativa" (fol. 11). En tales condiciones considera el Tribunal que como la desfijación de dicho edicto ocurrió el 29 de mayo de 1980, y su ejecutoria se cumplió el 12 de junio siguiente, la demanda, presentada solo el 30 de julio de 1982 fue extemporánea.

El apelante considera que la Administración dejó de aplicar el art. 67 de la ley 52 de 1977, según el cual en el acto notificado se dejará constancia del término dentro del cual pueden formularse objeciones o ejercitarse los recursos procedentes, y que a falta de dicha constancia no comenzarán a correr los términos para el ejercicio de los derechos respectivos... Y añade que en tal virtud, por cuanto contra tal providencia cabía el recurso de reposición, por mandato del art. 42, literal b. del Decreto Extraordinario 1651 de 1981,

recurso que no fue reconocido, dicha providencia es ineficaz, al tenor de lo dispuesto en el Decreto 2733 de 1959, artículo 11 y 12. Por tal razón, siendo ineficaz, está en tiempo para acudir a la vía contenciosa.

El auto recurrido contiene este razonamiento:

"La Sala debe precisar que en la contabilización de los términos, para efectos de acudir a la jurisdicción, se debe tener en cuenta tan solo las decisiones que hayan tomado las agencias del gobierno sobre agotamiento de la vía gubernativa. Si el interesado considera, con razón o sin ella, que la Administración dio por terminada dicha vía en forma indebida, debe acudir oportunamente a la vía contenciosa, es decir, dentro de los meses contados a partir de la ejecutoria de la providencia que declaró agotada la vía gubernativa, e impugnar la actuación que considera no ajustada a derecho.

En el presente caso la Dirección General de Impuestos Nacionales declaró agotada la vía gubernativa en la Resolución No. 8-01112-H del 28 de abril de 1980 y así lo advirtió en la diligencia de notificación practicada por edicto fijado el 22 de mayo de 1980 a las 8 a.m., notificación que quedó surtida el 28 de mayo de 1980. La ejecutoria de esta providencia se cumplió el 12 de junio de 1980, por lo tanto es desde esta fecha que deben contarse los tres meses de que tratan las normas citadas término que se venció el viernes 12 de septiembre de 1980.

"Ahora bien, como la demanda se presentó el 30 de julio de 1982, la Sala debe considerarla como extemporánea por hallarse caducada la acción.

Se anota, además que el actor interpuso recurso de reposición el 10 de junio de 1980 (fol. 11) ante la División de Recursos Tributarios para que se modificara la Resolución citada indicando que contra ella cabía el recurso de reposición, impugnación que no fue resuelta.

No es la oportunidad para examen jurídico de los artículos invocados, pues la admisión de demanda solo mira aspectos formales y los presupuestos proceslaes de la demanda.

SE CONSIDERA:

La Sala acoge los planteamientos y argumentaciones expuestos por el Tribunal, y con base en ellos procederá a confirmar la decisión.

Agrega, simplemente, que no es la admisión o inadmisión de la demanda la oportunidad para realizar un examen jurídico de fondo sobre los artículos invocados por el demandante a efecto de que se reconsidere su decisión. Como se sabe el acto de admisión o inadmisión de demanda solo permite revisar los aspectos formales del libelo de demanda y los presupuestos procesales de la misma, para tomar con base en ellos la decisión admisoria o inadmisoria respectiva. Para el caso concreto, no es oportunidad para examinar a profundidad el fenómeno de los recursos gubernativos en materia tributaria, ya que le basta considerar la existencia de un acto administrativo que declaró agotada la vía gubernativa.

En tal virtud, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado

RESUELVE:

Confírmase el auto apelado.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja constancia que este auto se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Gustavo Humberto Rodríguez, Bernardo Ortiz Amaya, Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn, no asistió.

Jorge A. Torrado, Secretario.

DEMANDA CONTRA LA NACION Y POR LA NACION. LUGAR DE PRESENTACION. Sólo respecto a la nación está consagrado tanto por el artículo 8o. del Decreto 1819 de 1964 como por el artículo 23, numeral 1o., del C.P.C., que si es ella la que demanda lo hará en el domicilio del demandado, y si es la demandada, deberá serlo en el domicilio del demandante.

DEMANDA. CONTRA ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEL ORDEN NACIONAL. En cuanto a éstas el artículo 23 en su numeral 18 del C.P.C. establece que en los procesos contencioso en que sea parte un departamento, una intendencia, una comisaría, un municipio, un establecimiento público, una empresa industrial o comercial del Estado o de alguna de las entidades anteriores, o una sociedad de Economía Mixta, conocerá el juez del domicilio o de la cabecera de la parte demandada.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.E., cuatro de abril de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Doctor Ignacio Reyes Posada**

Actor: **José Natividad Wilches Durán.**

Referencia: Expediente No. 8585 — Autoridades Nacionales

Por remisión del H. Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá conoce esta Corporación del proceso iniciado por el señor José Natividad Wilches Durán, por conducto de apoderado, contra la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, Caprecom.

El proceso fue tramitado ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, quien al momento de dictar sentencia encontró que por ser la entidad demandada del orden nacional y tener su domicilio el actor en la ciudad de Duitama, Boyacá, la competencia para conocer dicha acción corres-

ponde al Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá al tenor del artículo 8o. del Decreto 1819 de 1964 según el cual: "En los juicios que se sigan contra la Nación y de los cuales deban conocer los Tribunales administrativos, será competente el del domicilio del demandante y en los que siga aquella, el de la vecindad del demandado".

El Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá rechazó la competencia asignada por el de Cundinamarca, provocando el conflicto y enviando el proceso a esta Corporación para que dirima la colisión, a lo cual se procede:

Ante todo es de advertir que el hecho de la presentación de un poder en un municipio determinado no prueba en forma absoluta la vecindad del poderdante; pero, por otra parte aún establecida dicha vecindad no obró acertadamente el Tribunal de Cundinamarca al dar aplicación al artículo 8o. citado por cuanto éste se refiere a los juicios contra la Nación y no a otras entidades descentralizadas con personería jurídica y patrimonio propio. Al respecto esta Corporación ha dicho en reiteradas providencias:

"Solo respecto a la Nación está consagrado tanto por el artículo 8o. del Decreto 1819 de 1964 como por el artículo 23, numeral 1o. del actual Código de Procedimiento Civil, que si es ella la que demanda lo hará en el domicilio del demandado, y si es la demandada, deberá serlo en el domicilio del demandante. Disposiciones como esta última y otras del mismo Código de Procedimiento están indicando que es una situación especial desde el punto de vista del proceso que no lo conserva sino la propia Nación. Ni siquiera las entidades descentralizadas del orden nacional. En cuanto a éstas, el mismo artículo 23 de dicha obra en su numeral 18 establece: 'de los procesos contenciosos en que sea parte un departamento, una intendencia, una comisaría, un municipio, un establecimiento público, una empresa industrial o comercial del Estado o de alguna de las entidades anteriores, o una sociedad de economía mixta, conocerá el Juez del domicilio o de la cabecera de la parte demandada. Cuando ésta se halla formada por una de tales entidades y un particular, prevalecerá el fuero de aquélla'.

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

RESUELVE:

Es competente para conocer del presente proceso el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, en donde tiene su sede el establecimiento público demandado y en consecuencia devuélvase a este Tribunal para que profiera la sentencia a que haya lugar.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 26 de marzo de 1983.

Joaquín Vanín Tello, Aydée Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, ausente, **Ignacio Reyes Posada.**

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ACUMULACION DE PRETENSIONES (Artículo 82 C. de P.C.).

"...Podrán acumularse en una demanda pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados siempre que provengan de la misma causa o versen sobre el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia, o deben servirse de las mismas pruebas, aunque sea diferente el interés de uno y otro.

ACTO ACUSADO. COPIA. (Artículo 86 C.C.A.). Cuando el acto no ha sido publicado, o se deniega la expedición de la copia a la certificación sobre publicación, se expresará así en la demanda con indicación de la oficina donde se encuentre el original.

RAMA DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL. INTEGRACION.

DERECHO DE PETICION. TERMINO QUE TIENEN LAS AUTORIDADES PARA DARLE SOLUCION. Artículo 4o. del Decreto-ley 2733/59. En todo caso el término mínimo será de quince días, contados a partir de la fecha de su recibo. No hacer peticiones a tiempo es negligencia que no puede favorecer al culpable.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Bogotá, D.E., cinco de abril de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Doctor Jacobo Pérez Escobar**

Actor: **José Vicente Velasco Angulo y otros.**

Expediente No. 4.267

Se decide el recurso de súplica interpuesto en oportunidad procesal contra el auto de 17 de febrero de 1983 proferido por el Magistrado Sustanciador, mediante el cual se denegó la admisión de la demanda presentada por el actor contra la Resolución ejecutiva No. 0203 de 9 de octubre de 1982.

I. ANTECEDENTES

Cincuenta y nueve personas encabezadas por la señora María Teresa Ramírez de Araújo, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción consagrada en el artículo 67 del C.C.A. y por conducto de apoderado, han demandado ante esta Corporación para que se declare la nulidad de la Resolución ejecutiva No. 203 de 9 de octubre de 1982 expedida por el Presidente de la República, y han solicitado además que, como consecuencia de la nulidad impetrada, se les restablezca en sus derechos vulnerados por dicho acto administrativo.

II. LA PROVIDENCIA SUPLICADA.

Como se expresó antes, el Magistrado Sustanciador inadmitió la demanda con fundamento en las siguientes consideraciones:

"Al tenor de lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 167 de 1941, 'A la demanda deberá acompañar el actor una copia del acto acusado, con las

constancias de su publicación, notificación o ejecución, según los casos'. Y agrega el tercer inciso de la norma en cita que, 'Cuando el acto no ha sido publicado, o se deniega la expedición de la copia o la certificación sobre publicación, se expresará así en la demanda, con indicación de la oficina donde se encuentre el original, o del periódico en que se hubiere publicado, a fin de que se solicite por el sustanciador antes de admitir la demanda'.

"De tal manera que ante la fuerza mayor que significa para el actor la denegación de la copia del acto acusado, la Ley 167 de 1941 lo excusa de la obligación de allegarla directamente; pero es obvio que dicha excusa está supeditada al hecho de que se afirme que la copia ha sido negada o que el acto no ha sido publicado, ya que a tal manifestación se le da el valor de presunción que efectivamente la negativa de la copia se produjo.

"En el caso presente no se ha acompañado con la demanda la copia del acto acusado. Y el señor apoderado de los actores no expresa que la copia del mismo le haya sido denegada, sino que en el capítulo 'Pruebas' de su libelo dice: 'Antes de proceder a la admisión de la demanda solicito al H. Consejo de Estado, y con el objeto de que obre como prueba, se sirva requerir al Ejecutivo Nacional, para que envíe copia auténtica de la Resolución No. 0203 del 9 de octubre de 1982, la cual fue solicitada por uno de los socios, según consta en copia con sello de recibo, y no entregada'. Esta circunstancia que anota el señor apoderado de los actores no es significativa de la denegación de la copia por parte de la Oficina Jurídica de la Presidencia.

"Al fl. 113 de las diligencias obra fotocopia autenticada de un memorial dirigido el 31 de enero del año en curso desde la ciudad de Cali por el señor Marco A. Zambrano C. a la Secretaría Jurídica de la presidencia de la República, Oficina de Radicación, solicitando que a su costa se expida copia auténtica de la Resolución Ejecutiva No. 0203 de octubre 9 de 1982, con sus correspondientes notificaciones, por medio de la cual el señor Presidente de la república decretó la nacionalización del Banco del Estado S.A. Dicho memorial fue recibido el 1o. de febrero de 1983 y debió someterse al correspondiente trámite interno en la Presidencia, pero se ignora la suerte que hubiera corrido. Y no deja de ser un tanto extraño que un acto que se produjo el 9 de octubre de 1982, apenas se hubiera solicitado su copia a pocos días de la presentación de la demanda, no dándose realmente la oportunidad, el tiempo suficiente, para que la Secretaría Jurídica de la Presidencia la expidiera o expresara su negativa a hacerlo, lo que en verdad se explica por la premura en presentar la demanda sujeta a un término de caducidad que estaba próximo a vencerse.

La exigencia que hace el artículo 86 del C.C.A. es muy sencilla y fácil de cumplir y está al alcance de los actores, no admitiendo ni pudiendo admitir rodeos ni ambigüedades. Se pide la copia y si es regada debe manifestarlo así, porque ciertamente que no es la mera solicitud que se formula lo que determina la imposibilidad de acompañarla con la demanda y lo que, de otra parte, justifica el que sea solicitada por el Consejero Sustanciador antes de resolver sobre la admisión de la misma. Y esa exigencia del artículo 86 constituye un presupuesto procesal de obligado estudio previo al que el Consejo de Estado siempre le ha dado singular importancia sobre todo porque como tanto se ha dicho, esta es una jurisdicción rogada, no oficiosa".

III. SUSTENTACION DEL RECURSO.

Los suplicantes sustentan su recurso expresando que "En el caso de autos el actor llenó a cabalidad las exigencias de la norma transcrita (artículo 86 C.C.A.) afirmando que la copia no les fue entregada, lo que significa que fue denegada; porque denegar, según el diccionario de la Real Academia, significa: No conceder lo que se pide o solicita. De tal manera que el término empleado de que no fue entregada está refiriéndose a la denegación por parte de la Administración de una solicitud formulada por escrito y cuya constancia obra en autos, lo cual constituye un exceso de formalismo por parte del demandante, ya que la ley no exige que se presente copia de esta solicitud".

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

En primer lugar observa la Sala de Decisión que en el presente proceso no hay un solo demandante o actor sino 59, quienes han podido presentar una sola demanda acumulando sus pretensiones por así permitírselo el inciso 3o. del artículo 82 del C de P. C., que expresa que "también podrán acumularse en una demanda pretensiones de varios demandantes o contra varios demandandos, siempre que provengan de la misma causa, o versen sobre el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia o deban servirse de las mismas pruebas, aunque sea diferente el interés de uno y otro".

Los demandantes, por no acompañar al libelo demandatorio copia auténtica del acto acusado con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, según los casos, han expresado que "antes de proceder a la admisión de la demanda solicito del H. Consejo de Estado, y con el objeto de que obre como prueba, se sirva requerir al Ejecutivo Nacional, para que envíe copia auténtica de la Resolución No. 0203 del 9 de octubre de 1982, la cual fue solicitada por uno de los socios, según consta en copia con sello de recibo, y no entregada".

Para rechazar la demanda por carencia de uno de los presupuestos procesales bastaría considerar la forma como se hace la petición de que antes de emitir la demanda se solicite copia del acto impugnado "al Ejecutivo Nacional", ya que ella se aparta de lo dispuesto en el artículo 86 del C.C.A., el que expresa en su inciso 3o. que "cuando el acto no ha sido publicado, o se deniega la expedición de la copia o la certificación sobre publicación, se expresará así en la demanda, *con indicación de la oficina donde se encuentre el original* o del periódico en que se hubiere publicado, a fin de que se solicite por el Sustanciador antes de admitir la demanda" (Subraya la Sala de Decisión). En el presente caso no se indicó la oficina donde se encuentra el original sino que se pidió que se requiriera al "Ejecutivo Nacional", y de conformidad con el artículo 1o. del Decreto 1090 de 1978 la Rama Ejecutiva del Poder Público, en lo nacional, se integra por los siguientes organismos:

"a) Presidencia de la República.

"b) Ministerios y Departamentos Administrativos.

"c) Superintendencias, y

"d) Establecimientos públicos".

Por lo visto, se tiene que no se indicó ninguna oficina específica donde puedan encontrarse los originales del acto acusado como lo exige perentoriamente el artículo 86 del C. C.A. en la hipótesis contemplada en su inciso 3o. No puede alegarse por lo actores que no sabían en qué oficina se encontraba el original de la Resolución impugnada, porque siendo ella creadora de una situación jurídica individual o concreta debió notificársele personalmente o por edicto o haberse publicado en el Diario Oficial, según el caso (Art. 11 del Decreto-ley 2733/59). Sin este requisito la providencia no produce efectos legales a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales (artículo 12 ibídem).

Pero entrando en los reparos de fondo que los actores le hacen a la providencia suplicada, la Sala de Decisión encuentra que no les asiste la razón, por cuanto no son sinónimas las expresiones denegar y no entregar, puesto que la primera siempre implica la toma de una decisión expresa o tácita y la segunda no. Aunque un funcionario tenga el mejor ánimo y la firme decisión de expedir copia de un acto administrativo cuyo original se encuentra en su despacho, puede no entregarla dentro del término deseado por el peticionario si para poder expedirla debe llenar un procedimiento previo de carácter interno. Sería absurdo exigirle a un funcionario, por ejemplo, que al día siguiente o a los dos días de haberse presentado la solicitud de copia de un acto administrativo, la expida, si dentro de esos dos días debe salir de la ciudad sede de su despacho a cumplir una comisión oficial o se halla enfermo o debe buscarla en archivos de no muy fácil consulta o la plétora de asuntos a su cargo lo impide. Por ello es razonable que las peticiones de esta clase se deban hacer con suficiente antelación a la fecha en que se pueda producir la caducidad de la acción que se pretende incoar. En opinión de la Sala esta debida antelación debe ser el tiempo que las leyes o reglamentos les dan a los funcionarios públicos para resolver las peticiones que les hagan (artículo 4o. Decreto-ley 2733 de 1959), y en todo caso el término mínimo será de 15 días, contados a partir de la fecha de su recibo, deducible de lo preceptuado por el Parágrafo 2o. del artículo 4o. del citado Decreto 2733 de 1959. No hacer las peticiones a tiempo es negligencia que no puede favorecer al culpable.

Pero además se tiene que esta Sala ha expresado en reiteradas providencias cuando el Magistrado Sustanciador no está obligado a pedir copia del acto acusado, aunque así se lo solicite el actor. En providencia de 26 de octubre de 1982 dijo lo siguiente: (Exp. 90. Actor: Daniel Matute Turizo. Ponente Jacobo Pérez).

"Conforme al artículo 86 de la ley 167 de 1941, 'A la demanda deberá acompañar el actor una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, según los casos'. Y dice el tercer inciso de la norma transcrita que, 'Cuando el acto no ha sido publicado, o se deniega la expedición de la copia o la certificación sobre publicación, se expresará así en la demanda, con indicación de la oficina donde se encuentra el original, o del periódico en que se hubiere publicado, a fin de que se solicite por el sustanciador antes de admitir la demanda.

"Y el artículo 211 de la misma ley expresa que, 'Con la demanda deberá acompañarse la copia del acto que se acusa, debidamente autenticada. Si la

corporación o funcionario que profirió el acto o hizo el nombramiento no expidiere oportunamente la copia, deberá expresarse así en la demanda para que se proceda según lo dispuesto en el artículo 127'.

"De acuerdo con las normas transcritas, para que el demandante esté exento de presentar la copia del acto acusado y sea procedente que el sustanciador dé la orden de su expedición a la corporación o funcionario que guarda el original, es menester, es condición sine qua non, que expresa de modo claro que la expedición de la copia le ha sido denegada, pues faltando esta terminante y explícita manifestación, no puede quedar relevado de dicha obligación y mal puede por lo mismo el sustanciador ordenar la copia.

"Dado que la ley exige que el demandante haga su manifestación en forma precisa y terminante, en el sentido de que la copia del acto acusado le fue negada, o no se expidió oportunamente, como condición para que quede exonerado de acompañarla a la demanda, y para que el sustanciador pueda en su defecto solicitarla, la negativa de expedición oportuna de ella debe ser expresada en forma inequívoca, clara y explícita, puesto que una exigencia de la ley tan sencilla, tan fácil de cumplir por el interesado, no acepta ni puede aceptar rodeos o manifestaciones ambiguas como la que hace el actor en el presente caso, cuando dice: "Mi petición obedece a la imposibilidad de conseguir el acto acusado, para constancia acompaño copia del memorial enviado a la Presidencia de la Cámara de Representantes".

"Y es que en verdad, no es la mera dificultad, entre otras cosas no especificada ni determinada de conseguir la copia sino la clara y concreta negativa de ella por parte de la Administración, lo que determina la imposibilidad de acompañarla con el libelo y la que efectivamente impone al Sustanciador la necesidad de solicitarla antes de admitir la demanda. La fuerza mayor que para él representa esa denegación de la copia la subsana la ley con la obligación de allegarla directamente.

"Además, en el caso presente consta que el demandante solicitó el 20 de septiembre de 1982 al señor Presidente de la Cámara de Representantes copias de las actas de elección del Dr. Carlos Jiménez Gómez como Procurador General de la Nación y a los tres días, el 23 del mismo mes, presentó su demanda en la Secretaría General del Consejo de Estado. No dio pues realmente la oportunidad, el tiempo suficiente para que la Cámara expidiera las copias solicitadas o expresara su negativa a ello, lo que se explica por su premura en presentar la demanda sujeta a un término de caducidad breve que estaba próximo a vencerse. Naturalmente que ello no justifica su conducta, porque buen tiempo tuvo para solicitar la copia de un acto que se produjo el 1o. de septiembre de 1982".

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sala de Decisión, confirma el auto suplicado.

Ejecutoriada esta providencia, vuelvan los autos al Despacho de origen para los fines legales pertinentes.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Por lo visto, se tiene que no se indicó ninguna oficina específica donde puedan encontrarse los originales del acto acusado como lo exige perentoriamente el artículo 86 del C. C.A. en la hipótesis contemplada en su inciso 3o. No puede alegarse por lo actores que no sabían en qué oficina se encontraba el original de la Resolución impugnada, porque siendo ella creadora de una situación jurídica individual o concreta debió notificársele personalmente o por edicto o haberse publicado en el Diario Oficial, según el caso (Art. 11 del Decreto-ley 2733/59). Sin este requisito la providencia no produce efectos legales a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales (artículo 12 ibídem).

Pero entrando en los reparos de fondo que los actores le hacen a la providencia suplicada, la Sala de Decisión encuentra que no les asiste la razón, por cuanto no son sinónimas las expresiones denegar y no entregar, puesto que la primera siempre implica la toma de una decisión expresa o tácita y la segunda no. Aunque un funcionario tenga el mejor ánimo y la firme decisión de expedir copia de un acto administrativo cuyo original se encuentra en su despacho, puede no entregarla dentro del término deseado por el peticionario si para poder expedirla debe llenar un procedimiento previo de carácter interno. Sería absurdo exigirle a un funcionario, por ejemplo, que al día siguiente o a los dos días de haberse presentado la solicitud de copia de un acto administrativo, la expida, si dentro de esos dos días debe salir de la ciudad sede de su despacho a cumplir una comisión oficial o se halla enfermo o debe buscarla en archivos de no muy fácil consulta o la plétora de asuntos a su cargo lo impide. Por ello es razonable que las peticiones de esta clase se deban hacer con suficiente antelación a la fecha en que se pueda producir la caducidad de la acción que se pretende incoar. En opinión de la Sala esta debida antelación debe ser el tiempo que las leyes o reglamentos les dan a los funcionarios públicos para resolver las peticiones que les hagan (artículo 4o. Decreto-ley 2733 de 1959), y en todo caso el término mínimo será de 15 días, contados a partir de la fecha de su recibo, deducible de lo preceptuado por el Parágrafo 2o. del artículo 4o. del citado Decreto 2733 de 1959. No hacer las peticiones a tiempo es negligencia que no puede favorecer al culpable.

Pero además se tiene que esta Sala ha expresado en reiteradas providencias cuando el Magistrado Sustanciador no está obligado a pedir copia del acto acusado, aunque así se lo solicite el actor. En providencia de 26 de octubre de 1982 dijo lo siguiente: (Exp. 90. Actor: Daniel Matute Turizo. Ponente Jacobo Pérez).

"Conforme al artículo 86 de la ley 167 de 1941, 'A la demanda deberá acompañar el actor una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, según los casos'. Y dice el tercer inciso de la norma transcrita que, 'Cuando el acto no ha sido publicado, o se deniega la expedición de la copia o la certificación sobre publicación, se expresará así en la demanda, con indicación de la oficina donde se encuentra el original, o del periódico en que se hubiere publicado, a fin de que se solicite por el sustanciador antes de admitir la demanda.

"Y el artículo 211 de la misma ley expresa que, 'Con la demanda deberá acompañarse la copia del acto que se acusa, debidamente autenticada. Si la

corporación o funcionario que profirió el acto o hizo el nombramiento no expidiere oportunamente la copia, deberá expresarse así en la demanda para que se proceda según lo dispuesto en el artículo 127'.

"De acuerdo con las normas transcritas, para que el demandante esté exento de presentar la copia del acto acusado y sea procedente que el sustanciador dé la orden de su expedición a la corporación o funcionario que guarda el original, es menester, es condición sine qua non, que expresa de modo claro que la expedición de la copia le ha sido denegada, pues faltando esta terminante y explícita manifestación, no puede quedar relevado de dicha obligación y mal puede por lo mismo el sustanciador ordenar la copia.

"Dado que la ley exige que el demandante haga su manifestación en forma precisa y terminante, en el sentido de que la copia del acto acusado le fue negada, o no se expidió oportunamente, como condición para que quede exonerado de acompañarla a la demanda, y para que el sustanciador pueda en su defecto solicitarla, la negativa de expedición oportuna de ella debe ser expresada en forma inequívoca, clara y explícita, puesto que una exigencia de la ley tan sencilla, tan fácil de cumplir por el interesado, no acepta ni puede aceptar rodeos o manifestaciones ambiguas como la que hace el actor en el presente caso, cuando dice: "Mi petición obedece a la imposibilidad de conseguir el acto acusado, para constancia acompaño copia del memorial enviado a la Presidencia de la Cámara de Representantes".

"Y es que en verdad, no es la mera dificultad, entre otras cosas no especificada ni determinada de conseguir la copia sino la clara y concreta negativa de ella por parte de la Administración, lo que determina la imposibilidad de acompañarla con el libelo y la que efectivamente impone al Sustanciador la necesidad de solicitarla antes de admitir la demanda. La fuerza mayor que para él representa esa denegación de la copia la subsana la ley con la obligación de allegarla directamente.

"Además, en el caso presente consta que el demandante solicitó el 20 de septiembre de 1982 al señor Presidente de la Cámara de Representantes copias de las actas de elección del Dr. Carlos Jiménez Gómez como Procurador General de la Nación y a los tres días, el 23 del mismo mes, presentó su demanda en la Secretaría General del Consejo de Estado. No dio pues realmente la oportunidad, el tiempo suficiente para que la Cámara expidiera las copias solicitadas o expresara su negativa a ello, lo que se explica por su premura en presentar la demanda sujeta a un término de caducidad breve que estaba próximo a vencerse. Naturalmente que ello no justifica su conducta, porque buen tiempo tuvo para solicitar la copia de un acto que se produjo el 1o. de septiembre de 1982".

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sala de Decisión, confirma el auto suplicado.

Ejecutoriada esta providencia, vuelvan los autos al Despacho de origen para los fines legales pertinentes.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha dieciocho de marzo de mil novecientos ochenta y tres.

Mario Enrique Pérez V., Jacobo Pérez Escobar, Roberto Suárez Franco, no asistió.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

PERENCION DEL PROCESO. Aplicación en el procedimiento adminsitrativo.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, D.E., ocho de abril de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Doctor Carlos Betancur Jaramillo**

Actor: **Alvaro Salcedo Luna.**

Referencia: Expediente No. 3.831 — Ordinario Apelación

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto contra el auto de 8 de octubre del año pasado proferido por el Tribunal Administrativo de Santander.

Mediante ese proveído el a-quo denegó la solicitud de perención formulada por la parte demandada por el hecho de haber permanecido inactivo el proceso de la referencia por más de 6 meses.

Para la Sala asiste la razón al Tribunal y reitera la tesis que al respecto sostuvo en pasada oportunidad con ponencia del conductor de este proceso. Allí expresó:

"La perención del proceso es una sanción y como tal no puede ser aplicada analógicamente. Además, dada la caducidad corta que se observa en la mayoría de las acciones de plena jurisdicción y de restablecimiento, la permisión establecida en el inciso 3o. del artículo 346 del C. de P.C. de que el demandante podrá iniciar de nuevo el proceso después de los dos años, no tendría ninguna aplicación en las acciones subjetivas de que conoce la jurisdicción administrativa, puesto que el plazo máximo es el de tres años: término que se agotaría siempre en la práctica y que no dejaría margen posible para intentarlo de nuevo, dados los efectos fatales de la caducidad.

"El artículo 282 del C.C.A. debe interpretarse con cierta mesura para no aplicar a la ligera y en subsidio instituciones del Código de Procedimiento Civil que no son compatibles con la naturaleza de las acciones contencioso administrativas, y para no ver vacíos siempre en donde pudo darse un silencio deliberado y consciente del legislador de 1941, dada la índole propia y especial del proceso administrativo.

"Muestra de que en el tema de la perención la Ley 167 fue consciente de que no quería la operancia de la institución en la forma general y amplia contemplada en el Código de Procedimiento Civil, la da el artículo 97 de aquélla al contemplar la caducidad de la medida de suspensión provisional en los procesos de plena jurisdicción, si la parte a quien favorece no continúa las gestiones propias del juicio durante más de treinta días hábiles.

"No sería técnico hablar entonces, de un vacío en este campo y como regla general, cuando el legislador quiso contemplar una forma restringida de perención" (Proceso No. 3766, auto de marzo 10/83).

Por lo expuesto, la Sección Tercera,

RESUELVE:

Confírmase el auto de 8 de octubre de 1982, dictado por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante el cual se denegó la perención del proceso de la referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 7-4-83.

Jorge Valencia Arango, Presidente de la Sala; **Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Dangond Flores, Eduardo Suescún Monroy.**

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

CONCEJOS MUNICIPALES, ACTAS. SUSPENSION. Las actas de los Concejos en si no son actos administrativos sino que ellas son el relato fidedigno de lo acontecido en las reuniones de las Corporaciones o diligencias.

La suspensión provisional puede solicitarse sobre las decisiones tomadas por el Concejo de que dé cuenta el acta si es que dichas decisiones no requieren forma especial alguna para su expedición conforme a la ley.

SUSPENSION PROVISIONAL. Cuando la violación de una norma se funda en hechos que deben ser probados durante el proceso, no hay lugar a la suspensión provisional.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Bogotá, D.E., veintidós de abril de mil novecientos ochenta y dos (1982).

Consejero ponente: **Doctor Jacobo Pérez Escobar.**

Actor: **Gentil Quintero Luna**

Expediente No. 4.315

Se decide el recurso de apelación interpuesto en oportunidad legal por la parte impugnadora contra la providencia de 5 de febrero de 1983 proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, mediante la cual se decretó la suspensión provisional del acto acusado.

I. ANTECEDENTES

El señor Gentil Quintero Luna, en ejercicio de la acción de simple nulidad consagrada en el artículo 66 del C.C.A., ha solicitado del Tribunal Administrativo del Huila que declare "sin efectos jurídicos el acta de la segunda instalación del Consejo de Tello, hecha por un grupo de ediles a la una de la tarde del 1o. de noviembre, cuando en las horas de la mañana se había instalado por derecho propio y legalmente la corporación".

Fundamenta el actor su acción en una serie de hechos con los cuales dice se violan las normas jurídicas invocadas por él como infringidas por el acta de la segunda instalación del Consejo de Tello.

Además ha pedido que se decrete la suspensión provisional en los siguientes términos:

"Sírvanse H. Magistrados suspender provisionalmente al tenor del art. 94 del C. Contencioso Administrativo el acto demandado, para evitar el perjuicio notoriamente grave que implica para la administración municipal de Tello el funcionamiento simultáneo de dos concejos municipales y porque existe una violación manifiesta y protuberante a las normas positivas de derecho que regulan la materia.

"Tanto el H. Tribunal como el H. Consejo de Estado, se han pronunciado en diversas oportunidades acerca de la seriedad como estas corporaciones deben actuar, pensando en el bien de los ciudadanos que representan. Nuevas y recientes doctrinas como por ejemplo la anulación de las elecciones de funcionarios, dobles concejos en Neiva y otros municipios, han determinado graves perjuicios económicos para los municipios afectados por la incomprensión y manzanillismo de los ediles para usar la terminología del Consejo de Estado.

"Hay que entender, que el Alcalde no está facultado para decidir cuál de los dos concejos es el legal, sino el Tribunal".

II. LA PROVIDENCIA APELADA

El Tribunal a-quo mediante la providencia apelada, que lleva fecha 5 de febrero del presente año, decretó la suspensión provisional del acto representado en el acta 001 de la una de la tarde del día 1o. de noviembre de 1982, correspondiente a la sesión de instalación del Honorable Concejo Municipal de la ciudad de Tello, con fundamento en las siguientes razones, que se sintetizan:

Expresa el a-quo que "teniendo en cuenta los medios probatorios allegados se tiene que para el período constitucional de 1982 a 1984, el Concejo Municipal de la ciudad de Tello, vino a quedar conformado por 8 miembros

siendo 3 pertenecientes al partido liberal oficialista, 2 al partido liberal denominado nuevo liberalismo, 1 al partido liberal denominado contacto liberal y 1 respectivamente por el partido conservador y frente democrático; siendo conforme a la constitución y a la ley que la instalación de los Concejos para el período mencionado debía de instalarse en todo el territorio de la República el 1o. de noviembre del año próximo pasado; instalación que por derecho propio tienen los Cabildantes respectivos de cada circunscripción electoral y así, parece que el Ejecutivo municipal de la ciudad de Tello mediante telegramas invitó cordialmente a los cabildantes a que se instalaran en el día 1o. de noviembre citado".

Relata luego la providencia cómo evidentemente el 1o. de noviembre de 1982 en las horas de la mañana se hizo una instalación del Concejo Municipal con la presencia de 7 cabildantes, entre los cuales había sólo dos principales, y en las horas de la tarde del mismo día hubo otra instalación del Concejo que contó con la presencia de 4 principales y una suplente. Luego el Tribunal expresa que "es sabido que las normas legales vigentes sobre citación de Concejales, funcionamiento de los Concejos Municipales y la elección de funcionarios que corresponde a esa Corporación están regladas por los artículos 3o. de la Ley 84 de 1915, artículos 1o. y 2o. del Decreto 49 de 1932 y 4o. de la Ley 30 de 1969 y en cuanto se refiere a la asistencia de los concejales suplentes de las corporaciones edilicias es importante tener en cuenta lo dicho por la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado mediante ponencia del Dr. Samuel Buitrago Hurtado en el expediente 789 sentencia del 12 de abril del año de 1982...".

Finalmente termina diciendo el Tribunal lo siguiente: "Se tiene entonces que debido a la asistencia de los Concejales suplentes tanto en la sesión de la mañana como en la de la tarde, si bien numéricamente podrá pensarse en un quorum, éste realmente no aconteció en ninguna de las dos sesiones, porque como se ha visto en la sesión de la mañana siendo que las curules pertenecientes al partido liberal oficialista eran 3, resultaron en la instalación en número de 5 sin dar la oportunidad de que asistieran los principales a la Corporación. Y en cuanto a la sesión de la tarde claramente se tiene que no asistieron sino 4 principales sin oportunidad de asistencia de los restantes ediles y sin oportunidad de la excusa correspondiente, a fin de que pudieran intervenir los suplentes conforme lo indica la ley".

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer lugar le causa sorpresa a la Sala el que el Tribunal Administrativo del Huila haya decretado la suspensión provisional del Acta de instalación del Concejo del Municipio de Tello, por cuanto las actas en sí no son actos administrativos sino que ellas son el relato fidedigno de lo acontecido en las reuniones de las corporaciones o diligencias. De esta suerte se tiene que lo que debió suspenderse concretamente fueron las decisiones tomadas por el Concejo de que de cuenta del acta, si es que dichas decisiones no requieren forma especial alguna para su expedición conforme a la ley.

Pero debiendo la Sala resolver lo que se le plantea en relación con la suspensión provisional decretada por el a-quo, estima que, por un lado la violación de las normas señaldas como infringidas en la demanda y que le

sirvieron de base al Tribunal, tienen como causa hechos cuya prueba solo puede ser examinada en el fallo de mérito, después que hayan sido controvertidas por las partes. Por eso ha dicho esta Corporación que cuando la violación de una norma se funda en hechos que deben ser probados durante el proceso, no hay lugar a la suspensión provisional.

Pero algo más, en la petición de suspensión provisional el actor no señala ninguna norma como ostensible o manifiestamente infringida por el acta de instalación del Concejo que tuvo lugar a las 3 de la tarde del 1o. de noviembre de 1982, y también ha sido jurisprudencia de esta Corporación que cuando la solicitud se hace en esa forma no puede decretarse tampoco la suspensión provisional.

Así lo ha dicho esta Sala en providencia de 28 de febrero de 1983 lo siguiente:

"Ya la Sala ha tenido oportunidad de explicar que lo que ha llevado a sentar la jurisprudencia que exige que en el capítulo referente a la suspensión provisional se mencionen con precisión las disposiciones que en opinión de los accionantes se estimen violadas y a que se exponga claramente el concepto de la violación manifiesta de la misma, es la necesidad de darle cabal operancia al artículo 94 del C.C.A., en beneficio de tan importante institución jurídica, acudiendo a una técnica adecuada que facilite en la práctica esa operancia. De esta manera, la precisión que emplean los demandantes los coloca en un marco claro que facilita la labor de los encargados de aplicar la ley, desde luego que les permite interpretar mejor la pretensión vinculada a dicha suspensión".

En consideración a las razones que anteceden, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Revoca el auto apelado, fechado el 5 de febrero de 1983, y en su lugar dispone no acceder a la solicitud de suspensión provisional. Ejecutoriada esta providencia, vuelvan los autos al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha quince de abril de mil novecientos ochenta y tres.

Mario Enrique Pérez V., Jacobo Pérez Escobar, Samuel Buitrago Hurtado, Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

DEMANDA. PRESENTACION. No basta presentar la demanda en tiempo por fuera de la sede del Consejo de Estado o Tribunal, sino que es menester que ella llegue dentro del término al despacho de su destino. (Art. 125 C.C.A. Artículo 84 C.P.C.).

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Bogotá, D.E., cinco de mayo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Samuel Buitrago Hurtado**

Actor: **Hermanos Agudelo Ochoa y Cía. Ltda.**

Referencia: Expediente No. 4.055 — Autoridades Nacionales

Mediante apoderado judicial, la sociedad denominada "Hermanos Agudelo Ochoa y Cía. Ltda.", en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, pidió a esta Corporación hiciera las siguientes declaraciones y condenas:

"A. PARTE DECLARATIVA

"1o. Declarar que son nulas las Resoluciones Nos. 989 del 21 de octubre de 1981 y 0225 del 11 de marzo de 1982, respectivamente, originarias de la Superintendencia de Control de Cambios y mediante las cuales ese organismo impuso una multa a favor del Tesoro Nacional a la firma "Hermanos Agudelo Ochoa y Cía. Ltda.", domiciliada en la ciudad de Bucaramanga; por la suma de $168.197.50; y se resolvió el recurso de reposición interpuesto, confirmando en todas sus partes la Resolución inicial.

"B. CONDENAS.

"1. Ordenar a la Tesorería Nacional, Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga, reintegrar a la Sociedad "Hermanos Agudelo Ochoa y Cía. Ltda.", con domicilio en la ciudad de Bucaramanga, la suma de ciento sesenta y ocho mil ciento noventa y siete pesos, con cincuenta centavos ($168.1978.50), consignado en la Administración de Impuestos Nacionales de la ciudad de Bucaramanga, según recibo oficial No. AV-076127 del 1o. de Abril de 1982.

"2. Al fallo proferido por ese alto tribunal de justicia deberá darse cumplimiento dentro del término indicado en el art. 121 del C.C.A.".

En el libelo de demanda se hace una amplica relación de los hechos fundamentales de la acción, así como de las disposiciones que se consideran violadas y el concepto de la violación.

Mediante providencia del dos de septiembre de 1982 se admitió la demanda y se dispuso el trámite que en ley le correspondía. El negocio se fijó en lista y no hubo solicitud de pruebas. Se ordenaron los traslados para alegar y ninguna de las partes hizo uso de tal derecho. El señor Fiscal Primero de la Corporación de su parte emitió concepto de fondo proponiendo en el mismo se declare la caducidad de la acción.

CONSIDERACIONES:

Dice el señor Fiscal que conforme la constancia de notificación de la última Resolución (No. 0225 de marzo 11 de 1982), ella tuvo ocurrencia el día 16 de marzo de 1982, lo que quiere significar que como la acción incoada es la

de plena jurisdicción la demanda debe presentarse dentro de los cuatro meses a partir de la notificación, debiendo presentarse ante el Consejo de Estado entidad competente para conocer de la acción el día 18 de julio del mismo año (1982). Que consta en el expediente que la demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo de Santander el día 17 de julio de 1982, y devuelta a la interesada el mismo día 17 de julio; pero que sin embargo, la demanda fue recibida en el Consejo el día 4 de agosto, con 14 días hábiles de retraso, lo que considera injustificable, dado lo ágil y rápido de las comunicaciones de hoy en día.

La tesis del señor Fiscal es jurídica y en varias ocasiones ha sido aceptada por el Consejo de Estado.

Y en verdad, en el caso presente se ejercita la acción de plena jurisdicción contra las resoluciones números 989 del 21 de octubre de 1981 y 0225 del 11 de marzo de 1982, originarias de la Superintendencia de Control de Cambios, mediante las cuales ese organismo impuso una multa a la sociedad demandante y en favor del Tesoro Nacional, por la suma de $168.197.50. La última de las Resoluciones impugnadas fue notificada personalmente al representante legal de la actora el 18 de marzo de 1982 (fl. 154 Ant. Adm.).

Dice el artículo 125 de la Ley 167 de 1941 que, "Toda demanda deberá ser presentada personalmente ante el secretario del Tribunal correspondiente; pero si el demandante no reside en el mismo lugar del asiento del Tribunal, le presentará al juzgado de mayor categoría del lugar, debiendo, quien la recibe, poner al pie de ella la constancia de su presentación, y la devolverá al interesado. A éste se le expedirá recibo si así lo exigiere, en el cual se expresará la fecha de la presentación de la demanda, su contenido y una relación de los documentos con que se hubiere acompañado".

Si bien es cierto que la demanda se presentó ante el Tribunal Administrativo de Santander el día 17 de julio de 1982, esto es, un día antes de la ocurrencia del fenómeno de la caducidad, sólo llegó al Consejo de Estado que era su destino el 4 de agosto de 1982 (fl. 32), lo que quiere significar que la apoderada de la sociedad demandante tuvo la demanda en su poder 18 días después del vencimiento de los cuatro meses de que habla el artículo 83 del C.C.A.

Así las cosas, no cree la Sala que la demanda haya sido presentada oportunamente y que la caducidad haya sido interrumpida. No basta presentar la demanda en tiempo por fuera de la sede del Consejo de Estado o Tribunal, sino que es menester que ella llegue dentro del término al despacho de su destino.

La previsión del artículo 84 del Código de Procedimiento Civil es valedera en esta jurisdicción. En efecto tal norma expresa:

"Presentación de la demanda. Toda demanda deberá presentarse personalmente por quien la suscribe, ante el secretario de la autoridad judicial a quien se dirija; el signatario que se halle en lugar distinto, podrá remitirla previa autenticación ante Juez o notario de su residencia, caso en el cual se considerará presentada a su recibo en el despacho judicial de su destino".

La norma anterior es necesario armonizarla con el artículo 125 de la Ley 167 de 1941 atrás transcrito, porque si se aplicara éste en su integridad, pretextando que no existe vacío alguno en el procedimiento Contencioso Administrativo, el término de caducidad quedaría al arbitrio del demandante a quien le bastaría simplemente presentar su libelo en el lugar de su residencia en tiempo y no remitirla al despacho de su destino, sino cuando lo considerare conveniente.

De darse plena aplicación a lo dispuesto en el artículo 125 citado, sería necesario admitir que hecha la presentación en el domicilio del actor, éste tendría que hacerla llegar al lugar de su destino dentro del término de la distancia, término que en el caso que ocupa la atención de la Sala indudablemente que tampoco se respetó, pues dado lo ágil y rápido de las comunicaciones de hoy en día, de Bucaramanga a Bogotá en avión no se gasta ni siquiera la hora, y por tierra un día a lo sumo.

Y en razón de lo dicho, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del señor Fiscal Primero de la Corporación y de acuerdo con él, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Declárase probado en este juicio la excepción de autoridad de la sesión que inhibe a la Sala para su pronunciamiento de fondo.

Cópiese, notifíquese.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 29 de abril de 1983.

Mario Enrique Pérez Velasco, Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Roberto Suárez Franco.

Lorenzo Rojas Surmay, Secretario.

LA ADMINISTRACION COMO DEMANDANTE. (Artículo 72 C.C.A.). En acción de plena jurisdicción.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Bogotá, D.E., nueve de mayo de mil novecientos ochenta y tres

Actor: **Carlos Octavio Rodríguez Vásquez. Fiscal Tercero del Consejo de Estado.**

Referencia: Expediente No. 10.426

El doctor Carlos Octavio Rodríguez Vásquez, Fiscal Tercero del Consejo de Estado, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción consagrada en el artículo 67 del C.C.A., demanda de esta Corporación que se decrete la nulidad de las Resoluciones Nos. 000084 de 25 de noviembre de 1982, proferida por la División de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Cúcuta y la 117 de 28 de diciembre de 1982, proferida por la Sección de Auditoría Interna de la mencionada Administración y que se restablezca el derecho de la Administración, Ministerio de Hacienda y Crédito público, específicamente a la Administración de Impuestos Nacionales de Cúcuta y a la Auditoría Fiscal de la Contraloría General de la República, para que no devuelva la suma determinada en las Resoluciones acusadas ni los intereses a que haya lugar. Igualmente solicita que se declare que la Sociedad Exportadores del Oriente Ltda., está obligada a reintegrar a la Administración la suma que se le hubiere devuelto y los intereses que se hayan causado hasta el momento del reintegro.

Como la demanda reúne los requisitos legales, se dispone:

1. Admítese la demanda instaurada en ejercicio de la acción de plena jurisdicción (Art. 67 del C.C.A., por el señor agente del Ministerio Público, Fiscal Tercero de esta Corporación, contra las Resoluciones Nos. 000084 de 25 de noviembre de 1982 y 117 de 28 de diciembre del mismo año, ambas proferidas por la Administración de Impuestos Nacionales de Cúcuta.

2. Notifíquese al señor agente del Ministerio Público y al señor Director General de Impuestos Nacionales.

3. Notifíquesele al representante legal de la Sociedad Exportadores del Oriente Ltda., la admisión de esta demanda. Comisiónase al Tribunal Administrativo de Norte de Santander para este efecto. Líbrense los oficios correspondientes. Término: Diez (10) días más la distancia.

4. Comuníquesele al Administrador Regional de Impuestos Nacionales de Cúcuta. Líbrense los oficios correspondientes.

5. Fíjese en lista por cinco (5) días para todos los efectos legales.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Carmelo Martínez Conn

Jorge A. Torrado T., Secretario.

EDUCACION. NACIONALIZACION. LEY 43 DE 1975. PROCESO DE NACIONALIZACION. Perfeccionamiento. Requisitos. La nacionalización a que se refiere esta ley es sólo de costos, pues la potestad nominadora quedó en cabeza de los mismos funcionarios que la venían ejerciendo anteriormente, según el parágrafo único del artículo primero. NOMINACION. Facultad autónoma.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.E., veintiséis de mayo de mil novecientos ochenta y tres (1983).

Consejero ponente: **Dr. Alvaro Orejuela Gómez**

Demandante: **Cecilia Cuéllar Beltrán**

Referencia: Juicio No. 8.415 — Recurso de Queja

La apoderada del Distrito Especial de Bogotá, demandado en este proceso, interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, de fecha agosto 6 de 1982, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda. El a-quo en providencia del 24 de septiembre de 1982, denegó la apelación solicitada, por improcedente. La representante judicial del Distrito Especial de Bogotá, interpuso, en tiempo, recurso de reposición contra el auto que denegó la alzada y en subsidio solicitó la expedición de copias para recurrir en queja. El Tribunal de instancia, mediante proveído del 10 de septiembre de 1982, no repuso su actuación y ordenó completar las copias que pidió la representante de la parte demandada, quien formuló oportunamente dicho recurso, con el objeto de que se revoque la providencia del a-quo, denegatoria de la apelación contra al fallo de primera instancia y, en su lugar, sea concedida.

Para resolver la Sala

CONSIDERA:

La apoderada del Distrito Especial de Bogotá, estima que la ley 43 de 1975 nacionalizó la Educación en forma proporcional desde 1976 y totalmente desde enero de 1980. Para fundamentar su afirmación transcribe el artículo 3o. de la citada Ley y comenta que desde el año de 1976 el vínculo laboral de los docentes con la Nación.

El aludido estatuto fue reglamentado por el Decreto número 223 de 1977 y los artículos 3o., 4o. y 5o. exigen el cumplimiento de ciertos requisitos para que se pueda entender ejecutado o cumplido dicho proceso de nacionalización.

Su texto es el siguiente:

"*Artículo 3o.* "Las prestaciones sociales del personal adscrito a los establecimientos que han de nacionalizarse y que se hayan causado o se fueren causando hasta cuando se ejecute el proceso de nacionalización, serán del cargo de las Entidades a que han venido perteneciendo dichos establecimientos o de las correspondientes Cajas de Previsión, hasta el momento en que se perfeccione dicho proceso".

"*Artículo 4o.* Para dar cumplimiento a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 2o. de la Ley que el presente Decreto reglamenta, las Cajas de Previsión Seccionales o las Entidades que hagan sus veces procederán a dictar las normas necesarias para la constitución de las garantías que aseguren a los beneficiarios de las prestaciones sociales de que trata dicho artículo, su pago completo y oportuno".

"*Artículo 5.* Una vez determinados los pasivos y efectuada la liquidación proforma de que trata el artículo 2o. de la Ley que se reglamenta, el Gobierno Nacional procederá a celebrar con las Entidades Territoriales y el Distrito Especial contratos en donde se estipulen las condiciones y términos que permitan a la Nación atender el pago de las prestaciones sociales correspondientes a esas liquidaciones, contra los que debe sujetarse al término y cuotas partes contempladas en el referido artículo 2o.".

El artículo del reglamento que se viene comentando es enfático en afirmar que mientras no se hayan cumplido los requisitos de los artículos 3o., 4o., y 5o. no se puede tener como ejecutado tal proceso, porque desde el punto de vista promisorio, quien crea que se ha satisfecho una condición establecida en un pacto contractual o en una norma con fuerza de Ley o reglamentaria, debe demostrar el cumplimiento de dicha condición o exigencia. En el caso controvertido, la apoderada del Distrito Especial de Bogotá no ha acreditado que se hayan observado las existencias previstas en la norma reglamentaria y, por tanto, no puede tenerse como cierta la aseveración que hace en el libelo, de que la educación está nacionalizada, pues de haberse realizado tal proceso en 1980, las prestaciones sociales serían exclusivamente de cargo de la Nación, según lo establecido en el artículo segundo de la Ley 43 de 1975, pero sucede que de acuerdo con lo prescrito en el Decreto 283 del 1 de abril de 1981, las prestaciones del personal docente del país, seguirán siendo atendidas por las Entidades territoriales o por las respectivas Cajas de Previsión.

Debe anotarse, igualmente, que la nacionalización a que se refiere la Ley 43 de 1975, es sólo de costos, pues la potestad nominadora quedó en cabeza de los mismos funcionarios que la venían ejerciendo anteriormente, según el parágrafo único del artículo primero. Además, la facultad de nominación no se ejerce en virtud de delegación, sino que es autónoma, tal como lo dejó establecido la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 22 de abril de 1982, cuando declaró inexequible la potestad de proveer los cargos docentes de las Entidades territoriales por parte de los FER, por considerar que esa atribución es privativa de los respectivos funcionarios de las mencionadas Entidades.

No habiéndose, entonces, perfeccionado el proceso de nacionalización establecido en la ley 43 de 1975, los empleados docentes del Distrito Especial de Bogotá, siguen siendo servidores Distritales con todas las consecuencias que ello comporta.

En consecuencia, no es procedente el recurso de apelación interpuesto por la mandataria judicial de la Entidad demandada.

Pero como la actora en su libelo impugnó un acto del orden Distrital y determinó la cuantía en una suma superior a $150.000.oo, es de observar que el

INDICE — ALFABETICO

A

ACCION DE NULIDAD CONTRA ACTOS PARTICULARES

Ver: Pólizas de seguros. Extractos. 263

ACCION DE PLENA JURISDICCION. CADUCIDAD. ADJUDICACION DE BALDIOS

Término: 2 años (Ley 135/61, artículos 38 y 42), contados a partir de la publicación de la resolución de adjudicación en el Diario Oficial. LEGITIMATIO AD CAUSAM. SUCESION. Cuando una sucesión actúa como parte procesal, su comportamiento presenta estas dos modalidades: a) Por activa la sucesión puede estar representada por todos o algunos de los herederos, que piden para ella. b) Por pasiva, deberá demandarse a todos los que ostentan ese carácter de herederos. ADJUDICACION DE BALDIOS. Término de caducidad. Posesión de inmuebles.
(Sentencia de enero 24 de 1983. Sección Tercera. Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 3.122. Actor: Alirio Enrique Baute Redondo. Resoluciones de autoridades nacionales). 316

ACCION DE PLENA JURISDICCION. CADUCIDAD TERMINO. ARTICULO 83 C.C.A.

Según el artículo 83 C.C.A., los cuatro meses de la caducidad se cuentan "a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto", es decir de actuaciones que permiten que él sea conocido o dan base razonable para suponer que el interesado o los interesados han tenido noticia.
(Auto de enero 29 de 1983. Sección Segunda. Ponente: Dr. Joaquín Vanín Tello. Expediente 7.591. Actor: Ciro Antonio Márquez Ortega y otros. Cuestiones procesales). 1171

ACCION DE PLENA JURISDICCION

Restablecimiento del derecho. EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION. Decreto 1950 de 1973, artículo 107. Discrecionalidad de la administración en su remoción. COMISION DE ESTUDIOS. En empleados de libre nombramiento y remoción: aquí no hay una vinculación contractual entre la Administración y el actor, sino una situación legal y reglamentaria. De ahí que resulte cuando menos irritante pretender que por el hecho de que la Administración hubiera enviado al demandante a estudiar en el exterior adquiera el compromiso "contractual", de mantenerlo a su servicio sin solución de continuidad. La administración no puede limitar así su facultad discrecional de nombrar y remover sus agentes a su libre arbitrio. RECURSO DE SUPLICA. (Extraordinario. Ley 11/75. Art. 2o.). Finalidad.
(Sentencia de noviembre 9 de 1982. Sala Plena. Consejero ponente: Dr. Carmelo Martínez Conn. Exp. 10.759. Actor: Mario Valderrama Chaparro. Recurso de súplica. Salvamento de voto de los doctores Betancur Jaramillo, Pérez Velasco, Humberto Rodríguez, Suescún Monroy). 982

ACCION DE REVISION

Improcedencia. Ver: Revisión de sentencias. 1157

ACCION DE REVISION DE IMPUESTOS

Ver: Contribución. Término. 943

ACCION INDEMNIZADORA

Ver: Demanda. Presentación. 640

ACCION INDEMNIZATORIA. CADUCIDAD. PRESUNCION DE CONTRABANDO. OPERACION ADMINISTRATIVA

Causada la actuación administrativa comienza a correr el término de caducidad de la acción indemnizatoria del Art. 68 del C.C.A. sin que admita interrupción o prórroga o suspensión por motivo de investigaciones penales o procesos de cualquier índole.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 28/83. Consejero ponente: Dr. Jorge Valencia Arango. Exp. 2.976. Actor: Antonio María Robayo Murcia). 628

ACCIONES. SUSCRIPCION. ADQUISICION

Ver: Impuestos. Exención tributaria. 924

ACCIONES LABORALES

Caducidad y prescripción. Los tres años indicados en el artículo 151 del C. de P.L. y luego en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, deben entenderse solo para el reclamo ante la misma administración, y a que una vez obtenida la decisión denegatoria de ésta, el plazo de caducidad que opera es el señalado en el C.C.A. para las acciones de plena jurisdicción, entre las cuales están incluidas las de índole laboral.
(Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de noviembre 19 de 1982. Consejero ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 10.862. Actor: Johnannes Michelis Wulhem María Herkrath Muller). 960

ACCIONES LABORALES

Caducidad y prescripción. Tanto el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral como el 41 del Decreto 3135 de 1968, hablan de la prescripción de "las acciones", lo que debe entenderse en su sentido técnico como la oportunidad para instaurar la acción judicial correspondiente y no el simple reclamo directo ante la administración 967

ACCIONES LABORALES

Caducidad y prescripción. ACCION CONCEPTO. Artículo 41. Decreto 3135 de 1968 en este artículo, acción no se liga al concepto de reclamación administrativa, sino que le cabe la misma acepción que tiene en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y en el 151 del Código Procesal del Trabajo, como poder jurídico para solicitar o reclamar pronunciamiento de la rama jurisdiccional sobre una controversia, para decirlo en forma sintética.

(Salvamento de voto del Consejero Dr. Joaquín Vanín Tello a la sentencia de Sala Plena de 19 de noviembre de 1982. Expediente 10.862. Actor: Johannes (Juan) Michelis Wulhem, María Herkrath Muller). 968

ACCION CONCEPTO

(Salvamento de voto). Ver: Acciones laborales. 968

ACCION DE NULIDAD CONTRA ACTOS PARTICULARES

Ver: Pólizas de seguros. 263

ACTO ACUSADO. COPIA

(86 C.C.A.). Ver: Acumulación de pretensiones. 1206

ACTO ACUSADO. DEMANDA ELECTORAL

Ver: Electoral. Demanda. 816

ACTO ACUSADO. PRUEBA DE ESTATUTOS DEPARTAMENTALES

Ver: Revocación directa. 528

ACTO ADMINISTRATIVO

1. Criterios para determinar que un acto es administrativo. a) Criterio orgánico. b) Criterio material. 2. El acto administrativo unilateral sometido a control jurisdiccional es el acto jurídico, como manifiestación de voluntad destinada a producir efectos de derecho, que contiene una decisión de naturaleza administrativa. CIRCULARES. Pueden ser actos administrativos sujetos a control jurisdiccional. PENSIONADOS NO AFILIADOS. Cuotas pensionales (artículos 9o. y 10 de la Ley 4a./76 y Decreto 732 del mismo año). Sólo puede hacerlo el Congreso o el Presidente de la República cuando en los casos previstos en la Constitución Nacional, dicta decretos con fuerza de ley. Declárase nulo el numeral 2o., literales a) y b) de la circular expedida por el director general de la Seguridad Social del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, el 7 de diciembre de 1979, dirigida a "las confederaciones de pensionados con personería jurídica vigente y a las empresas o entidades que satisfacen pensiones" y que se refieren a las "cuotas de que tratan los artículos 10 y 9o. de la Ley 4a./76 y 732 del mismo año".
(Sentencia de abril 20 de 1983. Sección Segunda. Consejero ponente: Dr. Joaquín Vanín Tello. Expediente 6.273. Actor: Asociación Nacional de Pensionados Ferroviarios. (Luis Felipe Torres). 307

ACTO ADMINISTRATIVO ANULADO O SUSPENDIDO. PROHIBICION DE REPRODUCIRLO

Ver: Retención en la fuente. 253

ACTO ADMINISTRATIVO. ELEMENTOS DE SU EXISTENCIA

Ver: Pólizas de seguros. 263

ACTO ADMINISTRATIVO. EXPEDICION. COMPETENCIA

Ver: Sentencia de inexequibilidad. 207

ACTO ADMINISTRATIVO NO DEMANDADO

Si en una demanda no se pide la anulación del acto administrativo supuestamente conculcador del derecho, no puede haber ningún restablecimiento, según las voces del artículo 87 C.C.A. CAMARAS DE COMERCIO. 1. La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo le falta jurisdicción para conocer sobre controversias con ellas relacionadas, pues de conformidad con la Ley 28 de 1931, las Cámaras de Comercio tienen por objeto, en términos generales, propender por el desarrollo de los intereses colectivos del comercio. 2. Naturaleza. No son establecimientos públicos. CONTRATOS DE TRABAJO. No son de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
(Auto de 28 de febrero de 1983. Sección Segunda. Consejero ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez. Exp. 7.630. Actor: Justo Pastor Giraldo Castaño). 1183

ACTO ADMINISTRATIVO. PRESUNCION DE LEGALIDAD

Ver: Federaciones deportivas. 322

ACTO ADMINISTRATIVO VERBAL U ORAL

Ver: Pólizas de seguros. 263

ACTO COMPLEJO

Ver: Ordenanzas. Sanción. 517

ACTOS ADMINISTRATIVOS INDIVISIBLES. PROHIBICION

(Salvamento). Ver: Contratos de comisión de estudios. 988

ACUMULACION DE PRETENSIONES

Ver: Indebida acumulación de pretensiones. 300

ACUMULACION DE PRETENSIONES

(Artículo 82 C. de P. C.). "... Podrán acumularse en una demanda pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados siempre que provengan de la misma causa o versen sobre el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia o deban servirse de las mismas pruebas, aunque sea diferente el interés de uno y otro. ACTO ACUSADO. COPIA. (Artículo 86 C.C.A.). Cuando el acto no ha sido publicado, o se deniega la expedición de la copia a la certificación sobre publicación, se expresará así en la demanda con indicación de la oficina donde se encuentre el original. RAMA DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL. INTEGRACION. DERECHO DE PETICION. TERMINO QUE TIENEN LAS AUTORIDADES PARA DARLE SOLUCION. Artículo 4o. del Decreto-ley 2733/59. En todo caso el término mínimo será de quince días, contados a partir de la fecha de su recibo. No hacer peticiones a tiempo es negligencia que no puede favorecer al culpable.
(Auto de abril 5 de 1983. Sección Primera. Consejero ponente: Dr. Jacobo Pérez Escobar. Exp. 4.267. Actor: José Vicente Velasco Angulo y otros. Cuestiones procesales). 1206

ADJUDICACION DE BALDIOS. RESOLUCION DE ADJUDICACION. PUBLICACION

Si una resolución sobre adjudicación de baldíos que legalmente debe publicarse en el Diario Oficial, no se publica, no por eso se hace inimpugnable ante la jurisdicción contencioso administrativa, pues sería sacar consecuencias absurdas de una negligencia de la parte interesada en la adjudicación, con cuya culpa consolidaría su derecho. Una cosa es que el término para ejercitar las acciones contencioso administrativas comience a correr desde la publicación y que, por lo mismo, vencido ese lapso se hace inimpugnable y otra cosa es que se impugne lícitamente, tal acto administrativo desde su publicación o notificación y antes de que empiece a correr el término de la caducidad. ADJUDICACION DE BALDIOS. CADUCIDAD. TERMINO. Las partes interesadas tienen 2 años, conforme al artículo 38 de la Ley 135 de 1961, para demandar la nulidad de la resolución de adjudicación de baldíos cuando quiera que viole la legislación sobre la materia. *(Sentencia de marzo 3 de 1983. Sección Tercera. Consejero ponente: Dr. Jorge Valencia Arango. Exp. 3.138. Actor: Ganadería La Primavera Ltda. Resoluciones de autoridades administrativas de orden nacional).* 364

ADJUDICACION DE BALDIOS

Ver: Acción de plena jurisdicción. 316

ADMINISTRACION. COMO DEMANDANTE. DERECHO DE POSTULACION DE LA ADMINISTRACION. ART. 72 DEL C.C.A.

Evolución jurídica. En quién reside el derecho de postulación, si son diferentes las entidades del Estado. Representación de la administración en demanda de sus propios actos (Ley 25/74. Art. 10). El mencionado derecho de postulación se halla radicado en cabeza del agente del ministerio público con carácter excluyente a menos que norma posterior y especial le dé dicha competencia a unos y otros funcionarios distintos del señalado por la ley procesal. PROCESO DE LESIVIDAD. (Derecho español).
(Auto de abril 29 de 1983. Sección Cuarta. Consejero ponente: Dr. Ortiz Amaya. Exp. 10.057. Actor: Ministerio de Hacienda y Crédito Público). 411

ADMINISTRACION COMO DEMANDANTE. DERECHO DE POSTULACION DE LA ADMINISTRACION. ARTICULO 72 C.C.A.

1. La administración puede actuar en forma concomitante al fiscal. No está excluida de actuar en el proceso y puede ser parte actora si tiene coadyuvancia del fiscal. 2. No existe caducidad de la acción de lesividad o anulación en los casos en que la administración actúa como demandante.
(Aclaración de voto del Dr. Enrique Low Murtra al auto de abril 29 de 1983. Sección Cuarta. Consejero ponente: Dr. Bernardo Ortiz Amaya. Exp. 10.057. Actor: Ministerio de Hacienda y Crédito Público). 417

ADQUISICION DE PREDIOS POR EL INCORA. JUSTIPRECIO CATASTRAL

Decreto 2895 de 1963, Art. 3o., permite suplir, mediante autoavalúo, el justiprecio catastral que debe efectuar la administración por conducto de sus organismos especializados y que era la vía autorizada en la Ley 1a. de 1968. Ley 4a. de 1973, Art. 25, a partir de su vigencia desaparece el autoavalúo para dar entrada al justiprecio oficial. El autoavalúo en el procedimiento previo a la expropiación, fue suprimido porque era la consagración legislativa de la primacía del interés individual sobre el colectivo o social. AUTOAVALUO Y REVALUO. Diferencias.

ARRENDAMIENTO. LOCALES COMERCIALES. ARRIENDOS PAGADOS POR ENCIMA DEL PRECIO CONGELADO

La devolución del mayor precio cobrado por los arrendadores es un derecho personal de los arrendatarios, equivalente a un crédito que tiene como fuente de la obligación la ley y concretamente, los artículos 1o. del Decreto Legislativo 1070 de 1956 y 1o. del Decreto Reglamentario 699 de 1957, que les prohíben a los arrendadores cobrar un precio superior al congelado y que consagran en favor de los arrendatarios el derecho de exigir el reintegro de los excedentes pagados. El reintegro de los excedentes del cánon inicialmente pactado, a cargo de los arrendadores constituyen una obligación personal y que puede extinguirse por la prescripción. RENOVACION DEL CONTRATO ARTICULO 518 C. DE CO.

El régimen de congelación de arrendamiento de locales comerciales, cesó desde que entró en vigencia el Código de Comercio.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 27 de enero de 1983. Consejero ponente: Dr. Mario Enrique Pérez. Expediente 3.284. Actor: Gabriel Lalinde M.). 482

ASAMBLEAS DE ACCIONISTAS. ACTOS O DECISIONES DE ASAMBLEAS DE ACCIONISTAS Y DE JUNTAS DIRECTIVAS Y JUNTAS DIRECTIVAS O SOCIOS

Ver: Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas 312

ASIGNACION DE RETIRO. INCOMPATIBILIDAD CON LA PENSION POR INVALIDEZ

Los artículos 20 del Decreto 1305 de 1975 y 143 del Decreto 612 de 1977, hacen incompatibles la asignación de retiro y la pensión de invalidez, pero permiten al interesado optar por los más favorables si reúne los requisitos legales. ASIGNACION DE RETIRO. SUSTITUCION POR LA PENSION DE INVALIDEZ. (Cambio de jurisprudencia). Puede solicitarla ante la administración o ante la jurisdicción cuando aquélla le niegue estas peticiones sin que sea obligatorio para el accionante solicitar, como lo había exigido antes la doctrina del Consejo de Estado, la nulidad del acto por medio del cual se le reconoció la asignación de retiro, pues precisamente para tener derecho a la sustitución se parte de la base de que aquel acto es legal, claro y legítimo. SUSTITUCION PRESTACIONAL. 1. La sustitución sólo es posible cuando cada una de las prestaciones han surgido a la vida jurídica con el lleno de los requisitos legales, uno de los cuales, los más favorables al interesado, lo obliga a optar por una de las dos. 2. Al ordenarse la sustitución, pretendida por el interesado, deberá comunicarse a la entidad encargada de pagar la prestación sustituida, para evitar así el pago por parte del Estado de dos prestaciones que son incompatibles entre sí.
(Sentencia de abril 22 de 1983. Sala Plena. Consejero ponente: Dra. Aydée Anzola Linares. Exp. 10.912. Actor: Napoleón Gualtero. Salvamento de voto de los doctores Eduardo Suescún (salvó voto pero no lo elaboró); doctor Vanín Tello, salvamento al cual se adhirieron los doctores Buitrago Hurtado, Bernardo Ortiz Amaya, Alvaro Orejuela Gómez y Mario Enrique Pérez Velasco). 1109

ASIGNACION DE RETIRO Y PENSION DE INVALIDEZ. INCOMPATIBILIDAD. SUSTITUCION PRESTACIONAL. RENUNCIA IMPLICITA

(Salvamento de voto). 1. La sustitución prestacional trae como consecuencia la renuncia implícita que hay en la opción que legalmente se hace entre las dos pretensiones. 2. Polémicas posibles que puede suscitar la sustitución prestacional o la

acumulación. PRESTACIONES SOCIALES. RENUNCIA. (Salvamento). Casos en que puede presentarse la renuncia. Es apenas lógico que esté de acuerdo con la tesis sostenida en la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de fecha 22 de abril de 1983, en el sentido de que si una persona está disfrutando de sueldo de retiro y opta posteriormente, conforme a la ley, por la pensión.

NOTA: A este salvamento se adhirieron los doctores Samuel Buitrago Hurtado, Bernardo Ortiz Amaya, Alvaro Orejuela Gómez y Mario Enrique Pérez Velasco. El doctor Eduardo Suescún Monroy salvó el voto pero no lo elaboró.

(Salvamento de voto del doctor Joaquín Vanín Tello a la sentencia de abril 22 de 1983. Sala Plena. Consejero ponente: Dra. Aydée Anzola Linares. Exp. 10.912. Actor: Napoleón Acosta Gualtero. Importancia de jurisprudencia). 1116

AUDITAJE A LAS ENTIDADES SUJETAS A VIGILANCIA DE LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA

Ver: Superintendencia Bancaria. 259

AUTENTICACION DE LA FIRMA DEL SUSCRIPTOR DEL DOCUMENTO

Ver: Poder. Presentación 821

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISION

Tratándose de la falla del servicio originada en la "omisión" de la administración, es absolutamente necesario demostrar en forma fehaciente que se pidió concretamente la protección de la autoridad ante determinadas amenazas o ante fundados o razonados temores sin tal protección o vigilancia se haya prestado por el Estado.

(Sentencia de febrero 24 de 1983. Sección Tercera. Consejero ponente: Dr. Jorge Valencia Arango. Exp. 3.331. Actor: Ligia Calderón de Córdoba. Responsabilidad extracontractual. Salvamento de voto del Dr. Carlos Betancur Jaramillo). 596

AUTORIDADES

(Salvamento de voto). ¿Para qué están instituidas? Artículo 16 C. N. PROTECCION CIUDADANA (salvamento). La protección que merecemos todos debe estar cerca, presta a actuar ante las primeras señales de perturbación y acorde con los riesgos propios de la actividad que cada cual deba cumplir y en proporción a la misma.

(Salvamento de voto del Dr. Carlos Betancur Jaramillo a la sentencia de febrero 24 de 1983. Sección Tercera. Consejero ponente: Dr. Jorge Valencia Arango. Exp. 3.331. Actor: Ligia Calderón de Córdoba). 608

AUTOS NOTIFICACION POR ESTADO

(Art. 321 C.P.C.). El artículo 321 del C.P.C. sienta el principio según el cual los autos que no requieren notificación personal deben ser notificados por anotación en estado. ELECTORALES. NOTIFICACION. FIJACION. PUBLICACION. La notificación personal se sustituye por la notificación en edicto. Artículo 40, Ley 85 de 1981.

(Auto de enero 20 de 1983. Sección Tercera. Ponente: Eduardo Suescún Monroy. Expediente 906. Actor: Nayibe Fernández de Aldana). 1162

AVALUO Y REVALUO. AUTOAVALUOS

Ver: Adquisición de predios por el Incora. 1055

B

BALDIOS

El Estado es su dueño (artículo 202, numeral 2o. de la C. N. y el artículo 675 del Código Civil, Ley 200 de 1936). RECURSOS NATURALES RENOVABLES. Son de dominio público (Decreto-ley 2811 de 1974. Código Nacional de Recursos Naturales Renovables). Limitaciones al ejercicio de la propiedad privada sobre ellos. PARQUES NACIONALES NATURALES. La Ley 2a. de 1958 en su artículo 13 declaró como tales, a aquellas zonas que el Ministerio de Agricultura determinara y delimitara. El artículo 14 de la Ley 2a. de 1959 declaró de utilidad pública las zonas establecidas como parques nacionales naturales, facultando la expropiación de términos o mejoras de particulares que existieren en dichas áreas. Negociaciones de las áreas. EXPROPIACION. De áreas de parques nacionales naturales.
(Concepto de febrero 21 de 1983. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Dr. Jaime Betancur Cuartas. Exp. 1.837. Consultas del Gobierno. Formulada por el Ministerio de Agricultura. Autorizada su publicación el 25 de abril de 1983). 24

BALDIOS. ADJUDICACION

Ver: Adjudicación de baldíos. 364

C

CADUCIDAD. TERMINO

Ver: Acción de plena jurisdicción. 1171

CAJAS DE COMPENSACION FAMILIAR. OBSERVACIONES

Ver: Funciones públicas 452

CAMARA DE COMERCIO

Elección de directivas. Es al Gobierno Nacional a quien compete la determinación de los porcentajes de comerciantes inscritos o matriculados para la elección de tales directivas. Decrétase la nulidad de la Resolución No. 734 de 9 de junio de 1982, emanada de la Superintendencia de Industria y Comercio.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 29 de abril de 1983. Consejero ponente: Dr. Mario Enrique Pérez V. Exp. 4.002. Actor: Alberto Díaz Rubio). 407

CAMARAS DE COMERCIO

Ver: Acto administrativo no demandado. 1183

CARRERA ADMINISTRATIVA. FINALIDADES. ASCENSO

En qué consiste, cómo se hace efectivo y cuáles son las condiciones o los requisitos para su exigibilidad. Derecho preferencial de los empleados escalafonados para ser ascendidos a los empleos vacantes de la categoría inmediatamente superior. Artículos 222, 225 y 226 del Decreto 1950 de 1973.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de mayo 30 de 1983. Consejero ponente: Dr. Joaquín Vanín Tello. Exp. 6.663. Actor: Francisco José Quevedo Monroy). 242

CARRERA PENITENCIARIA. DESTITUCIONES

Por participación en hechos culposos vgr. "facilitar por omisión o negligencia la evasión o fuga de reclusos. (Decreto Extraordinario 1817 de 1964, artículo 129; Decreto 2655 de 1973). Derecho de defensa.
(Sentencia de mayo 6 de 1983. Sección Segunda. Consejero ponente: Dr. Joaquín Vanín Tello. Exp. 7.830. Actor: Luis Alberto Guerra Parada. Resoluciones ministeriales). 284

CERTIFICACION DE PRUEBAS

Ver: Pruebas 1189

CERTIFICACIONES E INSCRIPCIONES EN LA CAMARA DE COMERCIO

Ver: Cámara de Comercio. 407

CERTIFICADOS DE DESARROLLO TURISTICO

Ver: Impuestos, renta líquida y renta gravable. 93

CESANTIA

El artículo 36 del Decreto-ley 3118 de 1968 autoriza para que durante el tiempo de servicio, cualquiera que sea éste, pueden los empleados oficiales solicitar avances sobre su cesantía, no puede el director general del Fondo Nacional del Ahorro establecer restricciones a ese derecho. Declárase la nulidad del literal b) del artículo 5o. del Acuerdo No. 162 de 1981 expedido por la junta directiva del Fondo Nacional del Ahorro y de los literales b) y c) del Art. 2o. de la Resolución 1674 de 1981 proferida por el director general del Fondo Nacional del Ahorro.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 22 de abril de 1983. Consejero ponente: Dr. Jacobo Pérez Escobar. Exp. 3.980. Actor: Pablo Emilio Cruz Zambrano). 400

CIRCULARES

Ver: Acto administrativo. 307

CLAUSULA GENERAL DE COMPETENCIA. ART. 51 C.C.A.

Ver: Laudos arbitrales 1102

CLUB MILITAR. SOCIOS

1. Requisitos para ingreso. 2. La facultad de la junta directiva para aprobar solicitudes de ingreso no es discrecional sino reglada y dicha aprobación constituye sim-

plemente un trámite con el fin de estudiar si se cumplen o no los requisitos para el ingreso, establecidos por la preceptiva legal. (Decreto 334/73, Art. 4o). 3. ¿Cuándo se pierde la calidad de socio?
(Sentencia de junio 24 de 1983. Sección Segunda. Ponente: Dr. Joaquín Vanín Tello. Exp. 6.906. Actor: Héctor José Mayorga Pineda. Autoridades nacionales). . 468

NOTA: Ver sentencia de febrero 26 de 1980. Sección Segunda. Ponente: Dra. Aydée Anzola Linares. Exp. 3.134. Actor: Hildebrando Galvis Galvis).

COADYUVANTES E IMPUGNADORES

Ver: Electorales. Desistimiento. 786

COMERCIANTE MATRICULADO Y COMERCIANTE INSCRITO

Ver: Cámaras de Comercio. 407

COMISIONES DE LAS CORPORACIONES PUBLICAS. PROTECCION JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS ELECCIONARIOS DE LAS MESAS DE LAS CORPORACIONES PUBLICAS

Ha sido muy amplia la doctrina y jurisprudencia desarrollada por esta Corporación alrededor del tema de las comisiones de las corporaciones.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de 29 de abril de 1983. Consejero ponente: Dr. Low Murtra. Exp. 1.007. Actor: Rafael Alirio Morales Ruiz. Electoral). 773

COMPETENCIA SUBJETIVA

Ver: Ministerio público; representante. 533

CONCEJOS MUNICIPALES. ACTAS. SUSPENSION

Las actas de los concejos en sí no son actos administrativos sino que ellas son el relato fidedigno de lo acontecido en las reuniones de las corporaciones o diligencias. La suspensión provisional puede solicitarse sobre las decisiones tomadas por el Concejo de que dé cuenta el acta si es que dichas decisiones no requieren forma especial alguna para su expedición conforme a la ley. SUSPENSION PROVISIONAL. Cuando la violación de una norma se funda en hechos que deben ser probados durante el proceso, no hay lugar a la suspensión provisional.
(Auto de abril 22 de 1983. Sección Primera. Consejero ponente: Dr. Jacobo Pérez Escobar. Exp. 4.315. Actor: Gentil Quintero Luna). 1212

CONCEPTO DE LA VIOLACION

(Salvamento). Ver: Demanda. Requisitos. 1020

CONCORDATO PREVENTIVO

Ver: Jurisdicción coactiva. 958

CONCURRENCIA DE CULPA

Ver: Responsabilidad extracontractual. 611

CONFLICTO DE COMPETENCIA NEGATIVA Y POSITIVA

Ver: Laudos arbitrales. Competencia. 1102

CONTRATO

Es ley para las partes. Ver: Contrato de comisión de estudios. 988

CONTRATO DE COMISION DE ESTUDIOS

(Salvamento). Terminación unilateral: limitaciones. Finalidad dada por la ley. ACTOS INDIVIDUALES. (Salvamento). PROHIBICION. Ningún órgano del Estado puede realizar actos individuales que no tengan el respaldo de una disposición anterior, bien reglamentaria o convencional. CONTRATO. Es ley para las partes. Artículo 1602 C.C. FUNCIONARIOS. COMPETENCIA. (Salvamento). No puede hacer sino aquello para lo cual está expresamente autorizado en el ordenamiento. DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA. Criterio del buen servicio. DESVIACION DE PODER. En la declaratoria de insubsistencia.
(Salvamento de voto del Dr. Carlos Betancur Jaramillo a la sentencia de noviembre 9 de 1982. Sala Plena. Consejero ponente: Dr. Carmelo Martínez Conn. Exp. 10.759. Actor: Mario Valderrama Chaparro. Recurso de súplica. Adherencia a salvamento de los doctores Mario Enrique Pérez Velasco y Gustavo Humberto Rodríguez). 988

CONTRATO DE COMISION DE ESTUDIOS

(Salvamento). Si el contrato de comisión de estudios suscrito entre el empleado y el empleador tiene consecuencias jurídicas y si esas consecuencias son para ambas partes, conforme a lo estipulado, no es aceptable la tesis, de que el contrato lo puede hacer efectivo el empleador y no el empleado, lo cual es sencillamente aberrante. EMPLEADOS PUBLICOS. (Salvamento). Los empleados de carrera administrativa no son de libre nombramiento y remoción, y por lo tanto no puede aplicárseles el artículo 26 del Decreto 2400/68.
(Salvamento de voto del Dr. Suescún M. de 26 de marzo/83 a la sentencia de noviembre 9/82 (recibido en Relatoría en abril 6/83) en el que fue ponente el Dr. Carmelo Martínez Conn. Expediente 10.759. Actor: Mario Valderrama Chaparro. Recurso de súplica). 1002

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS

1. Autorización para la prestación de servicios (Decreto 1050 de 1968, artículo 12, literal f). 2. Casos en que puede celebrarse: Cuando no puedan cumplirse con el personal de planta (artículo 138, Decreto 150/76). 3. Hay contrato de prestación de servicios cuando la administración pública contrata con persona natural o jurídica el desarrollo de actividades especiales, entre las cuales no esté comprendido el ejercicio de funciones administrativas. 4. La celebración del contrato, no otorga a la persona natural que lo celebrase el carácter de empleado público o trabajador oficial, y su celebración no otorga derecho a la pensión de invalidez.
(Sentencia de febrero 22 de 1983. Sección Segunda. Consejero ponente: Dr. Joaquín Vanín Tello. Exp. 4.643. Actor: Gerardo Cabrera Moreno. Autoridades Nacionales). 358

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. ADJUDICACION

El acto que adjudica una licitación no tiene agotamiento de la vía gubernativa. DEMANDA. ADJUDICACION. Los licitantes vencidos están legitimados para demandar el acto de adjudicación, si estiman que éste lesionó sus derechos. ILEGALIDAD DEL ACTO DE ADJUDICACION. Demostrada su ilegalidad, se declara su nulidad pero el restablecimiento del derecho no podrá, en principio, traducirse en la obligación para la Administración de contratar con él. PROCESO DE ADJUDICACION. Requisitos. La decisión sobre adjudicación de un contrato administrativo no es discrecional. PRECIO. El precio de una propuesta debe mirarse más en relación con el pliego de condiciones elaborado por la Administración que con el presentado en las distintas propuestas.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de junio 20 de 1983. Consejero ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 3.355. Actor: Marqui Limitada). 676

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CADUCIDAD

Repugna a la lógica y al derecho el que ella se pretenda utilizar cuando ya el contrato ha terminado por vencimiento del plazo o por terminación de la obra o por cualquier otra causa legal o convencional. INHABILIDAD PARA CONTRATAR como consecuencia inmediata de la ejecutoriedad de la resolución declaratoria de caducidad. PERJUICIOS CAUSADOS AL CONTRATISTA. Art. 197, Decreto 150 de 1976. Aplicación.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 28/83. Consejero ponente: Dr. Jorge Valencia Arango. Exp. 3.143. Actor: Confecciones Rahidud). 667

CONTRATOS DE CONCESION

En los contratos de concesión que se celebren en relación con la explotación de juegos de suerte y azar no puede incluirse el valor del formulario, dentro del valor bruto de la apuesta, para efecto de liquidar el 10o/o destinado a los servicios seccionales de salud. POTESTAD REGLAMENTARIA. No puede el presidente a través de un decreto, modificar el ámbito y los limites que se fijan por la ley. Declárase la nulidad del artículo 14 del Decreto 965 de abril 5 de 1982.
(Sentencia de mayo 20 de 1983. Sección Primera. Consejero ponente: Dr. Roberto Suárez Franco. Exp. 3.972. Actor: Gloria Eugenia Toro Monsalve. Decretos del Gobierno. Acción de nulidad contra el artículo 14 del Decreto 965 de 1982). 216

CONTRATOS DE TRABAJO. MODELOS. FACULTAD PARA ELABORARLOS

El Decreto Reglamentario 1848/60, mal podía disponer a virtud de lo previsto en el numeral 3o. del artículo 6o., que los contratos de trabajo en vez de ser elaborados por el Ministerio de Trabajo como preceptúa la disposición contenida en el estatuto reglamentado, deban serlo por el Departamento legal de cada una de las entidades a las cuales se van a destinar esos modelos. Anúlanse los numerales 3o. y 4o. del Art. 6o. del Decreto No. 1848 de 1969, por medio del cual se reglamenta el Decreto No. 3135 de 1968.
(Sentencia de febrero 21 de 1983. Sección Segunda. Consejera ponente: Dra. Aydée Anzola Linares. Exp. 5.758. Actora: Leyla Bustamante Osorio). 79

CONTRATO DE TRABAJO

Ver: Acto administrativo no demandado 1183

CONTRIBUCION. TERMINO

Significado genérico, que comprende tanto a los impuestos como a las tasas y a las contribuciones propiamente dichas, ¿sobre qué recae? Entidades beneficiadas con el recaudo. ACCION DE REVISION DE IMPUESTOS. Se refiere a todas las especies de gravámenes existentes, incluido el de valorización. TITULOS EJECUTIVOS. Las liquidaciones de impuestos contenidos en providencias ejecutoriadas que practiquen los respectivos funcionarios fiscales, a cargo de los contribuyentes, son títulos ejecutivos cobrables por la vía de jurisdicción coactiva (artículo 562 del C.P.C). JURISDICCION COACTIVA. EJECUCIONES. 1. El cobro de créditos fiscales a favor de las entidades públicas se seguirán ante los funcionarios que determine la ley. 2. La jurisdicción corresponde a funcionarios administrativos nacionales, departamentales y municipales y la segunda instancia al contencioso administrativo. (Decreto 1315 de 1936; Decreto 3219 de 1953; Decreto E. 3271 de 1963; Decreto 2921 de 1968, C.P.C.; Decreto 078 de 1976, Art. 16). JURISDICCION COACTIVA. COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE HACIENDA. La competencia atribuida en cuanto a la jurisdicción coactiva al Ministerio de Hacienda se concreta a los títulos ejecutivos de naturaleza fiscal, en modo alguno ni en alguna oportunidad ejerce jurisdicción coactiva para el cobro de contribuciones de valorización. CONTRIBUCION IMPUESTO Y TASA. Diferencias. *(Sentencia de abril 29 de 1983. Sección Cuarta. Consejero ponente: Dr. Gustavo Humberto Rodríguez. Exp. 8.997. Actor: Instituto Colombiano de la Reforma Agraria C/. Sergio A. Gallego Rodríguez. Jurisdicción coactiva).* 943

CONTRIBUCION DE VALORIZACION

La contribución de valorización sobre obras de pavimentación no cobija o encierra la de efectuar cobros similares por obras de repavimentación, dado que esta última es una función de mantenimiento que no constituye obra nueva, por lo cual, además está excluida de la mencionada contribuición. Suspensión provisional de los artículos 85 y 87 del Acuerdo 29 de diciembre 13 de 1974 expedidos por el Concejo Municipal de Bucaramanga. (Confirmación).
(Auto de junio 8 de 1983. Sección Cuarta. Ponente: Dr. Gustavo Humberto Rodríguez. Exp. 9.594. Actor: Alfonso Gómez Castaño. Suspensión provisional de acuerdos de los concejos). 564

CONTRIBUCION. IMPUESTOS. TRANSFERENCIA

Ver: Contribución. Término. 943

CONVENCION COLECTIVA. DEFINICION

Ver: Instituto Colombiano de Seguros Sociales 33

COPIA AUTENTICA DEL ORIGINAL

Su copia también auténtica puede reemplazar al segundo con el mismo valor probatorio del primero.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de 21 de marzo de 1983. Consejero ponente: Dr. Joaquín Vanín Tello. Exp. 7.716. Actor: Juan Antonio Campos). 1196

CORPORACIONES PUBLICAS. PROTECCION JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS. ELECCIONES DE SUS MESAS DIRECTIVAS

Ver: Comisiones de las corporaciones públicas. 773

COSA JUZGADA

1. El artículo 447 del C.P.C. es aplicable al caso por remisión analógica del artículo 282 C.C.A. 2. Elementos para que se dé la cosa juzgada. 3. Cómo opera en la acción de plena jurisdicción y en el de nulidad.
(Sentencia de febrero 22 de 1983. Sección Segunda. Consejero ponente: Dr. Ignacio Reyes Posada. Exp. 6.755. Actor: Luis Alfonso Giraldo Marín. Resoluciones ministeriales). 276

CREACION, REPRESION Y FUSION DE LOS

Ver: Sistema nacional de salud. 42

COCIENTE ELECTORAL

Ver: Electorales. Sufragio. 712

D

DAÑO EMERGENTE

Ver: Lucro cesante. 1092

DECLARACION DE PARTE O DE TERCEROS

Ver: Pruebas 1189

DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA

Ver: Contrato de comisión de estudios. 988

DECRETOS CON FUERZA DE LEY

El artículo 118, numeral 8o. de la Constitución confiere facultades al Presidente para dictar decretos con fuerza de ley que contemplan los artículos 76, ordinales 11 y 12, 80, 121 y 122 exclusivamente. Esos decretos son de conocimiento de la Corte Suprema de Justicia. LEY CUADRO. CONTENIDO. MODIFICACIONES A LAS NORMAS PREEXISTENTES. 1. Contiene los principios básicos a los cuales debe sujetarse el Gobierno para hacer mediante decretos reglamentarios, su desarrollo permanente (artículo 120, numeral 22 y 76, numeral 22). 2. El reglamento de la ley cuadro, puede llegar a modificar no por tener fuerza de ley sino porque la propia ley marco al dictar los principios básicos propios de su contenido, está ya modificando la normatividad existente. DECRETOS PERMANENTES. Expedidos en ejercicio de la facultad dada por una ley cuadro o marco, no son más que decretos reglamentarios. FACTURAS CONSULARES. La factura consular establecida en la Ley 79 de 1931, fue suprimida por el artículo 2o. del Decreto 608 de 1981 y así la factura comercial, reemplaza a la consular. FACTURA COMERCIAL. 1. La factura comercial sí puede causar el cobro de impuestos según el Decreto 608 de 1981. 2. El hecho de que el artículo 3o. del Decreto 608 de 1981, disponga que para todos los efectos fiscales la factura comercial reemplaza a la consular, no quiere decir que se pueda trasladar a la comercial la causación de la consular, sino que ésta y su impuesto desaparecen para quedar solamente el impuesto sobre

la factura comercial, establecido expresamente por el numeral 37 del artículo 14 de la Ley 2a. de 1976. 3. Datos que debe contener. FACTURA CONSULAR. IMPUESTO. El impuesto establecido para la factura consular no puede trasladarse a la factura comercial, pues se estaría creando indebidamente. Declárase la nulidad del ordinal 2o., literal f) del artículo 1o. del Decreto 00341 de 30 de marzo de 1981, así como la nulidad de los artículos 3o. y 4o. del mismo decreto contentivo del Reglamento General de Aduanas.
(Sentencia de mayo 16 de 1983. Sección Primera. Consejero ponente: Dr. Roberto Suárez Franco. Exp. 3.948. Actor: Guillermo Charria L. y Pablo Cáceres Corrales. Decretos del Gobierno). 430

DELEGACION DE FUNCIONES

Ver: Impuesto de industria y comercio 1139

DEMANDA. AUTO ADMISORIO. RECURSO DE REPOSICION

Procedencia. El auto admisorio de la demanda es un auto de sustanciación y por lo cual sólo admite recurso de reposición. Excepción (Anales del Consejo de Estado, Nos. 423-424. Tomo LXXVII. Pág. 399). RECURSO DE SUPLICA ORDINARIO. Admiten el recurso de súplica ordinario los autos susceptibles del de apelación. (C.P.C. Art. 363). RECURSO DE APELACION. Son apelables los autos interlocutorios taxativamente señalados, entre los cuáles está el que rechace la demanda, no así el que la admita. (C.P.C. Artículo 351).

DEMANDA. ACTO DE ADMISION O INADMISION

El acto de admisión o inadmisión de demanda sólo permite revisar los aspectos formales del libelo de la demanda y los presupuestos procesales de la misma, para tomar con base en ellos la decisión admisoria o inadmisoria respectiva.
(Auto de marzo 25 de 1983. Sección Cuarta. Consejero ponente: Dr. Gustavo Humberto Rodríguez. Expediente 9.982. Actor: Thomas de la Rue and Company Limited. Cuestiones procesales). 1202

DEMANDA. AUTO ADMISORIO. RECURSO DE REPOSICION

Procedencia. El auto admisorio de la demanda es un auto de sustanciación y por lo cual sólo admite recurso de reposición. Excepción (Anales del Consejo de Estado Nos. 423-424. Tomo LXXVII. Pág. 399). RECURSO DE SUPLICA ORDINARIO. Admiten el recurso de súplica ordinaria los autos susceptibles del de apelación (C. P. C., Art. 363). RECURSO DE APELACION. Son apelables los autos interlocutorios taxativamente señalados, entre los cuales está el que rechace la demanda, no así el que la admita (C.P.C. artículo 351).
(Auto de marzo 4 de 1983. Sección Cuarta. Consejero ponente: Dr. Gustavo Humberto Rodríguez. Exp. 981. Actor: Jaime Angulo Possa. Cuestiones procesales). . . 702

DEMANDA. CONCEPTO DE LA VIOLACION

Ver: Inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos. 1004

DEMANDA CONTRA ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEL ORDEN NACIONAL. DEMANDA CONTRA LA NACION Y POR LA NACION. LUGAR DE PRESENTACION

Sólo respecto a la Nación está consagrado tanto por el artículo 8o. del Decreto 1819 de 1964 como por el artículo 23, numeral 1o. del C.P.C. que si es ella la que

demanda lo hará en el domicilio del demandado, y si es la demandada, deberá serlo en el domicilio del demandante. DEMANDA CONTRA ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEL ORDEN NACIONAL. En cuanto a éstas el artículo 23 en su numeral 18 del C.P.C. establece que en los procesos contenciosos en que sea parte un departamento, una intendencia, una comisaría, un municipio, un establecimiento público, una empresa industrial o comercial del Estado o de alguna de las entidades anteriores, o una sociedad de economía mixta, conocerá el juez del domicilio o de la cabecera de la parte demandada.
(Auto de abril 4 de 1983. Sección Segunda. Consejero ponente: Dr. Ignacio Reyes Posada. Expediente 8.585. Actor: José Natividad Wilches Durán. Cuestiones procesales). 1204

DEMANDA CONTRA LA POLICIA NACIONAL

Ver: Personería adjetiva. 351

DEMANDA. REVISION DE SENTENCIAS

Ver: Revisión de sentencias. 1157

DEMANDA ELECTORAL. AUTO ADMISORIO. NOTIFICACION. PRUEBAS

Ver: Electorales. Demanda. 772

DEMANDA ELECTORAL. PRETENSIONES PRINCIPALES Y SUBSIDIARIAS

Las pretensiones principales fueron propuestas con "causa petendi" eventual y futura, lo que es ostensiblemente inadmisible conforme a elementales principios de derecho procesal.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de marzo 3 de 1983. Consejero ponente: Dr. Jorge Valencia Arango. Exp. 869. Actor: Gregorio Becerra B.). 692

DEMANDA ELECTORAL

Ver: Electorales. Demanda. 772

DEMANDA. PERSONERIA ADJETIVA. PRUEBA

1. Según lo ordena el inciso 4o. del artículo 86 del C.C.A. a la demanda "deberá acompañarse también el documento idóneo que acredite el carácter con que el actor se presenta en el juicio, cuando tenga la representación de otra persona, o cuando el derecho que reclama proviene de haberlo otro transmitido a cualquier título. 2. Consecuencias de su omisión: fallo inhibitorio.
(Sentencia de marzo 23 de 1983. Sección Tercera. Consejero ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 3.410. Actor: Aconín Ltda.) 1198

DEMANDA. PRESENTACION

No basta presentar la demanda en tiempo por fuera de la sede del Consejo o Tribunal sino que es preciso que ella llegue dentro del término al despacho de su destino. (Aplicación del artículo 84 del C.P.C. en concordancia con el artículo 125 del C.C.A.). ACCION INDEMNIZATORIA. CADUCIDAD. Término: Dentro de los 3 años siguientes a la realización del hecho u operación correspondiente (artículo 28 del Decreto 528 de 1964).

(Sentencia de abril 29 de 1983. Sección Tercera. Consejero ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 3.258. Actor: Oscar Rodríguez Rico). 640

DEMANDA. PRESENTACION

No basta presentar la demanda en tiempo por fuera de la sede del Consejo de Estado o Tribunal, sino que es menester que ella llegue dentro del término al despacho de su destino. (Art. 125 C.C.A. Artículo 84 C.P.C.).
(Sentencia de mayo 5 de 1983. Sección Primera. Consejero ponente: Dr. Samuel Buitrago Hurtado. Exp. 4.055. Actor: Hermanos Agudelo Ochoa y Cía. Ltda.) . . . 1215

DEMANDA. REQUISITOS

(Salvamento de voto). Es indispensable precisar en la demanda las normas que se estiman violadas y el concepto de la violación. CONCEPTO DE LA VIOLACION. (Salvamento). No basta mencionar un estatuto de orden legal, para que el funcionario conocedor del negocio entre a investigar cuál de sus disposiciones se estiman violadas y los alcances de tal violación. COSA JUZGADA. (Salvamento). La exigencia legal del concepto de la violación guarda estrecha relación con la cosa juzgada la cual hace referencia a la norma que se estime violada que, desde luego, es consecuencia del concepto de la violación propuesto en la demanda.
(Salvamento de voto del Dr. Roberto Suárez Franco a la sentencia de abril 26 de 1983. Sala Plena. Consejero ponente: Dr. Jorge Valencia Arango. Exp. 10.948. Actor: Inversiones Margoth Moanack Cía. S. en C. Recurso de súplica). 1020

DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Ver: Electorales. Sufragio. 712

DEMANDA. REQUISITOS

(Salvamento de voto). Ver: Inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos. Corrección. 1004

DEMANDA. TERMINO DE CADUCIDAD EN MARCAS

Ver: Marcas 349

DEMANDA. TRAMITE POR EL JUEZ

Ver: Impuestos. Demanda 1187

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE COOPERATIVAS

1. Naturaleza: Departamento Administrativo (Ley 24 de 1981). 2. Fue restructurada por el Decreto 611 de 1974. 3. Funciones. Artículo 2o., Decreto 611 de 1974. 4. Carece de competencia para declarar la validez o invalidez de las asambleas que lleguen a celebrar los organismos a su control. ASAMBLEAS DE ACCIONISTAS. ACTOS O DECISIONES DE ASAMBLEAS DE ACCIONISTAS Y DE JUNTAS DIRECTIVAS O DE SOCIOS. 1. El Código de Procedimiento Civil en sus artículos 414-14 y 438 establece que la impugnación de actos o decisiones de asambleas de accionistas y de juntas directivas o de socios, corresponden a la justicia ordinaria. 2. Término para la impugnación.
(Sentencia de enero 19 de 1983. Sección Primera. Ponente: Dr. Roberto Suárez Franco. Expediente 4.025. Actor: Guillermo Blanco y otros. Autoridades Nacionales). 312

DERECHOS ADQUIRIDOS O SITUACIONES JURIDICAS CONCRETAS FRENTE A UNA NORMA NUEVA

Definición, naturaleza. DERECHOS ADQUIRIDOS Y RETROACTIVIDAD DE LA LEY. TESIS DR. ZULETA. Exposición cronológica de las distintas teorías expuestas sobre lo que debe entenderse por "derechos adquiridos". SITUACIONES JURIDICAS CONCRETAS Y RETROACTIVIDAD DE LA LEY. CARACTERISTICAS DEL DERECHO FRANCES: a) El principio de la no retroactividad de la ley tiene por destinatario al juez y no al legislador. b) Las distintas soluciones dadas por la doctrina francesa a los distintos conflictos, carecen de respaldo legal particular. CARACTERISTICAS ESPECIALES DEL DERECHO COLOMBIANO. Art. 30 C.N. CONCLUSIONES DEL DESARROLLO HISTORICO DE LAS DIVERSAS TEORIAS. DESARROLLO LEGAL DEL ART. 30 C.N. Ley 153/887. Arts. 322, 17, 1o., 2o., 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24 y 25. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. JURISPRUDENCIA. Sentencia de 9 de noviembre de 1943. G. J. No. 2001. Pág. 272. CONTRATOS ENFRENTADOS AL TRANSITO DE LEYES. Jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo (Gaceta del Trabajo, Tomo V., pág. 166 a 180). PROPIEDAD MINERA. NORMAS CONSTITUCIONALES. Ley 20 de 1969. LEGISLACION ESPAÑOLA DE LA LEGISLACION MINERA ESPAÑOLA Y REPUBLICANA. CODIGO DE MINAS COLOMBIANO. Comentarios. DERECHOS ADQUIRIDOS HASTA LA EXPEDICION DE LA LEY 20 DE 1969. Ley 61 de 1979. FALLO DE EXEQUIBILIDAD CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Febrero 26/81. DECRETO REGLAMENTARIO DE LA LEY 61 DE 1979, No. 1155 de 1980.
(Salvamento de voto del Dr. Jorge Valencia Arango a la sentencia de abril 29 de 1983. Sección Tercera. Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 3.413. Actor: Douglas Velásquez Jácome. Decretos del Gobierno). 106

DERECHO DE ASOCIACION O DE EXCEPCION

Ver: Pólizas de seguros 263

DERECHO DE DEFENSA

Ver: Juicios de policía 508

DERECHO DE DEFENSA

Ver: Pólizas de seguros. 263

DERECHO DE PETICION. TERMINO QUE TIENEN LAS AUTORIDADES PARA DARLE SOLUCION

Ver: Acumulación de pretensiones. 1206

DERECHO DE POSTULACION

Ver: La administración como demandante. 429

DERECHOS ADQUIRIDOS

Ver: Potestad reglamentaria. 98

DEROGATORIA

Ver: Empleados de la rama jurisdiccional. 477

DESTITUCION. ACCION PROCEDENTE

Ver: Revisión de sentencias. 1157

DESVIACION DE PODER

Ver: Contrato de comisión de estudios (salvamento). 988

DIAS HABILES E INHABILES

Ver: Términos 874

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

(Salvamento de voto). El Consejo de Estado en parte alguna está facultado para escoger por su propia cuenta las normas que aparezcan violadas y aplicarlas al caso controvertido, llenando así una obligación del demandante. Las exigencias previstas en el Art. 84 del C.C.A. no son simples requisitos procedimentales sino elementos esenciales.
(Salvamento de voto del doctor Samuel Buitrago Hurtado a la sentencia de abril 26 de 1983. Sala Plena. Consejero ponente: Dr. Jorge Valencia Arango. Expediente 10.948. Actor: Inversiones Margoth Moanack Cía. S. en C. Recurso de súplica). 1015

DOCUMENTOS OFICIALES

Ver: Responsabilidad extracontractual. 644

DOCUMENTOS PUBLICOS. RESERVA

1. Artículo 320 C.R.P. y M. La excepción en los documentos públicos es la reserva. 2. Documentos públicos investidos de reserva: artículo 311 C.P.P., 313 (ibídem). Si la prohibición se encuentra instituida expresamente en la legislación penal para los sumarios, no lo está en dicha legislación ni en otras para los procesos disciplinarios a cargo de la Procuraduría.
(Sentencia de marzo 25 de 1983. Sección Primera. Consejero ponente: Dr. Mario Enrique Pérez Velasco. Exp. 3.900. Actor: Daniel Samper Pizano). 387

DOMINIO EMINENTE. DOMINIO ALTO O DOMINIO INDIRECTO

Artículo 4o. C. N. Derecho que tiene el Estado en su condición de persona jurídica de emplear el territorio y los bienes en él contenidos para los fines del interés público o social.
(Auto de 28 de junio de 1983. Sección Primera. Ponente: Dr. Jacobo Pérez E. Exp. 4.367. Actor: Francisco Zuleta) 559

E

EDUCACION. NACIONALIZACION. LEY 43 DE 1975. PROCESO DE NACIONALIZACION

Perfeccionamiento. Requisitos. La nacionalización a que se refiere esta ley es sólo de costos, pues la potestad nominadora quedó en cabeza de los mismos funciona-

rios que la venían ejerciendo anteriormente, según el parágrafo único del artículo 1o. NOMINACION. Facultad autónoma.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de 26 de mayo de 1983. Consejero ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez. Exp. 8.415. Actor: Cecilia Cuéllar Beltrán). 1220

ELECTORAL. DEMANDA. AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA. NOTIFICACION. PRUEBAS. PETICION. LEY 85 DE 1981.

Art. 40. Interpretación.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de junio 8 de 1983. Consejero ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Exp. 1.015. Actor: Jorge Manuel Pardo A. (Electoral). 814

ELECTORAL. DEMANDA. COPIA DEL ACTO ACUSADO

La ley exige bien que se acompañe copia del acto acusado, bien que se solicite su remisión al proceso para considerarlo antes de estudiar la admisión de la demanda, pero puede aceptarse que si el libelista solicita que se envíe un oficio al funcionario responsable para que envíe copia del acto acusado aún cuanto tal petición aparezca en el capítulo de pruebas, si cumplió con el requisito de ley.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de junio 8 de 1983. Consejero ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Exp. 1.020. Actor: Gilberto Ochoa Vidal y otro. Electoral). 816

ELECTORALES. ACTAS DE ESCRUTINIO

Ver: Vía gubernativa. 686

ELECTORALES. ACTAS DE ESCRUTINIO

Ver: Electorales. Sufragio. 712

ELECTORALES. AGENTES DEL MINISTERIO PUBLICO COMO DEMANDANTE. CADUCIDAD. EXCEPCION

No está sujeta a término de caducidad. Decreto 2898 de 1953. Aplicación exclusiva para empleados y funcionarios de la rama ejecutiva o administrativa. Ministerio público.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de mayo 19 de 1983. Exp. 1.018. Consejero ponente: Dr. Jorge Valencia Arango. Actor: César Duque Villegas). 787

ELECTORALES. CONCEJOS MUNICIPALES. PROHIBICION EN ELECCIONES

El artículo 171, numeral 10 del C.R.P. y M. Prohíbe a los concejos municipales "nombrar a ninguno de sus miembros para algún destino lucrativo, ni a los parientes de éstos dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad".
(Sentencia de junio 16 de 1983. Sección Segunda. Ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez. Exp. 977. Actor: Luis Angel Martínez Sendoya. Electorales). 818

ELECTORALES. DEMANDA. INADMISION. DEVOLUCION

No es que en los juicios electorales no quepa la aplicación del artículo 87 del C.C.A. que ordena devolver las demandas cuando presenten defectos formales para su corrección, sino que dado el término corto de caducidad que tienen dichas acciones,

en la práctica es imposible esa corrección antes de que se cumplan los efectos fatales de la caducidad, ya que la demanda que no reúna todos los requisitos legales no tendrá la virtualidad de interrumpir los términos de esa caducidad, los que en los litigios electorales, son apenas de 20 días.
(Auto de abril 26 de 1983. Sección Tercera. Consejero ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 995. Actor: Heriberto Ahumada Pacheco. Cuestiones procesales). 772

ELECTORALES. DESISTIMIENTO. COADYUVANTES E IMPUGNADORES

Art. 43, Ley 85 de 1981. Interpretación.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de mayo 13 de 1983. Consejero ponente: Dr. Jorge Valencia Arango. Exp. 1.106. Actor: Hugo Escobar Sierra). 786

ELECTORALES. INHABILIDADES CONCEJALES

Art. 7o., Ley 89/36. EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES. Los miembros de la junta directiva de las Empresas Públicas Municipales, vinculadas al ejercicio de funciones administrativas y, por lo tanto, administradores de servicios, están sometidos a las responsabilidades, incompatibilidades y prohibiciones establecidas por la ley.
(Sentencia de mayo 17 de 1983. Sala Plena. Consejero ponente: Dr. Jorge Dangond Flores. Exp. 11.001. Actor: José Guillermo Contreras Gacharná y otros. Con salvamento de voto de los consejeros doctores Valencia Arango, Low Murtra, Martínez Conn y Joaquín Vanín Tello). 793

ELECTORALES. INHABILIDADES. CONCEJALES

Art. 7o., Ley 89/36. Cuando este artículo habla de "administradores de servicios públicos municipales no se está refiriendo a los miembros de las juntas directivas de establecimientos públicos y de empresas industriales y comerciales del mismo orden. No son equivalentes. Marco de referencia institucional dentro del cual se dictó el mencionado Art. 7o.
(Salvamento de voto del Consejero Dr. Joaquín Vanín Tello, a la sentencia de Sala Plena. Exp. 11.001). 808

ELECTORALES. INHABILIDADES. CONCEJALES

Art. 7o., Ley 89 de 1936. Al hablar este artículo de "dichas personas y los administradores de servicios públicos municipales", se está refiriendo al empleado público persona natural y no al miembro de la junta directiva de la entidad que presta el servicio.
(Salvamento de voto del Consejero Dr. Carmelo Martínez Conn, a la sentencia de Sala Plena. Exp. 11.001). 806

ELECTORALES. INHABILIDADES JUNTA DIRECTIVA DE ORGANISMOS OFICIALES DESCENTRALIZADOS

La calidad de miembro de dicha junta no confiere la calidad de empleado público.
(Salvamento de voto del Consejero Dr. Jorge Valencia Arango a la sentencia de mayo 17 de 1983. Exp. 11.001). 812

ELECTORALES. INHABILIDADES CONCEJALES. JUNTAS MUNICIPALES

Quien ejerce el cargo de una junta municipal no está desempeñando el cargo de "administrador de servicios" municipales. Una cosa es ser miembro de una junta administradora y otra ser administrador.

(Salvamento de voto del Consejero Dr. Enrique Low Murtra a la sentencia de mayo 17 de 1983. Sala Plena. Exp. 11.001). 804

ELECTORALES. JUBILADOS

Prohibición de reintegrarse al servicio oficial; tal prohibición sólo rige para su ingreso a cargos públicos de la rama ejecutiva nacional, no para cargos departamentales o municipales.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de marzo 24 de 1983. Consejero ponente: Dr. Jorge Valencia Arango. Exp. 959. Actor: José Jesús Laverde Ospina). 703

ELECTORALES. JURADOS DE VOTACION

Ver: Electorales. Sufragio. 712

ELECTORALES. PRUEBAS. FIJACION EN LISTA

Aunque el numeral 3o. del artículo 40 de la Ley 85 de 1981 dispone que en el auto admisorio de la demanda debe hacerse la prevención de que durante este término (el de la fijación en lista) no puede solicitarse pruebas, lo que podría dejar a quienes se hagan impugnadores de la acción sin la posibilidad de pedir la práctica de pruebas conducentes a demostrar los hechos en que apoyan su oposición, esta Sala Unitaria considera que la norma transcrita se opone con lo dispuesto en el artículo 41 de la misma Ley 85, que en su inciso 3o. expresa que "si no se pidió la apertura a pruebas, en su oportunidad o no se solicitó su práctica en el término de fijación en lista, se ordenarán inmediatamente los traslados previstos en este artículo (se subraya). Como esta norma por ser posterior prevalece sobre las del numeral 3o. del artículo 40, según preceptúa el ordinal 2o., artículo 5o., Ley 57 de 1887, se previene que durante el término de fijación en lista las partes pueden solicitar la práctica de pruebas. LEY POSTERIOR. Prevalece sobre la anterior.
(Auto de enero 14 de 1983. Sección Primera. Consejero ponente: Dr. Jacobo Pérez Escobar. Expediente 991. Actor: Georgina Ayala de Cabra. Electorales). 685

ELECTORALES. NOTIFICACION. PUBLICACION

Ver: Autos 1162

ELECTORALES. RECUENTO DE VOTO

Ver: Electorales. Sufragio. 712

ELECTORALES. REGISTROS. ANULACION

Ver: Electorales. Sufragio 712

ELECTORALES. SUFRAGIO

1. A la jurisdicción de lo contencioso administrativo el legislador le ha asignado la guarda de los principios constitucionales y legales sobre el sufragio. ELECTORALES. PROCESO ELECCIONARIO. 2. Elementos que lo forman. ELECTORALES. JURADOS DE VOTACION. 3. Funciones (artículo 104 de la Ley 28 de 1979. Procedimiento a seguir en el cómputo de votos. e) ELECTORALES. REGISTROS. ANULACION. El numeral 3o. del artículo 196 de la Ley 167 de 1941 fue sustituido por el artículo 173 de la Ley 28 de 1979 que sanciona con la nulidad el

cómputo de actas de escrutinio entregados a los concejos municipales por fuera del término legal. ELECTORALES. PLIEGOS ELECTORALES. 5. Entrega: a) En las cabeceras municipales (no hay claridad en la legislación). b) Corregimientos, inspecciones de policía y sectores rurales (artículo 27 de la Ley 28 de 1979. LEY. INTERPRETACION. DEROGACION. La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. (Artículo 71 C.C.). 6. ELECTORALES. PLIEGOS DE LAS CABECERAS MUNICIPALES. ENTREGA. Existiendo ciertamente un vacío en cuanto al término para la entrega de los documentos electorales correspondientes a las mesas de votación de cabeceras municipales, bien puede tomarse como término prudencial para ello el señalado en el artículo 26 del Decreto 3254 de 1963, que dentro de una labor de hermenéutica y normación reglamentaria y ante el vacío existente en la materia, se proyecta en el tiempo con la misma fuerza y alcance, que se le han atribuido, y colocado frente a las Leyes 28 de 1979 y 85 de 1981, despeja toda duda en relación con la operancia de éstas en el tiempo. 7. ELECTORALES. ACTAS DE ESCRUTINIO. Las actas de escrutinio de toda Corporación electoral serán nulas cuando se hayan computado actos de mesas de cabecera municipal recibidas después de las diez de la noche del día de elecciones, o actos introducidos después de los términos señalados por el señor Registrador Nacional del Estado Civil, cuando ellos provengan de corregimientos, inspecciones de policía o sectores rurales. 8. FUNCIONARIOS ELECTORALES. Siendo los funcionarios electorales de investidura transitoria o provisional, los documentos por ellos elaborados o en su poder, aunque correspondan a la verdad real, devienen apócrifos a partir del momento en que por mandato legal han cesado sus funciones. Sanciones por incumplimiento de funciones. (Artículo 42 de la Ley 89 de 1948). 9. ELECTORALES. RECUENTO DE VOTOS. Las Comisiones escrutadoras verifican el recuento. La verificación del recuento es obligatoria. La negativa a una solicitud de recuento de papeletas en parte alguna está erigida como causal de nulidad de los actos de escrutinio de una corporación electoral. 10. ELECTORALES. ACTAS DE ESCRUTINIO. EJEMPLARES. Firma de los cuatro ejemplares (artículo 112 de la Ley 28 de 1979). 11. CUOCIENTE ELECTORAL. Definición. Concepto. Representación proporcional. 12. PARTIDOS POLITICOS. Definición. Régimen político colombiano. 13. DEMOCRACIA. REPRESENTATIVA. Existencia. Doctrina extranjera. Influjo de los partidos.

(Sentencia de abril 20 de 1983. Sección Primera. Consejero ponente: Dr. Samuel Buitrago Hurtado. Exp. Nos. 933, 936, 937 y 938. Actores: José Ignacio Vives Echevarría, Sabas Miguel Socarrás Zúñiga, Eduardo Llanes Silvera y Clemente Bríñez Herrera). 712

EMBARAZO. EMPLEADA OFICIAL DEL ORDEN DEPARTAMENTAL, INTENDENCIAL, COMISARIAL, DISTRITAL O MUNICIPAL

En el caso de despido o de remoción de una empleada oficial embarazada y que pertenezca al orden departamental, intendencial, comisarial, distrital o municipal, las normas aplicables son las contenidas en las Leyes 53 y 197 de 1938, en los Decretos 1632 y 2530 del mismo año y en el 953 de 1939.

(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 20 de junio de 1983. Consejero ponente: Dr. Joaquín Vanín Tello. Exp. 8.527. Actor: Betsy del Carmen Valoyes Hurtado). 567

EMPLEADOS DE DIRECCION Y DE CONFIANZA

Ver: Permisos remunerables. 50

EMPLEADOS DE LA RAMA JURISDICCIONAL. PERIODO BAJO LA VIGENCIA DEL DECRETO 1950 DE 1981

Terminó el 4 de noviembre de 1981, por la declaratoria de inexequibilidad del Acto Legislativo No. 1 de 1979. Vencieron necesariamente en esa fecha los períodos de los magistrados y jueces que habían sido prorrogados y por la misma razón la Corte, los tribunales y los jueces retornaron la función legal que antes les había sido asignada para efectuar los nuevos nombramientos por el resto del período que había comenzado con anterioridad. INEXEQUIBILIDAD Y DEROGATORIA. Diferencias.
(Sentencia de abril 15 de 1983. Sección Segunda. Consejero ponente: Dra. Aydée Anzola Linares. Exp. 8.239. Actor: Mercedes Jiménez Rojas. Actos administrativos de autoridades no administrativas). 477

EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION

Ver: Acción de plena jurisdicción. 982

EMPLEADOS DEL INSFOPAL

Ver: Insfopal. 18

EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. ACTO DE VINCULACION. CALIFICACION

El criterio acogido por la legislación colombiana. (Art. 5o., Decreto 3135 de 1968) es el orgánico, es decir, el que tiene en cuenta la naturaleza de la entidad para calificar la del vínculo, si contractual o de carácter legal y reglamentario, y la clase de empleado. Excepcionalmente aplica el criterio funcional cuando toma en cuenta la clase de actividad. La calificación de la naturaleza del vínculo que une a una persona con la entidad oficial a la cual presta servicios de índole laboral, es determinada sólo por la ley.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 16 de marzo de 1983. Consejero ponente: Dr. Joaquín Vanín Tello. Exp. 3.898. Actor: Luis Augusto Córdoba Mena). 542

EMPLEADOS PUBLICOS. RETIRO DEL SERVICIO

Por cualquier medio incluyendo la declaratoria de insubsistencia del nombramiento fue regulado íntegramente por disposiciones posteriores y de superior jerarquía a los Acuerdos 20 de 1964 y 43 de 1965 de la junta directiva del Instituto Nacional de Radio y Televisión, como son los Decretos Extraordinarios 2400 de 1968 y 3074 del mismo año y el Reglamentario 1950 de 1973, dictados con base en la Ley 65 de 1967; y de conformidad con normas constitucionales que establecen que el régimen del empleado público es estrictamente legal, que el Presidente de la República puede ser legislador extraordinario y le corresponde reglamentar las leyes para su cumplida ejecución.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 5 de febrero de 1983. Consejero ponente: Dr. Joaquín Vanín Tello. Exp. 6.327. Actor: Eduardo Nieto Navia). 333

EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES

Ver: Electorales. Inhabilidades concejales. 808

ENAJENACION DE BIENES O ACTIVOS FIJOS

El artículo 5o., inciso 5o. del Decreto 2595 de 1979, se limita a reiterar las reglas previstas en los artículos 54 del Decreto 2247 de 1974; 67 del Decreto 2053 del mismo año y 6, inciso 2o. de la Ley 20 de 1979, reglamentando simultáneamente la forma de determinar la ganancia ocasional respecto de la enajenación de bienes o activos fijos susceptibles de depreciación poseídos por 2 años o más (con aplicación de los artículos 54 y 67 de los Decretos 2247 y 2053 respectivamente) y la de los bienes o activos no susceptibles de depreciación. Para aquellos repitiendo las reglas especiales a la deducción por depreciación y para éstas la regla común o general de la Ley 20 de 1979.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de febrero 25 de 1983. Consejero ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Exp. 7.833. Actor: Diego Alberto Muriel Tobón). 71

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Ver: Proceso ejecutivo. 937

ESTABLECIMIENTOS OFICIALES DE EDUCACION SUPERIOR

Aquellos ubicados en las "entidades territoriales", era y es posible mantener "la asignación académica superior", mientras no se adapten las nuevas plantas de personal. Pero en los demás establecimientos oficiales de educación, no comprendidos por la excepción o salvedad prescrita por el artículo 1o. del Decreto 423 de 1982, rige y deberá aplicarse el Decreto 179/82, con las reformas que le hicieron los Decretos 423 y 1235 de 1982.
(Concepto de diciembre 9/82. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Dr. Osvaldo Abello Noguera. Exp. 1.806. Consultas del Gobierno. Formulada por el Ministerio de Educación Nacional. Recibida en Relatoría en febrero de 1983). 22

EXTRACCION Y EXPLOTACION DE CARBON MINERAL

Ver: Potestad reglamentaria. 98

EXPORTACIONES ESTATÚIDAS

Ver: Impuesto de Industria y Comercio. 27

EXPROPIACION

Ver: Baldíos. 24

F

FACTURAS CONSULARES

Ver: Decretos con fuerza de ley. 430

FACULTAD DISCRECIONAL EN ACTOS DE INSUBSISTENCIA DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

Ver: Gerentes de establecimientos públicos nacionales. Insubsistencia. 88

FACULTAD IMPOSITIVA

Ver: Impuesto de industria y comercio. 1139

FALLO EXTRAPETITE

(Aclaración de voto). Ver: Recurso de súplica. 1014

FEDERACIONES DEPORTIVAS

Integración. Decreto 1387/70. Artículo 11. Clubes deportivos. Formación. JURISDICCION ROGADA. Es la contenciosa administrativa. ACTO ADMINISTRATIVO. PRESUNCION DE LEGALIDAD. Mientras no se desvirtúe la legalidad.
(Sentencia de enero 27 de 1983. Sección Primera. Ponente: Dr. Roberto Suárez Franco. Expediente 3.726. Actor: Jaime Ramírez Martínez). 322

FONDO VIAL NACIONAL

Ver: Juicios de ejecuciones fiscales. 951

FONDOS EDUCATIVOS REGIONALES. NATURALEZA

1. Fueron creados por el artículo 29 del Decreto-ley 3157 de 1968 como cuentas especiales pertenecientes a los departamentos y al Distrito Especial de Bogotá, constituidos por los aportes de la Nación, los departamentos, el Distrito Especial y los municipios para atender al sostenimiento y expansión de los servicios educativos en los planteles oficiales de educación elemental, media y de carreras intermedias. 2. ADMINISTRACION DE LOS FER. Artículo 31 del Decreto 3157 de 1968. ¿A quién corresponde? 3. Definición de los FER artículo 2o. del Decreto 3130 de 1968. NULIDAD DE LO ACTUADO. Por falta de competencia. (Artículo 113 C.C.A. No. 1)
(Auto de mayo 6 de 1983. Sección Primera. Consejero ponente: Dr. Jacobo Pérez Escobar. Exp. 991. Actor: Georgina Ayala de Cabra. Electoral). 779

FONDOS EDUCATIVOS REGIONALES

Ver: Aportes al Sena. 452

FUNCION ADMINISTRATIVA

Ver: Pólizas de seguros. 263

FUNCIONARIO PUBLICO

Cuando el Decreto 2463/81 considera la calidad de funcionario público como elemento constitutivo de inhabilidad, se entiende para efectos de dicho decreto como la calidad propia de toda persona investida de una función pública, atribuida a determinado cargo o corporación con carácter permanente y ejercida en forma conjunta o individual, sea cual fuere la norma del poder público a que pertenezca.
(Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 28 de abril de 1983. Consejero ponente: Dr. Osvaldo Abello Noguera. Rad. 1.847. Consulta formulada por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social). 45

FUNCIONARIOS. COMPETENCIA

Ver: Contrato de comisión de estudios (s.v.). 1002

FUNCIONARIOS PUBLICOS. CONDUCTA PUBLICA O PRIVADA CONTRARIA A LA CONDICION DE FUNCIONARIO PUBLICO

Falta disciplinaria. Art. 132, literales b) y c) del Decreto 1950 de 1973.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 10 de mayo de 1983. Exp. 8.022. Consejero ponente: Dr. Ignacio Reyes Posada. Actora: Rosmira Mogollón Navarrete). 419

G

GERENTES DE ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS. NACIONALES. INSUBSISTENCIA

Remoción por el Presidente de la República en uso de la atribución dada por el artículo 120, numeral 1o. de la Constitución Nacional. Esos actos no son de conocimiento del Consejo de Estado, quien no puede decidir sobre la conveniencia o inconveniencia de la política del Presidente de la República, sino sobre si sus actos se ajustan a las normas constitucionales y legales que delimitan su competencia. FACULTAD DISCRECIONAL. EN ACTOS DE INSUBSISTENCIA DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA. Los límites del poder discrecional de que goza la administración para la libre remoción de sus servidores son mucho más amplios cuando se trata de los agentes del jefe del Estado. Ya no se trata de limitaciones determinadas por el buen servicio público, sino que se extiende a la confianza personal y política que el Presidente de la República requiere en sus agentes. Esos actos serán de control político por parte del Congreso de la República.
(Sentencia de abril 28 de 1983. Sección Segunda. Consejero ponente: Dr. Ignacio Reyes Posada. Expediente 4.030. Actor: Josué Franco Mendoza. Decretos del Gobierno). 88

GOBERNADORES. ACTUACIONES POR DELEGACION

Son de conocimiento en primera instancia por los tribunales administrativos. (Literal h) del numeral 2o. del artículo 32 del Decreto 528 de 1964). GOBERNADORES. PERSONERIA JURIDICA. RECONOCIMIENTO. Por medio del Decreto-ley No. 2703 de 1959, dictado en uso de las autorizaciones que le confirió la Ley 19 de 1958 delegó en los gobernadores de los departamentos las facultades indicadas en el artículo 1o. del mismo, entre los cuales figura: n) Tramitación y reconocimiento de personería jurídica a las entidades a que se refiere el Decreto No. 1326 de 1922, decreto que en concordancia con el artículo 635 del Código Civil, impone a las corporaciones y entidades sin ánimo de lucro la obligación de someter a la aprobación del Gobierno los estatutos que regula su funcionamiento, así como las reformas, supresiones y en general, cualquier alteración de los mismos (artículo 3o.). REVOCACION DIRECTA. (Decreto 2733 de 1959, artículo 24). En qué consiste. PRESUNCION DE LEGALIDAD. El acto administrativo se presume legal mientras no se desvirtúe su legalidad. El literal h) del numeral 2o. del artículo 32 del Decreto-ley 528 de 1964, expresa que los tribunales administrativos conocen en primera instancia: "De los juicios de nulidad contra las decisiones de carácter departamental, intendencial o comisarial que deban someterse para su validez a la aprobación de autoridad superior o que hayan sido dictados en virtud de delegación de funciones hecha por la misma" (subraya la Sala).
(Sentencia de mayo 25 de 1983. Sección Primera. Consejero ponente: Dr. Samuel Buitrago Hurtado. Exp. 4.050. Actor: Corporación Nuevo Cúcuta Deportivo. Autoridades departamentales. Resoluciones de los gobernadores). 514

GOBIERNO

Ver: Juicios de ejecuciones fiscales. 951

H

HECHO DEL PRINCIPE

Ver: Impuestos exploraciones. 821

HOSPITALES DE AGUA DE DIOS Y DE CONTRATACION

Ver: Sistema nacional de salud. 42

I

ILEGALIDAD DEL ACTO DE ADJUDICACION DE UN CONTRATO

Ver: Contratos administrativos. Adjudicación. Demanda. 676

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

Artículo 102. Causal 1a. y 4a. C.C.A. Los impedimentos tienden a garantizar la absoluta independencia de los jueces, y si uno de ellos manifiesta, que no se encuentra en condiciones de variar su criterio ya expresado sobre determinado aspecto del asunto materia del debate judicial hay que aceptar ese motivo como causal que le impide actuar hasta el final del juicio.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de enero 27 de 1983. Consejero ponente: Dr. Jorge Dangond Flores. Expediente 2.678. Actor: Jesús María Murgeuito. Con salvamento de voto del Consejero Dr. Carlos Betancur Jaramillo). 1167

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

Artículo 102. Causal 1o. C.C.A. No puede entenderse que dicha causal cobije a los jueces que dictan autos susceptibles de recursos, porque en todos los procesos, sin excepción, tendrían que actuar siempre los conjueces produciéndose un inconcebible desplazamiento y que sus jueces al ejercer su ministerio no conviertan sus propios pronunciamientos en dogmas inmodificables.
(Salvamento de Voto del Consejero Dr. Carlos Betancur Jaramillo, al Auto de enero 27 de 1983. Expediente 2678. Actor Jesús María Murgueito R.). 1170

IMPEDIMENTOS. RECURSO DE SUPLICA

(Ley 11/75. Art. 2o.). Régimen excepcional del recurso de súplica prescrito por el artículo 2o. de la ley 11 de 1975.

NOTA: Reiteración del Auto de agosto 30 de 1977. Sala Plena. Ponente: Dr. Humberto Mora Osejo. Exp. 10.125. Actor: Mario O. Toro Fernández y otra.

(Auto de febrero 3 de 1983. Sala Plena. Ponente: Dr. Joaquín Vanín Tello. Expediente 10.867. Actor: Segundo Pérez. Cuestiones Procesales. Salvamento de Voto del Dr. Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Dangond Flores, Aydeé Anzola Linares) . 978

IMPEDIMENTOS. RECURSO DE SUPLICA

(Ley 11 de 1975, artículo 2o.). Artículo 102 del C.C.A. Impedimento. Aceptación.
(Salvamento de Voto del Dr. Carlos Betancur Jaramillo al auto de febrero 3 de 1983. Sala Plena. Ponente: Dr. Joaquín Vanín Tello. Expediente 10.867. Actor: Segundo Pérez. Cuestiones Porcesales). 980

IMPEDIMENTOS

Artículo 102 C.C.A. (Salvamento de Voto). Atículo 102. "Son causas de impedimento y recusación en los miembros del Consejo de Estado y en los tribunales Administrativos, las siguientes: "2a.) Haber dictado el acto o providencia de cuya revisión se trate, o haber contribuido a dictarlas, o haber ejecutado o contribuido a ejecutar el hecho u operación administrativa sobre que versa la actuación.
(Salvamento de Voto del Dr. Jorge Dangond Flores a la sentencia de febrero 3 de 1983. Sala Plena. Consejero Ponente: Dr. Joaquín Vanín Tello. Exp. 10.867. Actor: Segundo Pérez. Recurso de Súplica.). 981

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. ALCANCE DEL ART. 43 C.N. PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD DE LOS TRIBUTOS. DELEGACION DE FUNCIONES

Interpretando el numeral 10 del Art. 187 de la C.N. y el ordinal 7o. del Art. 197 C.N. No sólo desde el punto de vista literal sino con el criterio finalista que orientó la reforma de 1968, que busca entre otras cosas el fortalecimiento del poder ejecutivo, debe concluirse que las Asambleas y Concejos pueden delegar en los Gobernadores y Alcaldes, por un lapso determinado, precisándoles, las facultades propias que bien por la Administración o por la ley se les han asignado, entre las cuales están indiscutiblemente las impositivas. PRECISION Y AMPLITUD. No existe incongruencia entre estos dos términos.
(Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de mayo 10 de 1983. Consejero Ponente: Dr. Enrique Low Murtra. con Salvamento de Voto de los Consejeros doctores Carmelo Martínez Conn, Bernardo Ortiz Amaya, Jorge Valencia Arango y Jorge Dangond Flores. Exp. 10.911. Actor: Fenalco). 1123

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. DELEGACION DE FUNCIONES.

Artículo 197 No. 7o. C.N. exige que al delegar el Concejo al Alcalde facultades propias de esa Corporación, deban ser éstas precisas. AMPLITUD Y PRECISION. El término Amplitud en el otorgamiento de unas facultades extraordinarias no contraría la noción de Precisión en cuanto el primero esté demarcado y limitado en su concepción, pero vulnera y hiere bruscamente la noción de Precisión en cuanto dichas facultades se otorguen con carácter enunciativo e ilimitado.
(Salvamento de Voto del Consejero doctor Ortiz Amaya a la Sentencia de Sala Plena de mayo 10 de 1983. Exp. 10.911). 1137

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. DELEGACION DE FUNCIONES.

Art. 197 No. 7o. C.N. FACULTAD IMPOSITIVA. En tiempo de paz no es procente la delegación.
(Salvamento de Voto del Consejero Dr. Carmelo Martínez Conn a la sentencia de Sala Plena de mayo 10 de 1983. Exp. 10.911. 1139

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO Y EL ESTIMULO TRIBUTARIO A LAS EXPORTACIONES

El primero que tiene por objeto la actividad industrial o comercial, el segundo, cuyo objeto es la prohibición de gravar las exportaciones y el tránsito de los bienes destinados a ellos son diferentes y no se pueden confundir. El Impuesto de Industria y Comercio debe ser regulado exclusivamente por los Municipios, lo mismo que las exenciones y exoneraciones que se pueden conceder; y la prohibición de gravar las exportaciones es una restricción a la autonomía municipal, no con el mismo objeto del impuesto de industria y comercio, sino con los bienes destinados a las exportaciones.
(Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de marzo 1o. de 1983. Consulta formulada por el señor Ministro de Desarrollo Económico. Consejero Ponente: Dr. Humberto Mora Osejo. Rad. 1830. Autorizada la publicación, mediante oficio No. 147 de marzo de 1983 del mismo Ministerio). 27

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Las prohibiciones que dejó vigente la Ley 29 de 1963 quedaron restringidas a aquellas actividades relacionadas con la producción primaria, agrícola y ganadera y al tránsito de productos alimenticios. SENTENCIA DE ABRIL 10/67 Que declaró exequible el Decreto 84 de 1964. La decisión tomada por el Consejo en aquella oportunidad coincide con el criterio que impera en la Sección Cuarta.
(Sentencia de 24 de mayo de 1983. Consejero Ponente: Dr. Bernardo Ortiz Amaya. Exp. 10.906. Actor: Sociedad Molinos Doria Ltda. Con salvamento de Voto de los Drs. Jorge Valencia Arango y Enrique Low Murtra). 1141

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. EXONERACION

Las normas de las Leyes 26 de 1904 y 20 de 1946 que estipulan la exoneración del Impuesto ceso.
(Salvamento de Voto de los Doctores Jorge Valencia Arango y Enrique Low Murtra a la sentencia de 24 de mayo de 1983. Exp. 10.906. Actor: Sociedad Molinos Doria S.A.). 1152

IMPUESTO DE RENTA. DIVIDENDOS

(Artículo 69 del Decreto 2247 de 1974. Impuesto de renta aplicable a dividendos recibidos por Sociedades u otras entidades extranjeras: 1) tarifa general es del 20%. 2) tarifa excepcional: se aplica la tarifa del 40% a los dividendos percibidos por Sociedades u otras Entidades Extranjeras, cuando se cumplan los dos requisitos siguientes: a) Que en el país bajo cuyas leyes se constituyó la Sociedad extranjera, los dividendos estén gravados con una tarifa inferior al 30%. b) Que más del 25% del valor total de las acciones o derechos sociales en la Sociedad beneficiaria de los dividendos, pertenezca a personas naturales colombianas o extranjeras residentes en Colombia.
(Sentencia de febrero 4 de 1983, Sección Cuarta. Consejero ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Exp. 10.111. Actor: G.T.E. Internacional Inc.). 914

IMPUESTO DE RENTA. PERDIDAS. CLASIFICACION

Pérdidas de capital y de operación. Las de capital pueden ocurrir bien sobre bienes destinados a negocios o actividades productoras de renta gravable o bien sobre otros bienes no destinados a la actividad productora de renta. Decreto 2053/74. Art. 62. Pérdidas deducibles.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de febrero 4 de 1983. Consejero Ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Exp. 10.116. Actor: Belmonte Limitada). 921

IMPUESTO DE RENTA. RENTA MINIMA PRESUNTA

Aplicación de este sistema especial en los términos establecidos por el Art. 77 del Decreto 2053 de 1974, en concordancia con los artículos 59 del Decreto Legislativo 2247 de 1974 y 93 del Decreto Reglamentario 187 de 1975. Lo que la ley ha establecido en forma indirecta es una función social de todo patrimonio. Todo patrimonio debe producir un mínimo: si no lo hace se presume que tal mínimo se produjo y se grava al propietario en consecuencia. Es por ello que la prueba contra esta presunsión es limitadísima.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de abril 8 de 1983. Consejero Ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Exp. 7534. Actor: Sociedad Ladrillera de Bucaramanga S.A.). 875

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS. REGIMEN DE IMPUGNACIONES

Antes de la vigencia del Decreto 2821/74 no era aplicable al régimen de impugnaciones del impuesto sobre la venta el período de 10 días de ejecutoria del Decreto 1651/61. VIA GUBERNATIVA. EJECUTORIA DE PROVIDENCIAS. Término: 5 días. Decreto 2733/59. SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO. El silencio administrativo positivo, consagrado en la Ley 8a. de 1970 sólo cabe en el caso de recursos gubernativos interpuestos contra las liquidaciones del impuesto de renta y complementarios y también es claro, que por exceptivo no puede aplicar en relación con recursos impetrados contra la liquidación de otros impuestos. IMPUESTOS. DEDUCCION POR IMPUESTOS PAGADOS POR ADQUISICION DE MATERIA PRIMA INDIRECTA. Literal b) del artículo 3o. del Decreto 2049 de 1968. IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS. REGIMEN. En nuestro país existe un régimen de impuesto a las ventas de etapa única (monofásico) con características de valor agregado, y por ello debe, en cuanto es posible, deducirse al gravamen pagado en etapas anteriores. REGIMEN DE DESCUENTOS. Evolución normativa. Decreto 3288/63, Art. 5o.; Decreto 377/65, Art. 10; Decreto 1595/66, Art. 7o.; Decreto 1881 de 1966; Decreto 1049 de 1968, Art. 3o.; Decreto 1988 de 1974, Art. 21. IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS. MATERIA PRIMA DIRECTA E INDIRECTA. Diferencias. IMPUESTOS SOBRE LAS VENTAS. INEXACTITUDES. La sanción por inexactitud, tanto en el impuesto a las ventas como el de renta, surge del fraude a la verdad no de errores de interpretación sobre todo en temas tan complejos como el que motivó las adiciones discutidas.
(Sentencia de febrero 25 de 1983. Sección Cuarta. Consejero ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Exp. 5.847. Actor: Sociedad "Textiles Panamericanos S.A.". Revisión de impuestos). 851

IMPUESTOS. AJUSTES CAMBIARIOS

Ver: Impuestos. Recurso de reposición. 885

IMPUESTOS. CAUSACION DEL TRIBUTO

(Artículo 5o. del Decreto 1988 de 1974). IMPUESTOS. DUDAS A FAVOR DEL CONTRIBUYENTE. LEY. INTERPRETACION SISTEMATICA.
(Sentencia de febrero 4 de 1983. SecciónCuarta. Consejero ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Expediente 10.105. Demandante: Ladrillera Santa Fe S.A. Revisión de impuestos). 900

IMPUESTOS. COMISIONES EN EL EXTERIOR

Ver: Impuesto. Renta territorial 907

IMPUESTOS. CONSULTA

Siendo establecido por la ley el grado de consulta únicamente para los de la Administración, en materia tributaria particularmente, por la vía reglamentaria resulta legalmente violatorio que se otorgue también para las providencias que se dicten a favor de los particulares, pues se estaría rebasando los límites de la potestad. Decrétase la suspensión provisional de los párrafos subrayados de la Instrucción 003 de enero 16 de 1981 de la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales y que dicen: "No distinguió el legislador si la misma era procedente, cuando se resolvía el recurso a favor o en contra del contribuyente, razón por la cual debe entenderse que en ambos casos es preciso efectuarse la revisión por parte de la Dirección General de Impuestos Nacionales, de las decisiones consignadas en las providencias que resuelvan los recursos de reconsideración presentados ante las Administraciones de Impuestos Nacionales". "El grado administrativo de consulta es un control jerárquico creado por la ley tendiente a garantizar tanto los derechos del Estado como los de los particulares...".
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Dr. Gustavo Humberto Rodríguez. Auto de abril 4 de 1983. Expediente: 9.993. Actor: Alejandro Páez Murillo). 474

IMPUESTOS. DEDUCCIONES

Por impuestos pagados por adquisición de materia prima indirecta 885

IMPUESTOS. DEDUCCION POR PERDIDA

Ver: Impuestos. Recurso de reposición. 885

IMPUESTOS. DEMANDA

El juez debe imprimir o darle a la demanda "el trámite que legalmente corresponde aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada". (Art. 86 C. de P. C).
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 11 de marzo de 1983. Consejero ponente: Dr. Carmelo Martínez Conn. Exp. 9895. Actor: Mazuera Villegas y Cía. S. A.). 1187

IMPUESTOS. DIVIDENDOS

Ver: Renta territorial 907

IMPUESTOS. DUDAS A FAVOR DEL CONTRIBUYENTE

Ver: impuesto. Causación del tributo. 900

IMPUESTOS. EXENCION TRIBUTARIA

(Ley 37/69). Para dilucidar el alcance de esa disposición sirven dos ámbitos, a saber: uno contable y otro fiscal. ACCIONES. SUSCRIPCION. ADQUISICION. 1. El artículo 384 del C. de Co. determina que la suscripción de acciones es un contrato mediante el cual una persona se obliga a pagar a la sociedad un aporte y éste a su vez se obliga a reconocerle la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente. 2. Adquisición de acciones por sociedades anónimas. Art. 386 C. Co. 3. "Principio del costo ¿en qué consiste? 4. La compra de acciones de la misma compañía debe efectuarse con utilidades líquidas, porque de otra forma se afectaría la garantía de terceros como quiera que se disminuiría el capital social.

(Sentencia de junio 24 de 1983. Sección Cuarta. Consejero ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Exp. 10.501. Actor: Amoniaco del Caribe S.A. Revisión de impuestos. Consulta). 924

IMPUESTOS. EXPLORACIONES Y EXPLOTACIONES PETROLIFERAS. REGIMEN TRIBUTARIO

Ley 10 de 1961. CONTRATO ADMINISTRATIVO. ART. 1602 C. C. CLAUSULAS. Clases: las que son de su esencia, las que son de su naturaleza y las que son accidentales. TEORIA DE LA IMPREVISION. Y el denominado "Hecho del príncipe". Art. 38, Ley 153 de 1887. El mandato de este artículo, según el cual en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, hace referencia a las leyes civiles, no a las tributarias que son administrativos y de orden público y se refiere también a los coetáneos en el contrato, no a los posteriores, pues éstas pueden ser de aplicación inmediata si son de orden público. Ni la entidad administrativa contratante, ni el Gobierno Nacional, están facultados para fijar indefinidamente en los contratos las tarifas impositivas ni para exonerar a los contribuyentes, puesto que se trata de una atribución específica del Congreso Nacional conforme lo manda la Constitución Nacional en sus artículos 43, 76-13, 206 y 210.

(Sala de lo Contencioso Adminstrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 11 de febrero de 1983. Consejero ponente: Dr. Gustavo Humberto Rodríguez. Exp. 4.929. Actor: "Sociedad Chevron Petroleum Company of Colombia"). 821

IMPUESTOS. GANANCIA OCASIONAL. CAPITALIZACION

(Ley 20/79. Artículo 10. Decreto Reglamentario 3211/79. La capitalización de la ganancia ocasional se puede realizar en cualquier tipo de empresa, tanto en la propia empresa que obtiene la ganancia ocasional como en terceras empresas. (Reiteración de esta tesis por el Decreto 3746 de 1982). IMPUESTOS. GANANCIAS OCASIONALES. INVERSION. El contribuyente tiene un año contado desde la enajenación del activo para hacer la inversión. Prueba.

(Sentencia de marzo 11 de 1983. Sección Cuarta. Consejero ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Exp. 9.937. Actor: Isidoro Arévalo Buitrago. Decretos del Gobierno). . 81

IMPUESTOS. LIQUIDACION DE REVISION. RECURSO DE REPOSICION. ART. 24, DECRETO 2821 DE 1974

Es posible subsanar algunos de los requisitos omitidos con ocasión de la reposición del auto que desecha el primer recurso. En el memorial de recurso debe expresarse en forma concreta los motivos de inconformidad, pero que no es necesario en tal ocasión sustentar el recurso plenamente y traer las pruebas pertinentes, pues todo

ello puede cumplirse con ocasión de todo el trámite gubernativo.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de febrero 18 de 1983. Consejero ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Exp. 7.402. Actor: Embotelladora de Santander S.A.). 829

IMPUESTOS. LIQUIDACION OFICIAL

Ver: Ley. Promulgación. 1072

IMPUESTOS. LIQUIDACION OFICIAL Y LIQUIDACION DE REVISION

Diferencia del régimen establecido en el Decreto 1651/61 con el Decreto 2821/74. Notificación personal y notificación por correo.
(Sentencia de marzo 18 de 1983. Sección Cuarta. Consejero ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Exp. 6.943. Actor: Sociedad Pavimentos Delta Ltda. Revisión de impuestos). 867

IMPUESTOS. PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO

Ver: Impuestos. Recurso de reposición. 885

IMPUESTOS. RECURSO DE REPOSICION EN LA VIA GUBERNATIVA EN EL DECRETO 1651/61

Existe la posibilidad de mantener la reposición contra una providencia que contenía "puntos nuevos" aún cuando fuera dictada por la Dirección General de Impuestos Nacionales. 2. IMPUESTOS. RECURSO DE REPOSICION EN LA VIA GUBERNATIVA BAJO EL DECRETO 2821/74. ART. 23. Existe la posibilidad de reponer una providencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales que establece un gravamen superior al fijado por la Sección de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales pero inferior en todo caso al que fijó la liquidación oficial inicial. 3. IMPUESTOS. PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO. a) El artículo 42 del Decreto 1651 no fue derogado expresamente por el Decreto 2821/74 y éste tampoco reguló íntegramente la materia relativa a recursos y procedimientos tributarios. b) El Decreto 2821 de 1974 introdujo en norma de complementación del Decreto 1651/61, que en la decisión de los recursos por los funcionarios competentes podían corregirse oficiosamente los errores "de los actos sometidos a su conocimiento" y efectuar las compensaciones a que hubiere lugar, con la sola limitante de no incrementar la suma total en la liquidación recurrida. 4. IMPUESTOS. APORTES AL SENA Y A LA CAJA DE SUBSIDIO FAMILIAR. Deducción por aportes. 5. IMPUESTOS. AJUSTES CAMBIARIOS. DEDUCCIONES. 1. Requisitos: Adjuntar los asuntos contables requeridos por el artículo 46 del Decreto 437 de 1961. 2. Solo es deducible cuando se refiere a la importación de mercancías compradas a crédito. 3. No es posible aceptar el ajuste cambiario cuando la compra de mercancías a crédito se vincula con la casa matriz. 6. IMPUESTOS. INVENTARIOS. AJUSTES. Regulación por pérdidas. (Artículo 41 del Decreto 437 de 1961). 7. IMPUESTOS. DEDUCCION POR PERDIDAS. Está reglada en los artículos 104 y siguientes del Decreto 437 de 1961. IMPUESTOS. INVENTARIOS PERMANENTES. ¿En qué consiste el sistema?
(Sentencia de mayo 20 de 1983. Sección Cuarta. Consejero ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Exp. 6.985. Actor: Sociedad Otis Elevator Company. Revisión de impuestos. Apelación de la sentencia del Tribunal de Cundinamarca sobre impuestos de renta por el año de 1972). 885

IMPUESTOS. INGRESO. REALIZACION

Ver: Impuestos. Renta territorial 907

IMPUESTOS. INVENTARIOS. AJUSTES

Ver: Impuesto. Recurso de reposición. 885

IMPUESTOS. RENTA BRUTA

Ver: Impuestos. Renta territorial 907

IMPUESTOS. RENTA LIQUIDA Y RENTA GRAVABLE

¿Cómo se obtiene? CERTIFICADOS DE DESARROLLO TURISTICO. El Decreto 2247 de 1974, artículo 2o., estableció que los certificados de desarrollo turístico, emitidos al portador, no gozarán de exención tributaria, constituyen "renta gravable" para el beneficiario. Declárase la nulidad parcial del artículo 23 del Decreto 1361 de 1976 pero solo en cuanto aparece en su texto la palabra "líquida". *(Sentencia de abril 29 de 1983. Sección Cuarta. Consejero ponente: Dr. Bernardo Ortiz Amaya. Expediente 6.546. Actor: Policarpo Castillo Dávila. Decretos del Gobierno).* 93

IMPUESTOS. RENTA GRAVABLE Y RENTA LIQUIDA

(Aclaración de voto). Significado y utilización en la legislación colombiana. El propio legislador yerra en su significado, pues utilizó la expresión renta líquida, gravable y renta gravable como sinónimos.
(Aclaración de voto del Dr. Enrique Low Murtra al auto de abril 29 de 1983. Sección Cuarta. Consejero ponente: Dr. Bernardo Ortiz Amaya. Exp. 6.546. Actor: Policarpo Castillo Dávila. Decretos del Gobierno). 97

IMPUESTOS. RENTA TERRITORIAL

Es la que se origina de fuentes dentro del país. (Inciso 1o., artículo 17 de la Ley 81/60). IMPUESTOS. COMISIONES EN EL EXTERIOR. La excepción al gravamen de la renta territorial, está consignada en el inciso 2o. del artículo 17 de la Ley 81/60, grava los dividendos, intereses, participaciones y arrendamientos obtenidos en el exterior por personas jurídicas nacionales; y de conformidad con el Ordinal 5o. del artículo 182 del Decreto Reglamentario 437 de 1961, se consideran rentas originadas dentro del país las obtenidas "por la prestación de servicios por personas jurídicas, cuando el trabajo o la actividad se desarrolla dentro del país". IMPUESTOS. RETENCION EN LA FUENTE. El artículo 27 del Decreto 1366 de 1967, impone la obligación de retener en la fuente un impuesto del 12o/o sobre el valor nominal de pagos a residentes en el exterior por concepto de rentas gravables en Colombia. IMPUESTOS. COMISIONES DEDUCIBLES. Las comisiones deducibles a que se refiere el artículo 15 del Decreto 1366 de 1967 y 12 de la Ley 63 de 1967 son aquellas que se pagan por concepto de "servicios personales" y "que han de constituir renta bruta para el beneficiario". IMPUESTOS. DIVIDENDOS. Gravamen: Excepciones (numeral 1o. del artículo 47 de la Ley 81/60). Esta norma fue derogada por los artículos 19 y 85 del Decreto 1366 de 1967, que a su vez fue modificado por el artículo 13 de la Ley 63 de 1967, normas que conceden la exención del impuesto de renta a los dividendos recibidos por sociedades, salvo que se exceden del 30o/o de la renta líquida de la beneficiaria por lo cual no es aplicable al caso el artículo 18 del Decreto Reglamentario 437 de 1961. IMPUESTOS. RENTA BRUTA. Constituye renta la recuperación de deducciones

obtenidas en la venta de bienes depreciables. Son renta bruta los ingresos provenientes de recuperaciones, devoluciones, etc. (Art. 35, numeral 5o. de la Ley 85/61). IMPUESTOS. RENTA GRAVABLE. Por lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 81/60 constituye renta gravable la suma de todos los ingresos realizados en el año gravable cualquiera que sea su origen y siempre que constituyan enriquecimiento, menos el costo imputable a ellos, las deducciones y las exenciones. IMPUESTOS. INGRESOS. REALIZACION. El artículo 23 de la Ley 81 de 1960, establece en forma explícita, que la realización de un ingreso, como norma general, debe entenderse como la percepción efectiva en dinero o especie apreciable en dinero, en forma que legalmente equivalga a un pago. IMPUESTOS. CONTABILIDAD POR CAUSACION. El artículo 23 de la Ley 81 de 1960 establece que los contribuyentes que lleven la contabilidad por el sistema de ingresos y egresos causados, deben denunciar los ingresos causados jurídicamente.
(Sentencia de febrero 4 de 1983. Sección Cuarta. Consejero ponente: Dr. Carmelo Martínez Conn. Exp. 6.891. Actor: Helicópteros Nacionales de Colombia S.A. Revisión de impuestos). 907

IMPUESTOS. UTILIDADES

Término utilidades (Ley 20 de 1979); concepto. Decreto 2053 de 1974 (literal 1-b).
(Sentencia de enero 28 de 1983. Sección Cuarta. Ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Expediente 8.562. Actor: Jesús Vallejo Mejía. Autoridades nacionales). 331

INCIDENTE DE REGULACION DE PERJUICIOS. ART. 308 C. de P. C.

Extinción de la obligación. Falta de pruebas. COSA JUZGADA. Este principio impide exceder los alcances de la sentencia, de tal manera que el incidente de liquidación tiene por fuerza que acatar lo decidido en el fallo. PROTECCION A LA VIDA. Omisión del Estado.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de febrero 7 de 1983. Exp. 2.415. Consejero ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Actor: Misael Ruiz). 1177

INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES. ART. 82 C. de P. C.

(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. sentencia de 10 de marzo de 1983. Consejero ponente: Dr. Ignacio Reyes Posada. Exp. 2.068. Actor: José Miguel Campos Amaya y otros). 380

INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES

Si en el momento de proferir sentencias definitivas, el juez se encuentra con una demanda en que el actor ha acumulado objetivamente acciones que a primera vista son opuestas entre sí, ante todo debe aplicar las normas de interpretación racional de la demanda para ver cuál fue la intención del actor, debiendo preferir el sentido en que una petición pueda producir algún efecto a aquél en que no sea capaz de producir ninguno, y solo en el caso en que la interpretación no sea positiva y subsista la ineptitud de la demanda, debe dictar resolución inhibitoria. Inhibición parcial. (Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia).
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 15 de junio de 1983.. Consejero ponente: Dr. Ignacio Reyes Posada. Exp. 3.024. Actor: Sindicato Nacional de Trabajadores Alkon. "Productos Alkalinos S.A."). 300

INEXEQUIBILIDAD Y DEROGATORIA

Ver: Empleados de rama jurisdiccional. 477

INFLACION INDICES

Ver: Proceso ejecutivo. 937

INHABILIDADES PARA CONTRATAR

Ver: Contratos administrativos. 667

INHABILIDADES PARA DESEMPEÑAR EL COMERCIO POR FUNCIONARIOS PUBLICOS

Ver: Funcionario público. 45

INMUEBLES. PRECIO Y VALOR DE LA INDEMNIZACION CUANDO HAY COMPRA DIRECTA POR EL INCORA

Ver: Adquisición de predios 1063

INSCRIPCION EN LA OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PUBLICOS. CORRECCION

La corrección de una inscripción ilegalmente hecha para mantener en orden la tradición de los inmuebles y la información del público sobre la misma, no puede violar los artículos de la Constitución Política que garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, ni los objetivos a que deben subordinar el ejercicio de sus funciones las autoridades de la República, ni el sometimiento de las mismas autoridades en cada caso a la ley, dada su competencia reglada, ni el artículo 39 del Decreto-ley 1250 de 1970 que reglamentaba la manera de sentar los registros en los libros respectivos, ni el 756 del C. C. que explica que es precisamente mediante la inscripción del título en la Oficina de Registro, correspondiente como se efectúa la tradición de los inmuebles. RECURSO DE SUPLICA (LEY 11 DE 1975, ART. 2o.). El auto interlocutorio no puede oponerse a la sentencia. DEMANDA. CONCEPTO DE LA VIOLACION. Es cierto que el artículo 84, ordinal 4o. de la Ley 167 de 1941 dispone que toda demanda que se instaure ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, deberá expresar las disposiciones que se consideren violadas y el concepto de la violación. Lo que no determinó, y tal vez no podría determinar, es qué tan explícito debe ser éste, qué extensión deba tener, hasta dónde y cómo deba adelantar al demandante su análisis. Naturalmente la amplitud y minuciosidad del concepto no pueden ser los mismos en todos los casos. (Reiteración de la jurisprudencia contenida en proveído de noviembre 27 de 1959. Consejero ponente: Dr. Gabriel Rojas Arbeláez. Actor: Nicolás Ricardi. Anales 1958-1959. Tomo LXI Bis).
(Sentencia de abril 26 de 1983. Sala Plena. Consejero ponente: Dr. Jorge Valencia Arango. Exp. 10.948. Actor: Inversiones Margoth Moanack Cía. & S. en C. RECURSO DE SUPLICA. Salvamento de voto de los doctores Jacobo Pérez Escobar, Roberto Suárez Franco, Samuel Buitrago Hurtado, Alvaro Orejuela Gómez y aclaración de voto del doctor Carlos Betancur Jaramillo). 1004

INSFOPAL

Decreto 2804 de 1975. Reorganizador. EMPLEADOS DEL INSFOPAL. 1. Los artículos 27 y 28 del Decreto-ley 2804 de 1975, definen a los gerentes de los organismos ejecutores bien de carácter regional o local, como empleados públicos, fijándoles un período y determinando la autoridad competente para su designación. 2. Requisitos para ser gerente (artículo 29 ibídem). 3. Naturaleza de otros funcionarios: trabajadores oficiales (Decreto 1156/76). POTESTAD REGLAMENTARIA. Limitación.

obtenidas en la venta de bienes depreciables. Son renta bruta los ingresos provenientes de recuperaciones, devoluciones, etc. (Art. 35, numeral 5o. de la Ley 85/61). IMPUESTOS. RENTA GRAVABLE. Por lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 81/60 constituye renta gravable la suma de todos los ingresos realizados en el año gravable cualquiera que sea su origen y siempre que constituyan enriquecimiento, menos el costo imputable a ellos, las deducciones y las exenciones. IMPUESTOS. INGRESOS. REALIZACION. El artículo 23 de la Ley 81 de 1960, establece en forma explícita, que la realización de un ingreso, como norma general, debe entenderse como la percepción efectiva en dinero o especie apreciable en dinero, en forma que legalmente equivalga a un pago. IMPUESTOS. CONTABILIDAD POR CAUSACION. El artículo 23 de la Ley 81 de 1960 establece que los contribuyentes que lleven la contabilidad por el sistema de ingresos y egresos causados, deben denunciar los ingresos causados jurídicamente.
(Sentencia de febrero 4 de 1983. Sección Cuarta. Consejero ponente: Dr. Carmelo Martínez Conn. Exp. 6.891. Actor: Helicópteros Nacionales de Colombia S.A. Revisión de impuestos). 907

IMPUESTOS. UTILIDADES

Término utilidades (Ley 20 de 1979); concepto. Decreto 2053 de 1974 (literal 1-b).
(Sentencia de enero 28 de 1983. Sección Cuarta. Ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Expediente 8.562. Actor: Jesús Vallejo Mejía. Autoridades nacionales). 331

INCIDENTE DE REGULACION DE PERJUICIOS. ART. 308 C. de P. C.

Extinción de la obligación. Falta de pruebas. COSA JUZGADA. Este principio impide exceder los alcances de la sentencia, de tal manera que el incidente de liquidación tiene por fuerza que acatar lo decidido en el fallo. PROTECCION A LA VIDA. Omisión del Estado.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de febrero 7 de 1983. Exp. 2.415. Consejero ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Actor: Misael Ruiz). 1177

INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES. ART. 82 C. de P. C.

(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. sentencia de 10 de marzo de 1983. Consejero ponente: Dr. Ignacio Reyes Posada. Exp. 2.068. Actor: José Miguel Campos Amaya y otros). 380

INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES

Si en el momento de proferir sentencias definitivas, el juez se encuentra con una demanda en que el actor ha acumulado objetivamente acciones que a primera vista son opuestas entre sí, ante todo debe aplicar las normas de interpretación racional de la demanda para ver cuál fue la intención del actor, debiendo preferir el sentido en que una petición pueda producir algún efecto a aquél en que no sea capaz de producir ninguno, y solo en el caso en que la interpretación no sea positiva y subsista la ineptitud de la demanda, debe dictar resolución inhibitoria. Inhibición parcial. (Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia).
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 15 de junio de 1983. Consejero ponente: Dr. Ignacio Reyes Posada. Exp. 3.024. Actor: Sindicato Nacional de Trabajadores Alkon. "Productos Alkalinos S.A."). 300

INEXEQUIBILIDAD Y DEROGATORIA

Ver: Empleados de rama jurisdiccional. 477

INFLACION INDICES

Ver: Proceso ejecutivo. 937

INHABILIDADES PARA CONTRATAR

Ver: Contratos administrativos. 667

INHABILIDADES PARA DESEMPEÑAR EL COMERCIO POR FUNCIONARIOS PUBLICOS

Ver: Funcionario público. 45

INMUEBLES. PRECIO Y VALOR DE LA INDEMNIZACION CUANDO HAY COMPRA DIRECTA POR EL INCORA

Ver: Adquisición de predios 1063

INSCRIPCION EN LA OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PUBLICOS. CORRECCION

La corrección de una inscripción ilegalmente hecha para mantener en orden la tradición de los inmuebles y la información del público sobre la misma, no puede violar los artículos de la Constitución Política que garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, ni los objetivos a que deben subordinar el ejercicio de sus funciones las autoridades de la República, ni el sometimiento de las mismas autoridades en cada caso a la ley, dada su competencia reglada, ni el artículo 39 del Decreto-ley 1250 de 1970 que reglamentaba la manera de sentar los registros en los libros respectivos, ni el 756 del C. C. que explica que es precisamente mediante la inscripción del título en la Oficina de Registro, correspondiente como se efectúa la tradición de los inmuebles. RECURSO DE SUPLICA (LEY 11 DE 1975, ART. 2o.). El auto interlocutorio no puede oponerse a la sentencia. DEMANDA. CONCEPTO DE LA VIOLACION. Es cierto que el artículo 84, ordinal 4o. de la Ley 167 de 1941 dispone que toda demanda que se instaure ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, deberá expresar las disposiciones que se consideren violadas y el concepto de la violación. Lo que no determinó, y tal vez no podría determinar, es qué tan explícito debe ser éste, qué extensión deba tener, hasta dónde y cómo deba adelantar al demandante su análisis. Naturalmente la amplitud y minuciosidad del concepto no pueden ser los mismos en todos los casos. (Reiteración de la jurisprudencia contenida en proveído de noviembre 27 de 1959. Consejero ponente: Dr. Gabriel Rojas Arbeláez. Actor: Nicolás Ricardi. Anales 1958-1959. Tomo LXI Bis).
(Sentencia de abril 26 de 1983. Sala Plena. Consejero ponente: Dr. Jorge Valencia Arango. Exp. 10.948. Actor: Inversiones Margoth Moanack Cía. & S. en C. RECURSO DE SUPLICA. Salvamento de voto de los doctores Jacobo Pérez Escobar, Roberto Suárez Franco, Samuel Buitrago Hurtado, Alvaro Orejuela Gómez y aclaración de voto del doctor Carlos Betancur Jaramillo). 1004

INSFOPAL

Decreto 2804 de 1975. Reorganizador. EMPLEADOS DEL INSFOPAL. 1. Los artículos 27 y 28 del Decreto-ley 2804 de 1975, definen a los gerentes de los organismos ejecutores bien de carácter regional o local, como empleados públicos, fijándoles un período y determinando la autoridad competente para su designación. 2. Requisitos para ser gerente (artículo 29 ibídem). 3. Naturaleza de otros funcionarios: trabajadores oficiales (Decreto 1156/76). POTESTAD REGLAMENTARIA. Limitación.

(Concepto de diciembre 16 de 1982. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Dr. Osvaldo Abello Noguera. Exp. 1.783). (Consultas del Gobierno, formulada por Minsalud. Autorizada su publicación el 13 de diciembre de 1982. Publicada en enero de 1983, por cuanto fue remitida a la Relatoría con Oficio 19 de enero 19 de 1983, de la Secretaría de la Sala de Consulta). 18

INSPECCION DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE CREDITO

INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES

1. Afiliación de sus servidores. (Decreto 1650/77). 2. Seguro social obligatorio: ¿A quiénes cobija? SEGURO SOCIAL OBLIGATORIO. La afiliación original al seguro social obligatoria prevista en la Ley 90 de 1946, actualizada por el Decreto-ley 433 de 1971 y sostenida expresamente por el Decreto 1650/77, que lo sustituye, corresponde, pues, a la situación específica de los servidores del Estado afiliados con anterioridad al 18 de julio de 1977, cuando empezó a regir el último decreto. PENSIONES DE JUBILACION. Artículo 259 del C. S. del T. Las pensiones de jubilación dejarán de estar a cargo de los patronos cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el ISS de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto. Sólo que en el caso de las entidades públicas, de asumir el ISS el riesgo de vejez, sustituye su obligación de reconocer a sus empleados pensión de jubilación al cabo de una edad y de un tiempo prescritos por la ley. PENSION POR INVALIDEZ, PENSION POR VEJEZ Y PENSION DE SOBREVIVIENTES A CARGO DEL ISS. PENSION DE JUBILACION. EMPLEADOS DE ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS NACIONALES. Los empleados de los establecimientos públicos nacionales tienen derecho a percibir pensión de jubilación bajo las condiciones y en la cuantía prescritos por el artículo 27 del Decreto 3135/61. PENSION DE VEJEZ. Si la pensión de vejez de un empleado público afiliado al ISS, es de cuantía inferior al 75o/o del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios, tiene derecho a que el establecimiento público en el cual prestó sus servicios le reconozca la diferencia. PENSIONES QUE RECONOCE EL ICSS. Las pensiones que reconoce el ICSS a sus afiliados son incompatibles con otros de la misma naturaleza. (Excepción: Cuando se reconozca menor prestación).
(Concepto de marzo 18 de 1983. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Dr. Osvaldo Abello Noguera. Radicación 1.828. Consultas del Gobierno. Formulada por Mintrabajo y Seguridad Social. Autorizada su publicación en marzo 21 de 1983). 33

INSUBSISTENCIA Y DESTITUCION. ACCION PROCEDENTE

Ver: Revisión de sentencias 1157

INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA

Artículos 120 numerales 14 y 15 y Art. 32 C.N. INVERSION DE LOS FONDOS PROVENIENTES DEL AHORRO PRIVADO Y LA INSPECCION DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE CREDITO. DECRETO 3604 DE 1981

Se declara la nulidad parcial del inciso único del Art. 5o. del Decreto 3604 de 1981, únicamente en cuanto él comprende las transacciones sobre adquisición de acciones que realicen personas naturales o jurídicas distintas de las mencionadas en el Art. 1o. del mismo decreto. Declárase la nulidad total del parágrafo 1o. del Art. 5o. del mismo decreto.

(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 20 de mayo de 1983. Consejero ponente: Dr. Mario Enrique Pérez V. Exp. 3.970. Actor: Fabio Leyva Medina). 232

INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA

Artículos 120 numerales 14 y 15 de la C. N. Art. 32 C. N. Inversión de los FONDOS PROVENIENTES DEL AHORRO PRIVADO Y LA INSPECCION DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE CREDITO. DECRETO 3604 DE 1981

Se declara la nulidad del Art. 2o. y del parágrafo 1o. del artículo 5o. del enunciado decreto.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 19 de mayo de 1983. Consejero ponente: Dr. Samuel Buitrago Hurtado. Exp. 4.022. Actor: Francisco Zuleta Holguín). 221

INVERSION DE LOS FONDOS PROVENIENTES DEL AHORRO PRIVADO

Ver: Intervención del Estado en la economía. 221

J

JUECES DE EJECUCIONES FISCALES. FUNCIONES

Las distintas normas que a través del tiempo han ido estructurando sus funciones, y de su interpretación se ha creado la doctrina de que este tipo de funcionarios cumple una doble funcionalidad de jueces y partes que contraría los principios generales de todo proceso judicial pero que tiene su razón de ser por tratarse de los medios o instrumentos de que debe disponer el poder representado por la Nación para exigir de los ciudadanos el pago de sus obligaciones. GOBIERNO. Alcance dado por el artículo 57 de la Constitución Nacional. Integración. FONDO VIAL NACIONAL. Norma creadora. Ley 64 de 1967. Finalidad de la entidad. Representante legal: Ministerio de Obras Públicas (Art. 8o. ibídem). JURISDICCION COACTIVA. COBRO. No es injurídico afirmar que además de la propia atribución que tiene el juez de ejecuciones fiscales pueda actuar dentro del proceso el organismo estatal con personería jurídica propia a través de apoderado especial asignado para cada caso.
(Sentencia de mayo 20 de 1983. Sección Cuarta. Consejero ponente: Dr. Bernardo Ortiz Amaya. Exp. 10.338. Actor: La Nación c/ Pavimentos Colombia Ltda. Apelación auto de enero 25 de 1983, del juzgado único nacional de ejecuciones fiscales. Jurisdicción coactiva). 951

JUICIOS DE POLICIA

(Salvamento). Artículo 73 numeral 2o. C.C.A. REFORMATIO IN PEJUS. 1. Artículo 357 C.P.C. ¿En qué consiste? 2. La reformatio in pejus no es aplicable en el campo penal (Art. 197 bis C.P.P.). RECURSO DE APELACION. (Salvamento). No sustentado. Consecuencias. DERECHO DE DEFENSA. Presunción de inocencia.
(Salvamento de voto del Dr. Mario Enrique Pérez Velasco a la sentencia de febrero 16 de 1983. Sección Primera. Consejero ponente: Dr. Roberto Suárez Franco. Exp. 3.325. Actor: Eugenia Clemencia Varela y otros). 508

JUNTA DIRECTIVA DE ORGANISMOS OFICIALES DESCENTRALIZADOS

Ver: Electorales. Inhabilidades. 812

JURISDICCION COACTIVA. CONCORDATO PREVENTIVO

No es posible adelantar una ejecución separada del concordato. No es posible acumular la ejecución coactiva con otras ejecuciones. Prelación de los créditos fiscales sobre otros créditos.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de mayo 20 de 1983. Consejero ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Actor: Ejecutivo de la Nación contra Industrias Gaygar Ltda. Exp. 10.107). 958

JURISDICCION COACTIVA. COBRO

Ver: Juicios de ejecuciones fiscales. 951

JURISDICCION COACTIVA. COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE HACIENDA

Ver: Contribución. Término. 943

JURISDICCION ROGADA

Ver: Federaciones deportivas. 322

JURISDICCION ROGADA

(Salvamento de voto). La demanda que no señale las disposiciones violadas ni exprese con claridad y precisión el concepto de la violación es inepta y debe ser por consiguiente inadmitida conforme lo dispone el artículo 87 del C.C.A. DEMANDA. REQUISITOS. INADMISION. COSA JUZGADA. Delimitación en las disposiciones que se citan como violadas y en el concepto de la violación.
(Salvamento del doctor Jacobo Pérez Escobar a la sentencia de abril 26 de 1983. Sala Plena. Consejero ponente: Dr. Jorge Valencia Arango. Exp. 10.948. Actor: Inversiones Margoth Moanack y Cía. S. en C). 1017

JURISDICCION ROGADA

(Salvamento). Dentro del sistema contencioso administrativo, los actos cuya nulidad se solicita, no pueden ser anulados por motivos distintos de los que el mismo demandante invocada. CONCEPTO DE LA VIOLACION. (Salvamento). Cumplimiento de lo exigido por el artículo 84 del C.C.A.
(Salvamento de voto del Dr. Alvaro Orejuela Gómez a la sentencia de abril 26 de 1983. Sala Plena. Consejero ponente: Dr. Jorge Valencia Arango. Exp. 10.948. Actor: Inversiones Margoth Moanack y Cía. S. en C. Recurso de súplica). 1021

L

LA ADMINISTRACION COMO DEMANDANTE

(Artículo 72 C.C.A.). En acción de plena jurisdicción.
(Auto de mayo 9 de 1983. Sección Cuarta. Consejero ponente: Dr. Carmelo Martínez Conn. Exp. 10.426. Actor: Carlos Octavio Rodríguez Vásquez, Fiscal Tercero del Consejo de Estado. Cuestiones procesales). 1218

LA ADMINISTRACION COMO DEMANDANTE

Derecho de postulación. LA ADMINISTRACION COMO DEMANDANTE. ACCION. Artículo 72 C.C.A. Este tipo de acciones corresponden a las de nulidad o de "lesividad" y no de plena jurisdicción, y por lo tanto su trámite es el ordinario de nulidad.
(Auto de mayo 16 de 1983. Sección Cuarta. Ponente: Dr. Bernardo Ortiz Amaya. Exp. 10.480. Actor: Carlos Octavio Rodríguez Vásquez. Fiscal Tercero del Consejo de Estado. Cuestiones procesales). 429

LA ADMINISTRACION COMO DEMANDANTE DE SUS PROPIOS ACTOS

El artículo 72 C.C.A., permite a la Administración, corregir por esta vía, errores en que hubiere incurrido al dictar un acto administrativo, el cual puede violar la Constitución o la ley, causar grave e injusto detrimento al tesoro público o atentar contra el interés público o social. REVOCACION DIRECTA. Consentimiento del beneficiario (Decreto 2733 de 1959, artículo 24). PENSION DE JUBILACION. RELIQUIDACION. Decreto 309 de 1958, artículo 3o. Reajustes ilegales.
(Sentencia de mayo 31 de 1983. Sección Segunda. Consejero ponente: Dr. Joaquín Vanín Tello. Exp. 5.671. Actor: Caja Nacional de Previsión. Autoridades nacionales). 442

LAUDOS ARBITRALES

Competencia para conocer de los recursos de anulación de laudos arbitrales proferidos para dirimir controversias presentadas en contratos administrativos. EL CONFLICTO DE COMPETENCIA POSITIVA Y EL DE COMPETENCIA NEGATIVA. Existen y están regulados por el Art. 39 del Decreto-ley 528 de 1964. RECURSO DE ANULACION. COMPETENCIA PARA CONOCER DE EL. Existe el recurso de anulación contra los laudos arbitrales en controversias contractuales administrativas y la competencia corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa concretamente al Consejo de Estado. CLAUSULA GENERAL DE COMPETENCIA. (Art. 51 C.C.A.). "II. EL CONFLICTO DE COMPETENCIA POSITIVA: 'a) El artículo 68 del Acto Legislativo No. 1 de 1945, autorizó al legislador para crear el 'Tribunal de Conflictos' encargado de dirimir 'los conflictos de competencia entre la jurisdicción común y la administrativa' ".
(Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Providencia de 3 de junio de 1983. Consejero ponente: Dr. Samuel Buitrago Hurtado. Exp. 10.914. Actor: Fondo Vial Nacional. Con salvamento de voto de los Drs. Carlos Betancur Jaramillo y Roberto Suárez Franco). 1094

LAUDOS ARBITRALES

Competencia para conocer de los recursos de anulación de laudos arbitrales proferidos para dirimir controversias presentadas en contratos administrativos. CONFLICTO POSITIVO DE COMPETENCIA. No existe en nuestro sistema procesal civil. LA REFORMA DE 1968 y sus efectos sobre la legislación preexistente. Derogó la legislación que creaba el Tribunal de Conflictos y le asignaba sus funciones y en especial los artículos 33 a 40 del Decreto 528 de 1964. El artículo 40 del Decreto 528 de 1964 y los artículos 416 a 420 del antiguo Código Judicial. No es posible estimar como vigentes los artículos 416 y siguientes de la Ley 105 de 1931, ni siquiera aceptando la no derogatoria del Decreto 528/64. LAUDO ARBITRAL. Su carácter. Es una sentencia o decisión jurisdiccional y como tal no puede cuestionarse ante la jurisdicción administrativa. CLAUSULA GENERAL DE COMPETENCIA. ART. 51 C.C.A.

(Salvamento de voto del Consejero Dr. Carlos Betancur Jaramillo a la providencia de 3 de junio de 1983. Sala Plena. Exp. 10.914. Actor: Fondo Vial Nacional). 1102

LAUDO ARBITRAL

La providencia dictada por un Tribunal de Arbitramento, participa de la naturaleza de una sentencia cuyo control no puede corresponderle a la jurisdicción administrativa, dentro del contexto legislativo que nos rige, y a que ello le está reservado a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial (Art. 672 C.P.C.).
(Salvamento de voto del Consejero Dr. Roberto Suárez Franco a la sentencia de Sala Plena de junio 3 de 1983. Exp. 10.914). 1108

LEGITIMATIO AD CAUSEN SUCESION

Ver: Acción de plena jurisdicción. 316

LEY CUADRO. CONTENIDO. MODIFICACIONES A LAS MAXIMAS PREEXISTENTES

Ver: Decretos con fuerza de ley. 430

LEY DEROGACION. INSUBSISTENCIA

Ver: Sentencias de inexequibilidad. 207

LEY INTERPRETACION. DEROGACION

Ver: Electorales. Sufragio. 712

LEY INTERPRETACION SISTEMATICA

Ver: Impuestos causación del tributo. 900

LEY OBLIGACION

Ver: Ley promulgación. 1072

LEY POSTERIOR

Ver: Electorales. Pruebas. Fijación en lista. 865

LEY PROMULGACION

Es un requisito indispensable para conocer su vigencia. El asunto no tiene dificultad frente a normas que no expresan el período de vigencia de la ley en tal evento se aplica directamente el tenor de los artículos 52 de la Ley 4a. de 1913, según el cual la ley empieza a regir dos meses después de su promulgación, en desarrollo precisamente del principio legal y doctrinario. LEY VIGENCIA SEÑALAMIENTO. Cuando en el texto mismo de la ley se indica fecha de su vigencia, distinta de la promulgación, en este caso existe el tenor del Art. 53 del Código de Régimen Político y Municipal, según el cual la ley entra a regir el día señalado por el propio tenor legal. LEY OBLIGACION. La ley no obliga al administrado sino en virtud de su promulgación. Se admite como excepción el señalamiento expreso de su vigencia en el propio tenor de la ley, pero debe entenderse que esta vigencia no puede ser antes de su promulgación, especialmente cuando se trate de normas que imponen obligaciones a los administrados. REGIMEN DE PROCEDIMIEN-

TO ADMINISTRATIVO TRIBUTARIO. Decreto 2821 de 1974. Aplicación. Cuando se trata de asuntos tributarios, la vigencia anticipada de una norma de impuestos sólo puede esperar a favor del contribuyente mas no en su contra. Régimen del Decreto 1651/61, artículo 33, Decreto 2821 de 1974, artículo 48. LEY. PROMULGACION. CUMPLIMIENTO. Los ciudadanos están obligados a obedecer y a cumplir las leyes en virtud de su promulgación, pues así como existe el principio universal de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, también se da el correlativo de que la ley debe ser promulgada para poder existir su cumplimiento, pues en ningún caso podrá exigírseles que acaten una norma odiosa sin que haya sido promulgada. PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD DE LOS TRIBUTOS. Consignado en el artículo 43 C.N., que implica el señalamiento previo y claro de todos los factores subjetivos, objetivos, temporales y especiales de la relación jurídica que surge de la norma que lo impone mal puede hacer la obligación tributaria sin amplio conocimiento y divulgación de la ley que la crea o la impone (Art. 204 C.N.). IMPUESTO. LIQUIDACION ESPECIAL. No es correcto exigirle al administrado la presentación de una liquidación especial para reclamar cuando, al interponer el recurso, tal requisito no era exigencia necesaria de la ley vigente.
(Sentencia de enero 25 de 1983. Sala Plena. Consejero ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Exp. 10.692. Actor: Joaquín Campo Campo. Recurso de súplica). . . . 1072

LEY VIGENCIA

Ver: Ley promulgación. 1072

LEY LABORAL. FINALIDAD

Ver: Prima de antigüedad. 7

LICENCIAS A EMPLEADOS DE SINDICATOS

Ver: Permisos remunerados rama ejecutiva. 50

LICENCIAS NO REMUNERADAS. PRORROGAS

1. La licencia ordinaria es un derecho incontestable del trabajador, que ha sido consagrado en forma reiterada en nuestra legislación y celosamente respetado por el empleador. 2. Características. 3. Si los empleados públicos tienen derecho a solicitar licencia no remunerada por el término de 60 días, prorrogables por treinta más, implica la existencia de un derecho correlativo por parte de la administración de resolver oportunamente tanto las peticiones de las licencias como los de su prórroga, si ha sido utilizada oportunamente. ABUSO DEL DERECHO.
(Sentencia de junio 14 de 1983. Sección Segunda. Ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez. Exp. 5.968. Actor: Lucía Orjuela de Moncayo. Rsoluciones ministeriales). 296

LUCRO CESANTE Y DAÑO EMERGENTE

Forma de pago. El lucro cesante comprende el valor de las utilidades dejadas de percibir desde la ocurrencia del perjuicio hasta cuando el pago se produzca.
(Sentencia de marzo 11 de 1983. Consejero ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 10.751. Actor: Ricardo Pinto Montenegro y otros. Con salvamento de voto de los Consejeros Drs. Jorge Valencia Arango y Jorge Dangond Flores). 1083

LUCRO CESANTE

Forma de pago en el evento en que se haya recuperado el bien perdido.
(Salvamento de voto de los Consejeros doctores Jorge Valencia Arango y Jorge Dangond Flores a la sentencia de marzo 11 de 1983. Exp. 10.751). 1092

M

MARCAS. DEMANDA. TERMINO DE CADUCIDAD

Artículo 596 C. de Co. A tenor de lo dispuesto en el artículo 596 del C. de Co. la acción deberá intentarse dentro de los cinco años, contados a partir de la fecha del registro de la marca. El artículo 596 del C. de Co. establece un término excepcional de 5 años para solicitar la nulidad del certificado de una marca y la expedición del certificado se hayan hecho con violación de lo dispuesto en los artículos 585 y 586 del mismo.
(Auto de febrero 11 de 1983. Sección Primera. Sala de Decisión. Consejero sustanciador: Dr. Samuel Buitrago Hurtado. Exp. 4.210. Actor: Jorge Vera Vargas). . . . 349

MESAS DE LAS CORPORACIONES PUBLICAS

Ver: Comisiones de las Corporaciones Públicas 773

MINAS. PERTENENCIA

Todas las minas pertenecen a la Nación salvo las excepciones consagradas en el artículo 1o. de la Ley 20 de 1969. YACIMIENTO DESCUBIERTO. SENTIDO DE LA DEFINICION. El legislador en forma indirecta, consagró los elementos de su definición en el artículo 2o. de la Ley 20 de 1969. Quienes a partir de la vigencia de la Ley 20/69, estuvieren comprendidos por situaciones jurídicas subjetivas y concretas en relación con yacimientos descubiertos podrán alegar propiedad sobre minas. POTESTAD REGLAMENTARIA. Alcance de la limitación.
(Sentencia de febrero 10 de 1983. Sección Tercera. Consejero ponente: Dr. Jorge Dangond Flores. Exp. 3.285. Actor: María Aurora Novoa. Decretos del Gobierno. Salvamento de voto del Dr. Jorge Valencia Arango). 61

MINAS

(Salvamento de voto). 1. El artículo 202 C. N., acorde con lo preceptuado por el artículo 30 C. N., respeta los derechos adquiridos sobre las minas existentes en el país por los particulares frente a los antiguos Estados o a la Nación, bien como propietarios o como "descubridores" y "explotadores". 2. Situación en la Unión Colombiana el 15 de abril de 1886: Los derechos sobre la mina se adquirieron precisamente antes de su explotación técnica, de su producción económica, de su evaluación comercial y financiera, pues para adquirir tales derechos, sólo bastaba "descubrir la mina", tomar conciencia de la acumulación de los minerales, sin necesidad de demostrar su valor económico o comercial. 3. Mina descubierta. 4. Los derechos anteriores al "descubrimiento" de la mina, estaban protegidos por los artículos 202 y 30 de la Constitución, en forma que ninguna ley puede cercenarlas. LEY. Artículo 28 C.C. (Salvamento). MINAS. DESCUBRIMIENTO. Descubrir una mina es poder identificar un yacimiento de metales por un paraje, cerro, vereda, corregimiento, municipio y extensión, sin necesidad de demostrar que existen posibilidades económicas o comerciales de explotación ni que se han hecho trabajos preliminares, todo lo cual viene con posterioridad. Si la ley (20/69) definió que es "yacimiento descubierto" solo la ley puede cambiar tal situación, jamás el decreto reglamentario. (Decreto 1275 de 1970).

(Salvamento de voto del Dr. Jorge Valencia Arango a la sentencia de febrero 10 de 1983. Sección Tercera en que fue ponente el Dr. Jorge Dangond Flores. Exp. 3.285). 65

MINISTERIO PUBLICO. REPRESENTANTES. INTERVENCION

1. Si encuentran que la Administración al hacer sus manifiestaciones de voluntad, mediante actos administrativos, infringe la Constitución o la ley, la misma Carta en su artículo 143, los autoriza perentoriamente para propender por el estricto cumplimiento de tales ordenamientos legales. 2. Intervención del ministerio público (Art. 19 C.C.A.). COMPETENCIA SUBJETIVA. Actos del orden departamental. SERVICIOS SECCIONALES DE SALUD. Constituye dependencias de la administración departamental, por la cual los actos proferidos por los funcionarios encargados de administrarlos, llevan implícito igual naturaleza.

(Sentencia de enero 20 de 1983. Sección Segunda. Consejero ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez. Expediente 5.493. Actor: Carlos Piñeros Fuentes. Autoridades departamentales). 533

N

NORMAS PROCESALES

Ver: Potestad reglamentaria. 98

NOTIFICACION

Art. 315 C.P.C. Artículo 69, inciso 2o. C. de P. C. diferencias. 1. Artículos 315 ibídem: "El secretario o el empleado del despacho a quien aquél autorice, pondrá en conocimiento del interesado la providencia respectiva en cualquier día y hora, hábil o no...". Este artículo se aplica cuando "el notificado no sabe, no puede o no quiere firmar". Requisitos de la notificación. 2. Artículos 69 C.P.C. La notificación allí contemplada se hará de acuerdo con el 205 ibídem. Por consiguiente, la notificación por el procedimiento subsidiario establecido en el artículo 205 C.P.C., no puede hacerse cuando el notificado sí se encuentra en el lugar que para recibir notificaciones se haya indicado en la demanda, en su contestación, o en escrito posterior.

(Auto de febrero 1o. de 1983. Sección Primera. Consejero ponente: Dr. Jacobo Pérez Escobar. Expediente 3.545. Actor: Rafael Bernal Salamanca. Cuestiones procesales). 1174

NULIDAD DE LO ACTUADO

Ver: Fondos educativos regionales. Naturaleza. 779

NULIDAD DE LO ACTUADO. CARENCIA DE JURISDICCION

Por carencia de jurisdicción. Diferencia entre carencia de jurisdicción e incompetencia de jurisdicción. ARBITROS Y ARBITRAMENTO. Conformación. Cláusula compromisoria. No puede decidirse en el arbitramento lo relacionado con la cláusula de caducidad.

(Sentencia de marzo de 1983. Sección Tercera. Consejero ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 3.397. Actor: Eléctricas de Medellín Ltda.). 663

NULIDADES

1. No podrá alegar la nulidad quien haya dado lugar al hecho que la origina (155 C.P.C.). 2. Saneamiento (156 C.P.C.). 3. Un negocio cuyo trámite corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo podría adelantarse indistintamente por una u otra sección, aunque no se acomodase a lo dispuesto por el Acuerdo No. 1 de 1979; en consecuencia, una irregularidad o equivocación de tal naturaleza no daría origen a una nulidad por falta de competencia.
(Auto de mayo 18 de 1983. Sala Plena. Consejero ponente: Dr. Roberto Suárez Franco. Exp. 10.847. Actor: Luis Gómez Galue). 1023

O

OBLIGACION TRIBUTARIA

¿Quién debe hacer el pago? Lo debe hacer el contribuyente o sujeto pasivo de la obligación tributaria. El Estado es ajeno a cualquier pacto entre particulares por el cual una persona se obligue para con otra al pago del crédito fiscal. No desconoce dicho pacto, pero es irrelevante frente al fisco, no le puede comprometer.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de febrero 18/83. Consejero ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Exp. 7.428. Actor: Sociedad Norwich Colombiana S.A.). 845

OMISION DEL ESTADO EN LA PROTECCION DE LA VIDA

Ver: Incidente de regulación de perjuicios. 1177

OPERACION ADMINISTRATIVA

Ver: Acción indemnizatoria. 628

ORDENANZAS. SANCION

(Reiteración. Jurisprudencia de la sentencia de julio 25 de 1962, páginas 254 a 256). La sanción es parte integrante de la ordenanza, es un presupuesto para la validez del acto administrativo en cuyo proceso de formación concurren las voluntades de la corporación que la expide y del órgano que la sanciona, que comúnmente es el gobernador del departamento y excepcionalmente el presidente de la misma asamblea, voluntades que se fusionan para producir un acto único. 2. Calidad de la ordenanza: acto complejo. 3. Acusación. ACTO COMPLEJO. Acusación.
(Sentencia de enero 26 de 1983. Sección Segunda. Consejero ponente: Dr. Joaquín Vanín Tello. Expediente 6.261. Actor: Jairo Restrepo Angel. Ordenanzas departamentales). 517

PARQUES NACIONALES NATURALES

Ver: Baldíos. 24

PARTIDOS POLITICOS

Ver: Electorales. Sufragio. 712

PENSION DE INVALIDEZ, VEJEZ Y DE SOBREVIVIENTES

Ver: Instituto de los Seguros Sociales (ISS). 33

PENSION DE JUBILACION. EMPLEADOS DE ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS NACIONALES

Ver: ISS. 33

PENSION DE JUBILACION

Equivalencia. SALARIO INTEGRAL. FORMACION. Está formado por el "promedio de todo lo devengado por un trabajador al servicio activo, a título de salario o retribución de servicios. PRIMA DE RETIRO. (Ramo de telecomunicaciones). Constituye salario y por lo tanto es factor computable en la liquidación de la pensión de jubilación.
(Sentencia de febrero 9 de 1983. Sección Segunda. Consejero ponente: Dra. Aydée Anzola Linares. Exp. 8.164. Actor: Leonel Castro Moreno). 346

PENSION DE JUBILACION. REAJUSTE. LEY 4a. DE 1976

Finalidad. Lo que el legislador ha querido al ordenar reajustes de pensiones es devolverle a las mesadas liquidadas con anterioridad su valor real deteriorado por el procedimiento inflacionario que ha vivido el país en las últimas décadas. Es evidente, que la Ley 4a. de 1976 opera hacia el futuro, esto es, sólo se aplica a las pensiones después de un año de haberse liquidado la respectiva pensión. Suspensión provisional de la Resolución No. 02480 de 27 de marzo —Cajanal—, por medio de la cual se reconoció una pensión vitalicia de jubilación a favor del señor Manuel Maldonado Lugo.
(Auto de febrero 2 de 1983. Sección Segunda. Consejero ponente: Dr. Ignacio Reyes Posada. Exp. 8.110. Actor: Caja Nacional de Previsión. Suspensión provisional de actos de orden nacional). 472

PENSION DE JUBILACION. RELIQUIDACION

Ver: La administración como demandante de sus propios actos. 442

PENSION DE VEJEZ

Ver: ISS. 34

ticidad del documento. Autenticación de la
ante un notario con presentación personal es
nal de tal documento ante la autoridad tribu
bido agotamiento sólo tiene ocurrencia en lo
presentación personal.
*(Sala de lo Contencioso Administrativo. Secci
ro de 1983. Consejero ponente: Dr. Gustavo
Actor: Sociedad "Chevron Petroleum Compar*

PODER. RENUNCIA

El inciso 2o. del artículo 69 del C.P.C. norm
término al poder ni a la sustitución, sino cinco
al poderdante o sustituidor mediante notifica
ma establecida por el artículo 205".
*(Auto de marzo 25 de 1983. Sección Primera
to Suárez Franco. Exp. 3.360. Cuestiones pro*

PODER DE POLICIA. TRANSITO DE MOTO

El literal d) del numeral 1 del artículo 130 d
Nacional de Tránsito Terrestre, significa que
por autoridades municipales de tránsito no pu
ma como los vehículos mencionados deben t
tránsito", ya sean de un carril, de dos carrile
to con fundamento en dicha norma no puede
conductores de vehículos de tipo motocicle
parrilleros o pasajeros por las vías públicas si
por autoridad competente que se lo permita.
*(Sentencia de abril 5 de 1983. Sección Prime
bar. Exp. 4.005. Actor: Santiago Uribe y otro*

POLIZAS DE SEGUROS. PLEITO PENDIEN

El hecho de tener un pleito pendiente una ase
rio, no conducirá a la denegación de la aprob
plimiento debe ser establecido por los jueces a
sia existente entre la agencia gubernamental y
DAD CONTRA ACTOS PARTICULARES. P
mandante busca únicamente con la acción d
denamiento jurídico quebrantado por el acto
VO VERBAL U ORAL. Al respecto no existe
VO. ELEMENTOS DE SU EXISTENCIA. 1.
Que ella produzca efectos de derecho. FUNC
DERECHO DE PETICION. Artículo 45 C.N. I
26 C.N. 109 a 112 C.C.A. y 92 del C.P.C. DE
CEPCIONAR. En virtud del derecho legítimo
los jueces se crea una situación de pleito pen
deración esta situación para condicionar o sub
pero jamás puede hacerlo autoridad distinta d
no implique la negación o menoscabo de un d
Fundamental. Declárase nula la decisión de ca
jurídico del Ministerio de Obras Públicas y Tra
aprobación de pólizas de seguro, otorgadas po
gan pleito pendiente con el ministerio, y cuya
duce de las comunicaciones No. 1628 de 13 d

PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LOS TRIB

Ver: Impuesto de Industria y Comercio. . . .

PROCESO DE LESIVIDAD

Ver: La administración como demandante. .

PROCESO EJECUTIVO

1. Finalidad. 2. En este proceso no cabe hac
que se cobra porque tal reajuste desvirtuaría
cutivo. 3. Ejecución del monto. Limitación.
dad líquida: Significado. INFLACION. INDI
rios en juicios ante la jurisdicción contenci
extensiva al proceso ejecutivo. ENRIQUECIM
garse en un proceso declarativo. Se trata de
por la jurisprudencia dentro de juicios ordina
*(Auto de abril 29 de 1983. Sección Cuarta.
Murtra. Exp. 10.128. Actor: Fondo Vial N
lombiana S.A. Jurisdicción coactiva).* . . . . .

PROPIEDAD RURAL

Ver: Potestad reglamentaria. Alcance. . . . .

PROTECCION CIUDADANA

Ver: Autoridades. . . . . .

PRUEBA TESTIMONIAL

(Artículo 219 C.P.C.). El artículo 219 C.P.C
des para pedir la prueba testimonial, estable
la dirección del respectivo testigo.
*(Auto de 27 de enero de 1983. Sección 3a. C
cún Monroy. Expediente 3.567. Actor: Pac
procesales).* . . . . . .

PRUEBA TESTIMONIAL

Ver: Responsabilidad extracontractual. . . .

PRUEBAS. CERTIFICACION

La certificación hace parte de la prueba doc
constancia sobre hechos ya registrados en u
DECLARACION DE PARTE O DE TERCE
y no sobre su documentación y se caracteriz
el informe directo de las personas. Por esto,
diciones en que se produjo la muerte de una
a través del informe de un tercero, no debe
debe llamar a rendir declaración bajo juram
juez y de las partes.
*(Auto de marzo 17 de 1983. Sección Terc
Suescún Monroy. Expediente 3.668. Actor
otro. Cuestiones procesales).* . . . . . .

PRUEBAS RENDIDAS EN EL PROCESO PENAL. VALOR LEGAL EN EL JUICIO CONTENCIOSO

Ver: Responsabilidad extracontractual. 654

PRUEBAS TRASLADADAS

Ver: Responsabilidad extracontractual. 661

R

RAMA DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL. INTEGRACION

Ver: Acumulación de pretensiones. 1206

RECURSO DE ANULACION. COMPETENCIA PARA CONOCER DE EL

Ver: Laudos arbitrales. Competencia. 1094

RECURSO DE APELACION

Ver: Juicios de policía. 508

RECURSO DE APELACION

Ver: Demanda. Auto admisorio. 702

RECURSO DE QUEJA

El artículo 376 C.P.C. establece que el superior que conoce del recurso de queja puede ordenar al inferior que le remita otras piezas del expediente. *(Auto de enero 14 de 1983. Sección Segunda. Consejero ponente: Dr. Joaquín Vanín Tello. Expediente 7.654. Actor: Miguel Eduardo Zuluaga Hoyos. Cuestiones procesales).* 1161

RECURSO DE REPOSICION CONTRA EL AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA

Ver: Demanda. 702

RECURSO DE REPOSICION EN VIA GUBERNATIVA

Artículo 15 del Decreto 2733/59. No es obligatorio. SUELDO EN DOLARES. El pago de un porcentaje del sueldo en dólares queda ordenado por el Decreto 610 de 1977, tiene por objeto corregir un posible desequilibrio en la situación económica del empleado enviado en comisión al exterior, en razón de la diferencia que se puede presentar entre el valor de la moneda en que obtiene sus ingresos y de aquella con que ha de pagar sus gastos. PRESTACIONES EN DOLARES. Ninguna norma legal establece que al liquidar las correspondientes prestaciones sociales, se debe tener en cuenta la parte del sueldo pagado en dólares. (Decreto 610/77. Artículo 127).

(Sentencia de marzo 9 de 1983. Sección Segunda. Consejero ponente: Dr. Joaquín Vanín Tello. Exp. 6.532. Actor: Elsa María Ramírez de Vélez. Resoluciones ministeriales). 281

RECURSO DE SUPLICA (LEY 11/75) ART. 2o.

Ver: Acción de plena jurisdicción. 982

RECURSO DE SUPLICA ORDINARIO

Ver: Demanda. Auto admisorio. 702

RECURSO DE SUPLICA

(Aclaración de voto). Ley 11 de 1975. El auto puede oponerse a la sentencia. Razón: Fuera de la terminación normal del proceso puede darse la anormal en los casos de desistimiento, perención, transacción o allanamiento, y todos éstos se resuelven mediante auto. 2. FALLO EXTRAPETITA. (Aclaración de voto). Si el juez administrativo falla con base en normas no citadas en el libelo incurre en extrapetita.
(Aclaración de voto del Dr. Carlos Betancur Jaramillo a la sentencia de la Sala Plena. Consejero ponente: Dr. Jorge Valencia Arango. Expediente 10.948. Actor: Inversiones Margoth Moanack Cía. S. en C. Recursos de súplica). 1014

RECURSO DE SUPLICA

(Ley 11/75). El auto interlocutorio no puede oponerse a la sentencia. 982

RECURSOS ECONOMICOS DE LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS NACIONALES DEPARTAMENTALES Y MUNICIPALES. UNIDADES ADMINISTRATIVAS ESPECIALES, FER, SERVICIOS SECCIONALES DE SALUD provenientes de aportes o transferencias del presupuesto nacional, sólo podrán ser mantenidos en depósitos en bancos oficiales (Decreto 1280 de 1982).
(Sentencia de febrero 28 de 1983. Sección Primera. Consejero ponente: Dr. Samuel Buitrago Hurtado. Expediente 4.009. Actor: Hammerly Cuello Pontón). 362

RECURSOS NATURALES RENOVABLES

Ver: Baldíos. 24

RECUSACIONES

Ver: Impedimentos. 1167

REGIMEN DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Ver: Ley. Promulgación. 1072

REFORMATIÓ IN PEJUS

Ver: Juicios de policía. 508

REFORMATIO IN PEJUS

Artículo 357 C.P.C. ¿En qué consiste?
(Sentencia de febrero 16 de 1983. Sección Primera. Consejero ponente: Dr. Ro-

berto Suárez Franco. Exp. 3.325. Actor: Eugenia Clemencia Varela y otros. Salvamento de voto del Dr. Mario Enrique Pérez Velasco). 499

REFORMATIO IN PEJUS

Ver: Vía gubernativa. 686

REGLAMENTOS DE POLICIA. ORGANOS ESTATALES CON COMPETENCIA PARA EXPEDIRLOS. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE Y DEL CONSEJO

(Sala de lo contencioso administrativo. Sección Primera. Sentencia de 18 de febrero de 1983. Consejero ponente: Dr. Mario Enrique Pérez. Exp. 3.915. Actor: Ramiro Valencia Cassio). 546

REGULACION DE PERJUICIOS

Ver: Incidente. 1177

RENOVACION DEL CONTRATO ART. 518 DE C. DE CO.

Ver: Arrendamiento de locales comerciales. Arriendos pagados por encima del precio congelado. 482

RESERVA DE DOCUMENTOS PUBLICOS

Ver: Documentos públicos. 387

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISION

(Salvamento). En un estado de zozobra donde obviamente se extreman los riesgos, se debe extremar la protección para aquellas personas, que en una u otra forma dirigen la marcha del Estado. Por eso en circunstancias anormales o de excepción no puede esperar la autoridad, sin faltar a sus más elementales deberes, el requerimiento angustioso de la persona amenazada.
(Sentencia febrero 24/83. Sección Tercera. Ponente: Dr. Valencia. Exp. 3.331. Actor: Ligia Calderón. Salvamento de Voto. Dr. Betancur Jaramillo. 608

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISION

Ver: Autoridades. 596

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. CONCURRENCIA DE CULPA ART. 2357 C.C. CON CAUSALIDAD DOLOSA. DIFERENCIA

(Salvamento de voto). Es presupuesto necesario, por hipótesis legal del artículo 2357 C. C. que la víctima se haya expuesto imprudentemente al daño. SOLIDARIDAD. (Salvamento). La solidaridad no excluye la divisibilidad de la indemnización entre los causantes.
(Salvamento de voto del Dr. Jorge Valencia Arango, a la sentencia de febrero 24 de 1983. Sección Tercera. Ponente: Dr. Eduardo Suescún Monroy. Expediente 1.588, 1.984 y 1.986). 625

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. FALLA DEL SERVICIO

Prueba de ésta.
(Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera. Sentencia de enero 20 de 1983. Consejero ponente: Dr. Jorge Dangond Flores. Con salvamento de voto

del Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 3.398. Actor: Miguel Angel Molina). 585

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Falla del servicio. Prueba. No surge el elemento liberatorio de responsabilidad por el hecho de que no se hubiera concretado el nombre del agente de la administración que ocasionó el daño.
(Salvamento de voto del Consejero Dr. Carlos Betancur Jaramillo a la sentencia de enero 20 de 1983. Expediente 3.398. Sección Tercera). 589

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. FALLA DEL SERVICIO EN LAS AUTORIDADES DE TRANSITO

1. Culpa compartida. Una concurrencia de culpa, situación que genera lo que se ha denominado la "compensación de culpas", y que, obviamente, conduce al señalamiento de un especial grado de la reparación. 2. Perjuicios materiales y morales.
(Sentencia de febrero 24 de 1983. Sección Tercera. Consejero ponente: Dr. Eduardo Suescún Monroy. Expedientes acumulados 1.588, 1.984 y 1.986. Salvamento de voto del Dr. Jorge Valencia Arango. (Marzo 7/83). 611

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. FALLA DEL SERVICIO. PRUEBA TESTIMONIAL. DOCUMENTOS OFICIALES. FALSEDAD

Fraude a la justicia.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 22 de 1983. Consejero ponente: Dr. Jorge Valencia Arango. Expediente 2.980. Actor: Rosa Elena Londoño Marín). 644

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

La responsabilidad estatal puede resultar comprometida fundamentalmente por sus actos o por sus hechos, la ley y la doctrina hablan también de la operación administrativa como posible productora de perjuicios indemnizables. Acción contenciosa pertinente en cada caso.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de marzo 17 de 1983. Consejero ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 2.725. Actor: Guillermo Salas Narváez). 1191

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL POR FALLA EN EL SERVICIO DE VIGILANCIA POLICIVA

(Incendio de automotores). Si los agentes de la autoridad no atienden el llamado de los empresarios del transporte y no se ejerce control para evitar desmanes, se genera la responsabilidad estatal. Consecuencia: lucro cesante y daño emergente.
(Sentencia de febrero 16 de 1983. Sección Tercera. Consejero ponente: Dr. Eduardo Suescún Monroy. Exp. 2.771. Actor: Pompilio Rengifo. Responsabilidad extracontractual). 590

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. PRUEBAS RENDIDAS EN EL PROCESO PENAL. VALOR LEGAL EN EL JUICIO CONTENCIOSO

Se ordenó, en auto para mejor proveer, llamar a declarar a varios testigos, quienes, según copias de fls. 76 y siguientes del cuaderno 2, ya lo habían hecho en el proceso penal.

(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 19/ 83. Consejero ponente: Dr. Eduardo Suescún. Exp. 2.603. Actor: Carlos Julio Guatavita y María Araminta García de Guatavita. Con salvamento de voto del Consejero Dr. Jorge Dangond Flores). 654

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. PRUEBAS TRASLADADAS

Exigencias procesales para dar valor a dichas pruebas. Art. 185 C.P.C.
(Salvamento de voto del Consejero Dr. Jorge Dangond Flores a la sentencia de mayo 19 de 1983. Exp. 2.603. Actor: Carlos Julio Guatavita y otra). 661

RETENCION EN LA FUENTE

(Suspensión provisional). La ley sólo ha autorizado a la administración a hacer retención sobre salarios. No permite otros pagos laborales distintos de salarios. SALARIO. Definición. Artículos 127 y 128 del C.S. del T. Qué no constituye salario. ACTO ADMINISTRATIVO ANULADO O SUSPENDIDO. PROHIBICION DE REPRODUCIRLO. (Art. 99 C.C.A.). En forma expresa, la Ley 167 de 1941, o C.C.A., en su artículo 99 prohíbe la reproducción de actos administrativos suspendidos por los tribunales o por el Consejo de Estado si conserva la esencia de las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, a menos que con posterioridad a la sentencia hayan desaparecido en sus fundamentos legales de la anulación o suspensión. Suspéndese provisionalmente las siguientes frases del artículo 2o. del Decreto 3819 de 1982.
(Auto de febrero 12 de 1983. Sección Cuarta. Consejero ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Exp. 10.192. Actor: Héctor Gallo Osorio. Decretos del Gobierno). . . . 253

RETENCION EN LA FUENTE

Ver: Impuestos. Renta territorial. 907

RETIRO DEL SERVICIO

Ver: Empleados. 333

RETIRO POR DERECHO A PENSION. EMPLEADOS DE LA CONTRALORIA

Régimen bajo el Decreto 929 de 11 de mayo de 1976. Esta disposición estableció un status de inamovilidad relativa por el término de 12 meses para los empleados de la Contraloría que hayan cumplido las condiciones de edad y tiempo de servicio para tener derecho a la pensión jubilatoria. Esta estabilidad es por un lapso de 12 meses a partir de la fecha en que se consolide el derecho, es decir, desde aquella en que se adquiera el status de pensionado.
(Sentencia de junio 4 de 1983. Sección Segunda. Consejero ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez. Exp. 6.513. Actor: Luis Ignacio Reyes García. Autoridades nacionales). 463

REVISION DE SENTENCIAS (164 C.C.A.).

La revisión sólo es aplicable en los casos de sentencias más no en el de resoluciones.
(Auto de febrero 28 de 1983. Sección Segunda. Sala de Decisión. Exp. 7.629. Actor: Enrique Castillo Forero). 1156

REVISION DE SENTENCIAS. DEMANDA

1. Requisitos. 2. La revisión de sentencias sobre reconocimiento en materia de prestaciones sociales no constituye una tercera instancia, sino un recurso extraordinario en el que se enfrentan la sentencia y la ley, y al cual solamente puede ocurrirse con los fundamentos preestablecidos y determinados por ésta, debiendo el demandante señalar en la demanda la causal precisa en que se apoya. (Reiteración jurisprudencial de la sentencia de 24 de junio de 1953. Tomo LIX Nos. 372-376. Pág. 410). ACCION DE REVISION. IMPROCEDENCIA. La acción de revisión en casos de retiro del servicio del funcionario, bien sea por insubsistencia o destitución, no cabe. INSUBSISTENCIA Y DESTITUCION. Acción procedente.
(Sentencia de marzo 8 de 1983. Sección Segunda. Consejero ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez. Exp. 7.155. Actora: María Teresa Barreto Torres. Pensiones y recompensas). 1157

REVOCACION DIRECTA

Ver: Gobernadores. Actuaciones por delegación. 514

REVOCACION DIRECTA

Ver: Administración como demandante de sus propios actos. 442

REVOCACION DIRECTA

(Artículo 24 del Decreto 2733 de 1959). El acto administrativo que concede un derecho no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. ACTO ACUSADO. PRUEBA DE ESTATUTOS DEPARTAMENTALES O MUNICIPALES. Es necesario acreditar la existencia de ellos en el expediente. Cuando el juzgador de primera instancia con conocimiento pleno de lo que disponen las ordenanzas departamentales, los aplican al caso controvertido y los transcriben en el texto de su decisión, el fallador de segunda instancia puede dar por probada la existencia de esos actos y proceder de conformidad con las trascripciones hechas. (Ver Anales de 1962. Tomo LXIV. Pág. 173).
(Auto de junio 1o. de 1983. Sección Primera. Ponente: Dr. Samuel Buitrago Hurtado. Expediente 4.070. Actor: Luis Guillermo Cardona y otra. Actos de las asambleas). 528

REVOCACION DIRECTA DE ACTOS DEMANDADOS

Conduce a fallo inhibitorio por sustracción de materia.
(Sentencia de febrero 21 de 1982. Sección Primera. Consejero ponente: Dr. Roberto Suárez Franco. Exp. 3.544. Actor: Rafael Bernal Salamanca. Actos de autoridades nacionales). 356

S

SALARIO

Ver: Vacaciones. 12

SALARIO

Ver: Retención en la fuente. 253

SALARIO INTEGRAL

Ver: Pensión de jubilación. 346

SANCIONES DISCIPLINARIAS. IMPOSICION. ACTO DEL NOMINADOR

El acto del nominador que impone la sanción debe ser objeto de la petición de nulidad, pues, si en un caso, sólo se demanda la nulidad de la actuación de la Procuraduría, queda entonces, vigente el acto del nominador, que es el que vendrá eventualmente a conculcar el derecho y del cual debe seguirse predicando la presunción de legalidad, presunción que al no ser rechazada no puede generar el restablecimiento impetrado. Es por eso que el artículo 85 C.C.A. exige la individualización del acto demandado "con toda precisión".
(Sentencia de marzo 15 de 1983. Sección Segunda. Consejero ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez. Exp. 6.397. Actor: Germán Amador Rubio). 383

SEGUROS SOCIALES OBLIGATORIOS

Ver: ISS. 33

SENTENCIA PENAL

Es un documento público idóneo para demostrar la condena proferida conforme el texto del artículo 28 C.P.; idóneo para demostrar en el proceso civil la ocurrencia de los hechos que conformaron el delito sancionado. La sentencia penal en cuanto a la condena y en cuanto a los hechos que la fundamentan prueba contra todos, porque es producto de una acción típicamente pública, distinta a la acción interpartes del derecho privado. La responsabilidad de un condenado y los hechos que causaron la infracción declarados en una sentencia penal ejecutoriada, no pueden ser puestas en duda por nadie porque ha sido el estado mismo, a nombre y en interés de la sociedad el que ha adelantado y fiscalizado el proceso y la jurisdicción especializada lo que lo ha fallado.
(Sentencia de noviembre 22 de 1982. Sección Tercera. Consejero ponente: Dr. Eduardo Suescún M. Expediente No. 2.622. Actor: Dioselina Hernández de Narváez y otros. Responsabilidad extracontractual). 573

SENTENCIAS DE INEXEQUIBILIDAD

Efectos: 1. Hacen desaparecer la norma jurídica con un efecto absoluto hacia el futuro. 2. Conduce a que recobre vigencia la norma que regía con anterioridad a la expedición del acto declarado inexequible. 3. Los actos expedidos por el Gobierno dictados dentro del ámbito de su competencia y conforme a una legislación vigente que luego es declarada inexequible, son legalmente válidos. 4. Los efectos de la inexeqibilidad sólo afectan las normas o estatutos cuya intención concretamente se expresa en la sentencia. ACTO ADMINISTRATIVO. EXPEDICION. COMPETENCIA. Uno de los elementos fundamentales del acto administrativo es que quien lo dicta tenga competencia para hacerlo. LEY. DEROGACION. INSUBSISTENCIA 1. Clase de derogación: expresa y tácita. 2. Insubsistencia de la norma por actuaciones propias del legislador.
(Sentencia de mayo 9 de 1983. Sección Primera. Consejero ponente: Dr. Roberto Suárez Franco. Exp. 3.920. Actor: Gustavo Salazar. Decretos del Gobierno). 207

SERVICIOS SECCIONALES DE SALUD

Ver: Ministerio público. 533

SERVICIOS SECCIONALES DE SALUD

Hacen parte de la estructura administrativa de las diferentes entidades territoriales en que se divide el Estado y por tanto, carecen de capacidad para ser partes pasivas o activas en los procesos contencioso-administrativos.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 29 de enero de 1983. Consejero ponente: Dr. Joaquín Vanín Tello. Expediente 6747. Actor: Caridad Pérez Morelo). 537

NOTA DE LA RELATORIA: Ver sentencia de 16 de octubre de 1982. Exp. 6.081. Actor: Gerardo Bastidas y 6 de noviembre de 1981. Exp. 3.393. Extractos de 1981. Página 798.

SISTEMA NACIONAL DE SALUD. HOSPITAL DE AGUA DE DIOS Y DE CONTRATACION

Naturaleza jurídica. No son establecimientos públicos, son dependencias administrativas del Ministerio de Salud. CREACION, SUPRESION Y FUSION DE LOS EMPLEOS CORRESPONDIENTES. Competencia.
(Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 25 de marzo de 1983. Consejero ponente: Dr. Jaime Betancur Cuartas. Rad. 1.848. Consulta formulada por el jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil y autorizada su publicación mediante Oficio No. 1745 del 22 de abril de 1983). 42

SERVICIOS SECCIONALES DE SALUD

Naturaleza. Representación por parte del gobernador. Los actos proferidos por los servicios seccionales de salud pueden ser actos departamentales, municipales, intendenciales o comisariales. APELACION Y CONSULTA. PROCEDENCIA. Sólo proceden cuando los tribunales conocen en primera instancia, pero no cuando la competencia es de única instancia.
(Sentencia de marzo 4 de 1983. Sección Segunda. Consejero ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez. Exp. 6.172. Actor: Gabriela Ramírez Martínez de Vélez. Autoridades departamentales). 540

SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO. PETICION DE DECLARATORIA PARA ANTE LA JURISDICCION

No tiene justificación procesal alguna, en razón de que si ha ocurrido el fenómeno, debe estar acreditado como requisito constitutivo de agotamiento de la vía gubernativa, pero en ningún caso, como elemento integrante del petitum.
(Sentencia de junio 14 de 1983. Sección Segunda. Ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez. Exp. 6.388. Actor: Miguel Angel Ramírez Lozano. Autoridades nacionales). 465

SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO

Ver: Impuesto sobre las ventas. 851

SOLIDARIDAD

Ver: Responsabilidad extracontractual 625

SOCIEDADES. LIQUIDACION. APROBACION POR LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Ver: Vía gubernativa. Agotamiento. 393

SUPERINTENDENCIA BANCARIA. AUDITAJE FORZOSO A LAS ENTIDADES SUJETAS A SU VIGILANCIA

(Suspensión provisional). Con relación al artículo 120, numeral 15 de la Constitución Nacional es claro el hecho de que someter a las entidades sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria a un auditaje forzoso por parte de empresas comerciales diferentes al Estado cuando es éste a través de sus funcionarios y de su propia organización administrativa, quien debe ejercer las funciones de inspección correspondientes; contraría abiertamente el sentido y el texto de la norma constitucional y por lo tanto lo previsto en los artículos acusados da lugar a estimar en forma objetiva que se viola flagrantemente el numeral 15 del artículo 120 de la Carta. Decrétase la suspensión provisional de los artículos 1o., 2o. y 4o. del Decreto 2786 de septiembre 24 de 1982.
(Auto de marzo 1o. de 1983. Sección Cuarta. Consejero sustanciador Dr. Bernardo Ortiz Amaya. Exp. 10.077. Actor: David Luna Bisbal. Suspensión provisional). 259

SUPRESION DE CARGOS

1. Consecuencias. 2. Derecho de preferencia. 3. ¿Cuándo opera?
(Sentencia de julio 15 de 1981. Sección Segunda. Consejero ponente: Dra. Aydée Anzola Linares. Exp. 2.954, 3.991, 3.845 y 4.505. Actor: Ligia Cepeda de M. y otros) 436

SUSPENSION COLECTIVA DEL TRABAJO. MAYORIA QUE VOTA LA DECISION

(Artículo 31 del Decreto 2351 de 1965 que subrogó el artículo 444 del C. S. del T.). Como el texto del artículo 444 del Código es claro y no permite interpretaciones ni exclusiones que no están contenidas en su texto, por "trabajadores de la empresa", deben entenderse todos aún los de "dirección, confianza y manejo".
(Sentencia de junio 1o. de 1983. Sección Segunda. Ponente: Dr. Ignacio Reyes Posada. Exp. 1.924. Actor: Sindicato de Industrias Metalúrgicas de Colombia "Sintramecol". Resoluciones ministeriales). 289

SUSPENSION DEL PROCESO

El C.C.A. no contiene norma alguna en relación con la suspensión del proceso, por lo cual son aplicables las del procedimiento civil; pero ninguno de los eventos previstos en la legislación procesal civil se identifican ni remotamente con el de la revocación directa.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de 29 de abril de 1983. Consejero ponente: Dr. Carmelo Martínez Conn. Exp. 9.525. Actor: La Nación c/. San José de Nima Ltda.). 931

T

TERMINOS. DIAS HABILES E INHABILES

Por regla general los sábados son días hábiles, pero si la administración ha dictado alguna norma general que considera inhábiles los sábados éstos no pueden contarse en los términos de la ejecutoria.
(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de abril 29 de 1983. Consejero ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Exp. 10.174. Actor: Arango Jaramillo y Cía. Ltda.). 874

V

VACACIONES

Decreto 3135 de 1968. Decreto 546/71. Decreto-ley 777 de 1978. Régimen prestacional en empleados públicos y trabajadores oficiales. SALARIO. ¿Qué constituye factores de salario?
(Concepto de 14 de diciembre de 1978. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Dr. Jaime Betancur Cuartas. Radicación 1.255. Consultas del Gobierno. Formulada por Mintrabajo. Autorizada su publicación enero/83. Ley 11 de 1975). 12

VIA GUBERNATIVA. AGOTAMIENTO

En materia de impuestos y contribuciones a nivel nacional, departamental y municipal: Se agota la vía gubernativa por el pronunciamiento expreso de la administración sobre los recursos contemplados en la ley, ordenanza o acuerdo.
(Sentencia de abril 15 de 1983. Sección Cuarta. Consejero ponente: Dr. Carmelo Martínez Conn. Exp. 7.204. Actor: María Stella del Castillo Solano. Revisión de impuestos). 881

VIA GUBERNATIVA. AGOTAMIENTO

Formas de agotamiento. Artículo 18 del Decreto 2733 de 1959. SOCIEDADES. LIQUIDACION. APROBACION POR LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES (279 C. de Co.).

1. La aprobación que la Superintendencia de Sociedades debe darle a la liquidación de una sociedad sometida a su vigilancia no es automática. Razones por las cuales no es automático. 2. Verificación de la liquidación. 3. La intervención de la Superintendencia de Sociedades se hace en ejercicio de sus atribuciones de inspección y vigilancia. Objeto. (266 C. de Co.). SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Inspección y vigilancia en la liquidación de sociedades.
(Sentencia de abril 8 de 1983. Sección Primera. Consejero ponente: Dr. Jacobo Pérez Escobar. Exp. 3.924. Actor: José María Martínez Cárdenas. Autoridades administrativas de orden nacional). 393

VIA GUBERNATIVA. AGOTAMIENTO. PRUEBA

La prueba del agotamiento de la vía gubernativa no requiere hacerlo mediante la presentación de un documento debidamente autenticado que acredite la actuación del interesado.

(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de febrero 9 de 1983. Consejero ponente: Dra. Aydée Anzola Linares. Exp. 8.159. Actor: Esteban Arango Lemus). 1185

VIA GUBERNATIVA. EN JUICIOS ELECTORALES

En estos juicios no se exige el agotamiento de la vía gubernativa. Debe aclararse sí, que cuando se hace uso de los reclamos contemplados en el artículo 134 de la Ley 28 de 1979, deberá esperarse la decisión de éstos, porque de lo contrario, se presentaría una petición antes de tiempo. El acto sujeto a un reclamo aún no decidido, apenas está en vía de expedición. PRINCIPIO DE LA CONGRUENCIA. Consiste en que la sentencia deberá estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda. JURISDICCION ROGADA. Es la de lo Contencioso Administrativo. REFORMATIO IN PEJUS. La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante. ELECTORALES. ACTAS DE ESCRUTINIO. Firma de los cuatro ejemplares. El artículo 152 de la Ley 28 de 1979 erige en causal de nulidad lo siguiente: "... 6o. Cuando los ejemplares de las actas de escrutinio de los jurados de votación estén formados por menos de tres de éstos". Da a entender la norma que la causal se configura no cuando alguno o algunos de los actos presente menos de 3 formas sino cuando todos tengan la misma informalidad. Carga de la prueba.

(Sentencia de febrero 18 de 1983. Sección Tercera. Consejero ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 982. Actor: Diógenes Armando Pino Avila. Electorales). 989

INDICE GENERAL

PRIMERA PARTE

FUNCION CONSULTIVA

CAPITULO UNICO

CONSULTAS DEL GOBIERNO

Justicia. Consulta relacionada con la prima de antigüedad de Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público. Concepto de Consejero ponente: Dr. Jaime Betancur Cuartas. Rad. 1244. por el señor Ministro de Justicia. 7

de Trabajo y Seguridad Social. Consulta relacionada con los tes del salario y el régimen prestacional de los empleados pú- Oficiales. Concepto de diciembre 14 de 1978. Consejero po- ancur Cuartas. Rad. 1255. Consulta formulada por el señor y Seguridad Social. 12

de **Salud.** Consulta relacionada con los empleados del Insfopal; Gerente. Concepto de 16 de noviembre de 1982. Sala de Consul- Consejero ponente: Dr. Osvaldo Abello Noguera. Rad. 1783. da por el señor Ministro de Salud. 18

rio de **Educación.** Consulta relacionada con la aplicación del decre- el 179 de 1982. Concepto de 9 de diciembre de 1982. Sala de icio Civil. Consejero ponente: Dr. Osvaldo Abello Noguera. Rad. formulada por el señor Ministro de Educación Nacional. 22

erio de **Agricultura.** Consulta relacionada con los baldíos; los recur- novables, la expropiación de áreas de parques nacionales. Concepto ro de 1983. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: ancur Cuartas. Rad. 1837. Consulta formulada por el señor Ministro 24

sterio de **Desarrollo Económico.** Consulta sobre impuesto de indus- io y el estímulo tributario a las exportaciones. Aplicación. Concepto de 1983. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Dr. tora Osejo. Rad. 1830. Consulta formulada por el señor Ministro de conómico. 27

nisterio de **Comunicaciones.** Consulta relacionada con la Ley 51 de 1965 la profesión del periodista. Concepto de marzo 17 de 1983. Sala de Servicio Civil. Consejero ponente: Dr. Jaime Betancur Cuartas. Rad. sulta formulada por el señor Ministro de Comunicaciones. 31

inisterio de **Trabajo y Seguridad Social.** Consulta relacionada con la afi- l Sena al Instituto de los Seguros Sociales. Concepto de 18 de marzo de a de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Dr. Osvaldo Abello Rad. 1828. Consulta formulada por el señor Ministro de Trabajo y Segu- cial. 33

INDICE GENERAL

PRIMERA PARTE

FUNCION CONSULTIVA

CAPITULO UNICO

CONSULTAS DEL GOBIERNO

1. Ministerio de Justicia. Consulta relacionada con la prima de antigüedad de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público. Concepto de octubre 26 de 1978. Consejero ponente: Dr. Jaime Betancur Cuartas. Rad. 1244. Consulta formulada por el señor Ministro de Justicia. 7

2. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Consulta relacionada con los factores determinantes del salario y el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales. Concepto de diciembre 14 de 1978. Consejero ponente: Dr. Jaime Betancur Cuartas. Rad. 1255. Consulta formulada por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social. 12

3. Ministerio de Salud. Consulta relacionada con los empleados del Insfopal; requisitos para ser gerente. Concepto de 16 de noviembre de 1982. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Dr. Osvaldo Abello Noguera. Rad. 1783. Consulta formulada por el señor Ministro de Salud. 18

4. Ministerio de Educación. Consulta relacionada con la aplicación del decreto 423 de 1982 y el 179 de 1982. Concepto de 9 de diciembre de 1982. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Dr. Osvaldo Abello Noguera. Rad. 1806. Consulta formulada por el señor Ministro de Educación Nacional. 22

5. Ministerio de Agricultura. Consulta relacionada con los baldíos; los recursos naturales renovables, la expropiación de áreas de parques nacionales. Concepto de 21 de febrero de 1983. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Dr. Jaime Betancur Cuartas. Rad. 1837. Consulta formulada por el señor Ministro de Agricultura. 24

6. Ministerio de Desarrollo Económico. Consulta sobre impuesto de industria y comercio y el estímulo tributario a las exportaciones. Aplicación. Concepto de marzo 1o. de 1983. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Dr. Humberto Mora Osejo. Rad. 1830. Consulta formulada por el señor Ministro de Desarrollo Económico. 27

7. Ministerio de Comunicaciones. Consulta relacionada con la Ley 51 de 1965 que regula la profesión del periodista. Concepto de marzo 17 de 1983. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Dr. Jaime Betancur Cuartas. Rad. 1842. Consulta formulada por el señor Ministro de Comunicaciones. 31

8. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Consulta relacionada con la afiliación del Sena al Instituto de los Seguros Sociales. Concepto de 18 de marzo de 1983. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Dr. Osvaldo Abello Noguera. Rad. 1828. Consulta formulada por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social. 33

9. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Consulta relacionada con la facultad del Consejo Directivo de Prosocial para establecer aumentos salariales y prestacionales así como para crear prestaciones sociales a favor de los empleados públicos de dicha entidad. Concepto de 22 de marzo de 1983. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Dr. Humberto Mora Osejo. Rad. 1826. Consulta formulada por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social.. 39

10. Departamento Administrativo del Servicio Civil. Consulta relacionada con la naturaleza jurídica de los Hospitales de Agua de Dios y de Contratación. Concepto de 25 de marzo de 1983. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Dr. Jaime Betancur Cuartas. Rad. 1848. Consulta formulada por el señor Ministro Departamento Administrativo del Servicio Civil. 42

11. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Consulta relacionada con la interpretación del término "funcionario público". Concepto de 28 de abril de 1983. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Dr. Osvaldo Abello Noguera. Rad. 1847. Consulta formulada por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social 45

12. Ministerio de Salud. Consulta relacionada con los permisos sindicales, en los establecimientos públicos del orden nacional. Concepto de 25 de mayo de 1983. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Dr. Osvaldo Abello Noguera. Rad. 1891. Consulta formulada por el señor Ministro de Salud. 49

13. Departamento Administrativo del Servicio Civil. Consulta relacionada con los permisos remunerados a los funcionarios de la Rama Ejecutiva. Concepto de 30 de mayo de 1983. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Dr. Jaime Paredes Tamayo. Rad. 1881. Consulta formulada por el Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil. 50

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

Título I

Orden Nacional

CAPITULO I

DECRETOS DEL GOBIERNO

1. Decreto Reglamentario. Acción de nulidad contra el art. 4o. del Decreto 1275 de 1970 expedido por el señor Presidente de la República. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 10/83. Consejero ponente: Dr. Jorge Dangond Flores. Con salvamento de voto del Dr. Jorge Valencia Arango. Exp. 3285. Actor: María Aurora Mejía Novoa. 61

2. Decreto Reglamentario. Acción de nulidad contra el inciso 5o. del artículo 5o. del Decreto 2595 de 1979 expedido por el señor Presidente de la República. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de febrero 25 de 1983. Consejero ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Exp. 7833. Actor: Diego Alberto Muriel Tobón. 71

3. Decreto Reglamentario. Acción de nulidad contra los numerales 3o. y 4o. del art. 6o. del Decreto 1848/69. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de febrero 21/83. Consejero ponente: Dra. Aydée Anzola Linares. Exp. 5758. Actora: Leila Bustamante Osorio.. 79

4.Decreto Reglamentario. Acción de nulidad contra el numeral a) del artículo 1o. y los artículos 2o., 6o., 8o. y 9o. inciso 2o. del Decreto 3211 de 1979, y la nulidad del art. 1o. del Decreto 727/80. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de marzo 11/83. Consejero ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Rad. 9937. Actor: Isidoro Arévalo Buitrago. 81

5. Decreto Ejecutivo. Acción de plena jurisdicción contra el Decreto 1771 de 1979 expedido por el Gobierno Nacional. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 28 de abril/83. Consejero ponente: Dr. Ignacio Reyes Posada. Exp. 4030. Actor Josué Franco Mendoza.. 88

6. Decreto Reglamentario. Acción de nulidad contra el art. 23 del Decreto Reglamentario 1361 de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 29 de abril de 1983. Consejero ponente: Dr. Bernardo Ortiz Amaya. Exp. 6546. Actor: Policarpo Castillo Dávila. Con aclaración de voto del Dr. Enrique Low Murtra. 93

7. Decreto Reglamentario. Acción de nulidad contra el artículo 6o. del Decreto 1155/80. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 29/83. Consejero ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Con salvamento de voto del Dr. Jorge Valencia Arango. Exp. 3413. Actor: Duclas Velásquez Jácome. 98

8. Decreto Ejecutivo. Acción de nulidad contra el Decreto 2461/80, por el cual se dictan normas sobre corporaciones financieras. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de mayo 9/83. Consejero ponente: Dr. Roberto Suárez Franco. Exp. 3920. Actor: Gustavo Salazar Tapiero 207

9. Decreto Reglamentario. Acción de nulidad contra el art. 14 del Decreto Reglamentario 965 de 1982. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de mayo 20/83. Consejero ponente: Dr. Roberto Suárez Franco. Exp. 3972. Actor: Gloria Eugenia Toro Monsalve.. 216

10. Decreto del Gobierno. Acción de nulidad contra los artículos 1 al 7 del Decreto 3604 de 1981. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 19 de mayo de 1983. Consejero ponente: Dr. Samuel Buitrago Hurtado. Exp. 4022. Actor: Francisco Zuleta Holguín. 221

11. Decreto del Gobierno. Acción de nulidad contra el art. 5o. del Decreto 3604 de 1981. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 20 de mayo de 1983. Consejero ponente: Dr. Mario Enrique Pérez. Exp. 3970. Actor: Fabio Leiva Medina.. 232

12. Decreto Ejecutivo. Acción de plena jurisdicción contra el Decreto número 176/75. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de mayo 20/83. Consejero ponente: Dr. Joaquín Vanín Tello. Exp. 6663. Actor: Francisco Quevedo Monroy. 242

CAPITULO II

SUSPENSIONES PROVISIONALES

DECRETOS DEL GOBIERNO

1. Decreto Reglamentario. Acción de nulidad de algunas frases incorporadas en el art. 2o. del Decreto 3819/82. Suspéndese provisionalmente las siguientes frases del art. 2o. del Decreto 3819/82: A "y pagos constitutivos de salario en exceso de las prestaciones sociales mínimas a que se refiere el Código Sustantivo del Trabajo". B "Respecto de los pagos constitutivos de salario en exceso de las prestaciones sociales. Ordinal 3o. "Se toma la totalidad de los ingresos laborales gravables". Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de febrero 12 de 1983. Exp. 10.192. Actor: Héctor Gallego Osorio.. 253

2. Decreto del Gobierno. Acción de nulidad contra los arts. 1o., 2o. y 4o. del Decreto 2786 de septiembre 24/82. Decrétase la suspensión provisional de los artículos 1o., 2o. y 4o. del mencionado decreto. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de marzo 1/83. Consejero ponente: Dr. Bernardo Ortiz Amaya. Exp. 10.077. Actor: David Luna Bisbal. 259

CAPITULO III

RESOLUCIONES MINISTERIALES Y

OTROS ACTOS DE LOS MINISTROS

1. Ministerio de Obras Públicas. Acción de nulidad de la regla norma o precepto general originario del Ministerio de Obras Públicas de agosto 13 de 1981. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 15 de febrero de 1983. Consejero Ponente: Dr. Jacobo Pérez Escobar. Exp. 3762. Actor: Alberto Osorio Arrieta. 263

2. Ministerio de Justicia. Acción de plena jurisdicción contra la resolución No. 5533 de 1975 del Ministerio de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 22 de febrero de 1983. Consejero ponente: Dr. Ignacio Reyes Posada. Exp. 6755. Actor: Luis Alfonso Giraldo Marín. 276

3. Ministerio de Defensa Nacional. Acción de plena jurisdicción contra el art. 2o. de la Resolución número 6513 de 1978. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 9 de marzo de 1983. Consejero ponente: Dr. Joaquín Vanín Tello. Exp. 6532. Actor Elsa María Ramírez de Vélez. 281

4. Ministerio de Justicia. Acción de plena jurisdicción contra las resoluciones Nos. 5146 y 6334 de 1978 expedidas por el señor Ministro de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 6 de mayo de 1983. Consejero ponente: Dr. Joaquín Vanín Tello. Exp. 7830. Actor: Luis Alberto Guerra. 284

5. Ministerio de Trabajo. Acción de plena jurisdicción contra la resolución No. 1072 de marzo 30 de 1977 proferida por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 1o.

de junio de 1983. Consejero ponente: Dr. Ignacio Reyes Posada. Exp. 1924. Actor: Sindicato de Industrias Metalúrgicas de Colombia. 289

6. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Acción de plena jurisdicción contra la resolución número 12401 de septiembre 14/78 proferida por el Ministro de Hacienda y Crédito Público. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 14 de junio de 1983. Consejero ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez. Exp. 5968. Actor Lucía Orjuela de Moncayo. 296

7. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Acción de plena jurisdicción contra la resolución número 000863 de 1978 emanada del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 15 de junio de 1983. Consejero ponente: Dr. Ignacio Reyes Posada. Exp. 3024. Actor: Sindicato Nacional de Trabajadores Alcon. 300

8. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Acción de nulidad contra la Circular expedida el 7 de diciembre de 1979 por el Director General de la Seguridad Social del Ministerio de Trabajo. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 20 de abril de 1983. Consejero ponente: Dr. Joaquín Vanín Tello. Exp. 6273. Actor: Asociación Nacional de Pensionados Ferroviarios. . . 307

CAPITULO IV

RESOLUCIONES Y ACTOS DE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DE ORDEN NACIONAL

1. Superintendencia Nacional de Cooperativas. Acción de plena jurisdicción contra la Resolución No. 2640 de 1980, expedida por el Superintendente Nacional de Cooperativas. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de enero 19 de 1983. Consejero ponente: Dr. Roberto Suárez Franco. Exp. 4025. Actor: Guillermo Blanco y otros. 312

2. Incora. Acción de plena jurisdicción contra la Resolución No. 0605 de 25 de octubre de 1976 expedida por el Incora. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de enero 24 de 1983. Consejero ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 3122. Actor: Alirio Enrique Baute R. 316

3. Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte. Acción de nulidad contra la Resolución número 0642 de 1970. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de enero 27 de 1983. Consejero ponente: Dr. Roberto Suárez Franco. Exp. 3726. Actor: Jaime Ramírez Martínez. 322

4. Superintendencia Nacional de Cooperativas. Acción de nulidad contra la resolución No. 1249/72 expedida por el Superintendente Nacional de Cooperativas. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 28 de enero de 1973. Consejero ponente: Dr. Jacobo Pérez Escobar. Exp. 3940. Actor: Fernando Arturo Vallejo. 326

5. Dirección General de Impuestos Nacionales. Acción de nulidad contra el concepto No. 29 de mayo 6 de 1980 proferido por la Subdirección jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de enero 28 de 1983. Consejero ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Exp. 8562. Actor: Jesús Vallejo Mejía. 331

Consejera ponente: Dra. Aydée Anzola Linares. Exp. Nos. 2954, 3991, 3845 y 4505. Actor; Lidia Cepeda de Muñoz y otros. 436

25. Caja Nacional de Previsión Social. Acción de plena jurisdicción contra la Resolución No. 0291 de enero 28/81 dictada por la Caja Nacional de Previsión Social. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de mayo 31 de 1983. Consejero ponente: Dr. Joaquín Vanín Tello. Exp. 5671. Actor: Caja Nacional de Previsión Social. 442

26. Sena. Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones Nos. 138 y 744 de 1979 expedidas ambas por el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 3 de junio de 1983. Consejero ponente: Dr. Jacobo Pérez Escobar. Exp. 3256. Actor: Caja de Compensación Familiar Regional del Meta Cofrem. 452

27. Contraloría General de la República. Acción de plena jurisdicción contra la Resolución 01858 de 1978 originaria de la Contraloría General de la República. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 4 de junio de 1983. Consejero ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez. Exp. 6513. Actor: Luis Ignacio Rosas García. 463

28. Caprecom. Acción de plena jurisdicción tendiente a obtener el reconocimiento del silencio administrativo negativo por parte de Caprecom al negarse a reliquidar una pensión de jubilación. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez. Exp. 6388. Actor: Miguel Angel Ramírez Lozano. 465

29. Club Militar. Acción de plena jurisdicción contra el Acta de la Junta Directiva del Club Militar en la cual se decidió la no admisión del Mayor Héctor José Mayorga en calidad de socio efectivo. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Dr. Joaquín Vanín Tello. Sentencia de 24 de junio de 1983. Exp. 6906. Actor: Héctor José Mayorga. 468

CAPITULO V

SUSPENSION PROVISIONAL DE ACTOS DEL ORDEN NACIONAL

1. Caja Nacional de Previsión Social. Suspensión provisional de la Resolución 02480 de marzo de 1981 dictada por el Subdirector de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de 2 de febrero de 1983. Consejero ponente: Dr. Ignacio Reyes Posada. Exp. 8110. Actor: Caja Nacional de Previsión Social. 472

2. Dirección General de Impuestos Nacionales. Suspensión provisional de la Instrucción 003 de enero de 1981 de la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de 4 de abril de 1983. Consejero ponente: Dr. Gustavo Humberto Rodríguez. Exp. 9993. Actor: Alejandro Páez Murillo 474

CAPITULO VI

ACTOS DE AUTORIDADES NO ADMINISTRATIVAS

DEL ORDEN NACIONAL

1. Juzgado Laboral del Circuito de Neiva. Acción de plena jurisdicción contra el Decreto 001 de septiembre de 1981 del Juzgado Laboral del Circuito de Neiva. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de abril 15 de 1983. Consejera ponente: Dra. Aydée Anzola Linares. Exp. 8239. Actora: Mercedes Jiménez Rojas. 477

Título II

Orden Departamental

CAPITULO I

ACTOS DE LOS GOBERNADORES

1. Gobernación de Antioquia. Acción de plena jurisdicción contra la resolución No. 008242 de enero de 1975 expedida por la Gobernación del Departamento de Antioquia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 27 de enero de 1983. Consejero ponente: Dr. Mario Enrique Pérez. Exp. 3284. Actor: Gabriel Lalinde. 482

2. Gobernación del Valle del Cauca. Acción de plena jurisdicción contra la resolución No. 2165 de 1972 dictada por la Gobernación del Departamento del Valle. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de febrero 16 de 1983. Consejero ponente: Dr. Roberto Suárez Franco. Con salvamento de voto del Dr. Mario Enrique Pérez. Exp. 3325. Actor: Eugenia Clemencia Varela y otros. 499

3. Gobernación del Norte de Santander. Acción de nulidad de las Resoluciones números 107 y 001 de enero 11 y febrero 2 de 1982 dictadas por la Gobernación de Norte de Santander. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 25 de mayo de 1983. Consejero ponente: Dr. Samuel Buitrago Hurtado. Exp. 4050. Actor: Corporación Nuevo Cúcuta Deportivo. 514

CAPITULO II

ACTOS DE LAS ASAMBLEAS

1. Asamblea Departamental del Meta. Acción de nulidad contra la ordenanza 014 de 1976 y art. 1o. de la Ordenanza 004 de 1978 expedida por la Asamblea Departamental del Meta. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 26 de enero de 1983. Consejero ponente: Dr. Joaquín Vanín Tello. Exp. 6261. Actor: Jairo Restrepo Angel. 517

2. Asamblea Departamental de Antioquia. Acción de nulidad contra la Ordenanza 34 de 1980 expedida por la Asamblea Departamental de Antioquia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 28 de febrero de 1983. Consejero ponente: Dr. Samuel Buitrago Hurtado. Con aclaración de voto

del Dr. Roberto Suárez Franco. Exp. 3938. Actor: Alvaro Vanegas Montoya y otros. 521

3. Asamblea Risaralda. Acción de nulidad contra la ordenanza No. 27 de diciembre 13/79 expedida por dicha Asamblea. Sentencia de junio 1o./83. Sección Primera. Ponente: Dr. Samuel Buitrago. Exp. 4070. Actor: Luis Guillermo Cardona y otros . . . . . .

CAPITULO III

ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN DEPARTAMENTAL

1. Servicio Seccional de Salud del Chocó. Acción de plena jurisdicción contra la Resolución 0545 de 1980, del Servicio Seccional de Salud del Chocó. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Providencia de 20 de enero de 1983. Consejero ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez. Exp. 5493. Actor: Carlos Piñeros Fuentes. 533

2. Hospital del Chocó. Acción de plena jurisdicción contra la Resolución 200 de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 29 de enero de 1983. Consejero ponente: Dr. Joaquín Vanín Tello. Exp. 6747. Actor: Caridad Pérez M. 537

3. Servicio Seccional de Salud de Antioquia. Acción de plena jurisdicción contra los Actos proferidos por el Jefe del Servicio Seccional de Salud de Antioquia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 4 de marzo de 1983. Consejero ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez. Exp. 6172. Actor: Gabriela Ramírez Martínez de Vélez. 540

4. Universidad Tecnológica del Chocó. Acción de plena jurisdicción contra la Resolución No. 0159 de 21 de mayo de 1979 originaria de la Rectoría de la Universidad Tecnológica del Chocó. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 16 de marzo de 1983. Consejero ponente: Dr. Joaquín Vanín Tello. Exp. 3898. Actor: Luis Augusto Córdoba. 542

Título III

Orden Municipal

CAPITULO I

ACTOS DE LOS ALCALDES

1. Alcalde Municipal de Medellín. Acción de nulidad contra el Decreto No. 060 de 1977 expedido por el Alcalde Municipal de Medellín. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 18 de febrero de 1983. Consejero ponente: Dr. Mario Enrique Pérez. Exp. 3915. Actor: Ramiro Valencia Cossio. 546

2. Alcalde Municipal de Medellín. Acción de nulidad contra el art. 1o. del Decreto 614 de 1979 dictada por el señor Alcalde del Municipio de Medellín. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 5 de abril de 1983. Consejero ponente: Dr. Jacobo Pérez Escobar. Exp. 4005. Actor: Santiago Uribe y otros. 551

3. Alcaldía Mayor de Bogotá. Acción de nulidad contra los arts. 5o. y 6o. del Decreto 1640 de 1982 expedido por el Alcalde Mayor de Bogotá. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de 28 de junio de 1983. Consejero ponente: Dr. Jacobo Pérez Escobar. Exp. 4367. Actor: Francisco Zuleta. . . 559

CAPITULO II

ACUERDOS DE LOS CONCEJOS

1. Concejo Municipal de Bucaramanga. Acción de nulidad contra el art. 35 y 85 del Acuerdo No. 29 de 1974 emanado del Concejo Municipal de Bucaramanga. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de 8 de junio de 1983. Consejero ponente: Dr. Gustavo Humberto Rodríguez. Exp. 9594. Actor: Alfonso Gómez Castaño. 564

CAPITULO III

ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN MUNICIPAL

1. Tesorería Municipal de Quibdó. Acción de plena jurisdicción contra la Resolución 045 de 1982 emanada de la Tesorería Municipal del Quibdó. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 20 de junio de 1983. Consejero ponente: Dr. Joaquín Vanín Tello. Exp. 8527. Actor: Detsy del Carmen Valoyes Hurtado. 567

Título IV

Indemnizaciones

CAPITULO I

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

1. Responsabilidad de la Nación por las lesiones corporales sufridas por el señor José Orlando Narváez Tapias a manos del Agente de la Policía en servicio señor Jorge Emilio Torres. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 22 de noviembre de 1982. Consejero ponente: Dr. Eduardo Suescún Monroy. Exp. 2622. Actor: Dioselina Hernández de Narváez. 573

2. Responsabilidad del Departamento de Antioquia por los daños ocasionados a un vehículo de servicio público afiliado a Taxi Social por el carro de servicio oficial del Departamento de Antioquia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de enero 20 de 1983. Consejero ponente: Dr. Jorge Dangond Flores. Con salvamento de voto del Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 3398. Actor: Miguel Angel Molina. 585

3. Responsabilidad de la Nación por los perjuicios causados al señor Pompilio Rengifo por descuidos omisiones, negligencia deficiencias o demoras en la labor de vigilancia que corresponde a la Policía Nacional y que diere lugar a que se llevara a cabo por estudiantes de la Universidad del Valle el incendio del bus de propiedad del señor Rengifo. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tecera. Sentencia de 17 de febrero de 1983. Consejero ponente: Dr. Eduardo Suescún. Exp. 2771. Actor: Pompilio Rengifo. 590

4. Responsabilidad de la Nación por los perjuicios causados a los demandantes por la muerte del doctor Efraín Córdoba Castilla Presidente del Tribunal Supe-

rior del Distrito Judicial de Valledupar. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 24 de 1983. Consejero ponente: Dr. Jorge Valencia Arango. Con salvamento de voto del Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 3331. Actor: Ligia Calderón de Córdoba..... 596

5. Responsabilidad del Intra por los perjuicios causados a los demandantes con motivo de la muerte de José Saúl Pulido Reyes como consecuencia de la negligencia y falla del servicio atribuido a los Agentes al servicio de dicha entidad. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 24 de febrero de 1983. Consejero ponente: Dr. Eduardo Suescún Monroy. Con salvamento de voto del Dr. Jorge Valencia Arango. Exp. 1984, 1986 y 1588. Actor: Longeda Márquez vda. de Pulido y otros 611

6. Responsabilidad de la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público División General de Aduanas, por los perjuicios ocasionados por la retención de un vehículo de explotación comercial de propiedad del demandante. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 28 de abril de 1983. Consejero ponente: Dr. Jorge Valencia Arango. Exp. 2976. Acor: Antonio María Robayo Murcia. 628

7. Responsabilidad de la Nación-Policía Nacional- por los perjuicios causados por la muerte de José Emilio Hernández Almario ocurrida en Sincelejo Sucre. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 28 de 1983. Consejero ponente: Dr. Jorge Valencia Arango. Exp. 3237. Actor: Marco Tulio Hernández 635

8. Responsabilidad de la Nación —Policía Nacional— por los perjuicios ocasionados por la muerte de la menor Aura Elena Rodríguez causada por un Agente de la Policía. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 29 de 1983. Consejero ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 3258. Actor: Oscar Rodríguez Rico. 640

9. Responsabilidad de la Nación —Ministerio de Defensa Nacional— por los daños y perjuicios causados a los demandantes por la muerte del señor Gonzálo Jiménez Quiroz a manos de miembros del Ejército Colombiano. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 22 de 1983. Consejero ponente: Dr. Jorge Valencia Arango. Exp. 2980. Actor: Rosa Elena Londoño Marín..... 644

10. Responsabilidad de la Nación —Ministerio de Defensa— por los perjuicios ocasionados a los demandantes por la muerte de Carlos Jairo Guatavita García a raíz de los disparos que le hizo por la espalda un miembro de la Policía Militar. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de mayo 19 de 1983. Consejero ponente: Dr. Eduardo Suescún Monroy. Con salvamento de voto del Dr. Jorge Dangond Flores. Exp. 2603. Actor: Carlos Julio Guatavita García... 654

CAPITULO II

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

1. Incumplimiento del Contrato 150 de 1979 celebrado entre Electrificadora de Bolívar y Eléctricas de Medellín. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de marzo 10 de 1983. Consejero ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 3397. Actor: Eléctricas de Medellín Ltda..... 663

2. Ministerio de Salud. Acción de plena jurisdicción contra la Resolución 5886 de 1980 mediante la cual el señor Ministro de Salud declaró la caducidad del contrato celebrado entre el Ministerio de Salud y Rafael Antonio Hidalgo como propietario de la fábrica Rahidu. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 28 de 1983. Consejero ponente: Dr. Jorge Valencia Arango. Exp. 3143. Actor: Confecciones Rahidu. 667

Título V

Contratos Administrativos
Licitación

1. Junta de Valorización Municipal de Caldas. Acción de plena jurisdicción contra la Resolución No. 059 de marzo 30 de 1979 expedida por la Junta de Valorización Municipal de Caldas por la cual se adjudicó la licitación pública número DT-01. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de junio 20 de 1983. Consejero ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 3355. Actor: Narqui Ltda. 676

Título VI

Juicios electorales

1. Electoral demanda. Admisión. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de 14 de enero de 1983. Consejero ponente: Dr. Jacobo Pérez Escobar. Exp. 991. Actor: Georgina Ayala de Cabra. 685

2. Elección de Diputados, para la Asamblea del Departamento del Cesar. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 18 de 1983. Consejero ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 982. Actor: Diógenes Armando Pino Avila. 686

3. Elección de Senador de la República por falta de los requisitos adquiridos por la Constitución Nacional. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de marzo 3 de 1983. Consejero ponente: Dr. Jorge Valencia Arango. Exp. 869. Actor: Gregorio Becerra Becerra. 692

4. Nulidad de los actos de nombramientos de Intendentes y Comisarios contenida en el Decreto 2968/82, y del Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Estadística Dane contenida en el Decreto 3026 de octubre de 1982. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de 4 de marzo de 1983. Consejero ponente: Dr. Gustavo Humberto Rodríguez. Exp. 981. Actor: Jaime Angulo Bosa. 702

5. Nulidad del nombramiento del doctor Hernán Palacio Jaramillo como Gobernador del Departamento del Quindío. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de marzo 24 de 1983. Consejero ponente: Dr. Jorge Valencia Arango. Exp. 959. Actor: José Jesús Laverde Ospina. 703

6. Nulidad de la elección de Senadores por la circunscripción electoral del Magdalena pero únicamente en cuanto el Acuerdo 16 de 1982 declara la elección de Senadores. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 20 de abril de 1983. Consejero ponente: Dr. Samuel Buitrago Hurtado. Exp. 933, 936, 937, 938. Actor: José Ignacio Vives Echevarría y otros. 712

7. Demanda Electoral. Inadmisión. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de abril 26 de 1983. Consejero ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 995. Actor: Eriberto Ahumada Pacheco. 772

8. Nulidad de la elección de parte de los miembros de la Mesa del Concejo Municipal de Guayatá. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de abril 29 de 1983. Consejero ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Exp. 1007. Actor: Rafael Alirio Morales Ruiz. 773

9. Nulidad del Decreto 1174 de 1982 dictado por la Junta Administradora del Fondo Educativo Regional de Bogotá. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Providencia de mayo 6 de 1983. Consejero ponente: Dr. Jacobo Pérez Escobar. Exp. 991. Actor: Georgina Ayala de Cabra. 779

10. Electorales. Desistimiento. Coadyuvancia e impugnación. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de mayo 13 de 1983. Consejero ponente: Dr. Jorge Valencia Arango. Exp. 1106. Actor Hugo Escobar Sierra. 786

11. Nulidad contra el Acto de nombramiento del Dr. Nelson Daniel Valencia como Alcalde Especial de Florencia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de mayo 19 de 1983. Consejero ponente: Dr. Jorge Valencia Arango. Exp. 1018. Actor: César Duque Villegas. 787

12. Nulidad de la elección de los Concejales del Municipio de Villavicencio para el período 1982-1984. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de mayo 17 de 1983. Consejero ponente: Dr. Jorge Dangond Flores. Exp. 11001. Actor: José Guillermo Contreras Gacharná y otros. Con salvamentos de voto de los doctores Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn, Joaquín Vanín Tello, Jorge Valencia Arango. 793

13. Electoral. Auto admisorio de la demanda. Notificación. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de 8 de junio de 1983. Consejero ponente Dr. Enrique Low Murtra. Rad. 1015. Actor: José Manuel Pardo Acosta. . . 814

14. Electoral. Demanda. Copia del auto acusado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de junio 8 de 1983. Consejero ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Exp. 1020. Actor: Gilberto Ochoa y otro 816

15. Nulidad de la elección del Personero y Contralor Municipal del Guamo. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 16 de junio de 1983. Consjero ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez. Exp. 977. Actor: Luis Angel Martínez Sendoya. 818

Título VII

Revisión de impuestos

CAPITULO I

APELACIONES

1. Apelación de la sentencia del 7 de mayo de 1977 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se revisó la operación administrativa que determinó el tributo sobre la renta y complementarios por el año de 1970 de-

terminada a Chevron Petroleum Company Of Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 11 de febrero de 1983. Consejero ponente: Dr. Gustavo Humberto Rodríguez. Exp. 4929.. 821

2. Apelación de la sentencia del Tribunal de Santander sobre Impuesto de Renta por el año de 1974 determinada a Embotelladora de Santander S.A. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta. Sentencia de febrero 18 de 1983. Consejero ponente Dr. Enrique Low Murtra. Exp. 7402. 829

3. Apelación de la sentencia del Tribunal de Cundinamarca sobre Impuesto de Renta del año de 1973. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Exp. 7428. Actor: Sociedad Norwica Colombiana S.A. 845

4. Apelación de la sentencia del Tribunal de Antioquia sobre impuesto a las ventas. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de febrero 25 de 1983. Consejero ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Exp. 5847. Actor: Textiles Panamericanos S.A. 851

5. Apelación de la sentencia del Tribunal de Cundinamarca sobre impuesto de Renta por el año de 1972 determinado a la Sociedad Pavimentos Delta Ltda. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de marzo 18 de 1983. Consejero ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Exp. 6943. 867

6. Apelación del Auto del Tribunal de Caldas sobre impuesto de Renta por el año de 1978 determinado a Arango & Cía. Ltda. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de abril 29 de 1983. Consejero ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Rad. 10174. 874

7. Apelación de la sentencia del Tribunal de Santander sobre Impuesto de Renta por el año de 1974 determinado a la Sociedad Ladrillera de Bucaramanga S.A. Sala delo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de abril 8 de 1983. Consejero ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Exp. 7534 875

8. Apelación de la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca sobre impuesto de renta por el año fiscal de 1969 de la contribuyente María Stella del Castillo Solano. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 15 de abril de 1983. Consejero ponente: Dr. Carmelo Martínez Conn. Exp. 7204 881

9. Apelación de la sentencia del Tribunal de Cundinamarca sobre impuesto de Renta por el año de 1972 determinado a la sociedad Ottis Elevator Company. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de mayo 20 de 1983. Consejero ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Exp. 6985. 885

CAPITULO II

CONSULTAS

1. Consultas de la sentencia del Tribunal de Cundinamarca sobre impuesto a las ventas por el segundo bimestre de 1971 determinado a Ladrillera Santa Fe S.A. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de febrero 4 de 1983. Consejero ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Exp. 10.105 900

2. Consulta de la sentencia del Tribunal de Cundinamarca que determinó el impuesto de renta por el año fiscal de 1970, a Helicópteros Nacionales de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 4 de febrero de 1983. Consejero ponente: Dr. Carmelo Martínez Conn. Exp. 6891..... 907

3. Consulta de la sentencia del Tribunal de Cundinamarca sobre impuesto de renta por el año de 1975 determinado a G.T.E. Internacional. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de febrero 4 de 1983. Consejero ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Exp. 10.111..... 914

4. Consulta de la sentencia del Tribunal del Valle sobre impuesto de renta por el año de 1975 determinado a Belmonte Ltda. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de febrero 4 de 1983. Consejero ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Exp. 10.116..... 921

5. Consulta de la sentencia del Tribunal de Cundinamarca sobre impuesto de renta por el año de 1973 determinado a Amoniaco del Caribe S.A. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de junio 24 de 1983. Consejero ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Exp. 10.501..... 924

Título VIII

Juicios de Jurisdicción Coactiva

1. Juicio de jurisdicción coactiva adelantado por la Nación contra San José de Nima Ltda. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de 29 de abril de 1983. Consejero ponente: Dr. Carmelo Martínez Conn. Exp. 9525..... 931

2. Juicio de jurisdicción coactiva iniciado por el Fondo Vial Nacional contra Aseguradora Gran Colombiana S.A. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de abril 29 de 1983. Consejero ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Exp. 10.128..... 937

3. Juicio de jurisdicción coactiva instaurado por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria contra Sergio Gallego Rodríguez. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de 29 de abril de 1983. Consejero ponente: Dr. Gustavo Humberto Rodríguez. Exp. 8997..... 943

4. Juicio de Jurisdicción coactiva de la Nación contra Pavimentos Colombia Ltda. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de mayo 20 de 1983. Consejero ponente: Dr. Bernardo Ortiz Amaya. Exp. 10.338..... 951

5. Juicio de jurisdicción coactiva de la Nación contra Industrias Kaigar Ltda. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de mayo 20 de 1983. Consejero ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Exp. 10.107..... 958

Título IX

Recurso de Súplica

1. Recurso de súplica contra la sentencia de 6 de noviembre de 1982 dictada por la Sección Segunda. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de noviembre 19 de 1982. Consejero ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Con

salvamento de voto de los doctores: Ignacio Reyes Posada, Joaquín Vanín Tello. Exp. 10.862. Actor: Juan Michelis Wilhem y otra. 960

2. Recurso de Súplica contra la sentencia proferida por la Sección Tercera. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto de 3 de febrero de 1983. Consejero ponente: Dr. Joaquín Vanín Tello. Con salvamento de voto del Dr. Carlos Betancur Jaramillo y Jorge Dangond Flores. Exp. 10.867. Actor: Segundo Pérez. . 978

3. Recurso de súplica contra la sentencia de 14 de noviembre de 1980.y 16 de febrero de 1982 de la Sección Segunda. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 9 de noviembre de 1982. Consejero ponente: Dr. Carmelo Martínez Conn. Con salvamento de voto de los doctores Carlos Betancur Jaramillo, Eduardo Suescún Monroy, Mario Enrique Pérez, Gustavo Humberto Rodríguez. Exp. 10.759. Actor: Mario Valderrama Chaparro. 982

4. Recurso de súplica contra la sentencia de agosto 25 de 1982 proferida por la Sección Primera. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de abril 26 de 1983. Consejero ponente: Dr. Jorge Valencia Arango. Con aclaración de voto del Dr. Carlos Betancur Jaramillo, y salvamento de voto de los doctores Samuel Buitrago Hurtado, Jacobo Pérez Escobar, Roberto Suárez Franco y Alvaro Orejuela Gómez. Exp. 10948. Actor: Inversiones Margoth Moanak y Cía. S. en C. 1004

5. Recurso de súplica contra la sentencia de agosto 31 de 1981 proferida por la Sección Segunda. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto de mayo 18 de 1983. Consejero ponente: Dr. Roberto Suárez Franco. Exp. 10.847. Actor: Luis Gómez G. 1023

Título X

Empates, cambio e importancia de jurisprudencia

1. Por empate en la Sección Tercera la Sala Plena resuelve lo referente a las demandas contra el Decreto Reglamentario 1718 de 1977. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 7 de diciembre de 1982. Consejero ponente: Dr. Eduardo Suescún Monroy. Con salvamento de voto de los doctores Ignacio Reyes Posada, Roberto Suárez Franco, Jorge Dangond Flores, Jorge Valencia Arango y Carmelo Martínez Conn. Exp. 10.559. Actor: Carlos Didacio Alvarez y otros. 1027

2. Por empate de la Sección Tercera la Sala Plena resuelve el juicio promovido por el doctor Guillermo Benavides Melo para que se declare la nulidad de la Resolución 063 de 1976. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 25 de enero de 1983. Consejero ponente: Dr. Eduardo Suescún Monroy. Con salvamento de los doctores, Aydée Anzola Linares, Jorge Dangond Flores, Jorge Valencia Arango y Enrique Balmes Arteaga. Exp. 10.547. 1048

3. Por empate en la Sección Tercera la Sala Plena decide el juicio instaurado por la señora Blanca Bermeo vda. de Murcia contra las resoluciones Nos. 36, 056, 614 y 775 expedidas las dos primeras por las Seccionales de Catastro del Huila y las dos últimas por el Director del Instituto Geográfico Agustín Codazzi. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de abril 14 de 1983. Consejero ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Con aclaración de voto del Dr. Jorge Valencia Arango y Jorge Dangond Flores. Exp. 10.752. 1055

4. Apelación de la sentencia del Tribunal de Cundinamarca sobre impuesto de renta por el año de 1971 determinado a Joaquín Campo Campo. Sale Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de enero 25 de 1983. Consejero ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Exp. 10.692 1072

5. Responsabilidad de la Nación por los daños ocasionados por el derrumbe ocurrido el 23 de julio de 1976 en el sitio denominado Volcán Blanco en la carretera Nacional del Llano. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Con salvamento de voto de los doctores Jorge Valencia Arango y Jorge Dangond Flores. Exp. 10.751. Actor: Ricardo Pinto Montenegro y otros..... 1083

6. Colisión positiva de competencia solicitada por el apoderado judicial del Ministerio de Obras Públicas quien es el representante legal del Fondo Vial Nacional provocada al Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con relación al conocimiento y fallo del recurso de anulación del laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 3 de junio de 1983. Consejero ponente: Dr. Samuel Buitrago Hurtado. Con salvamento de voto de los doctores Carlos Betancur Jaramillo. Roberto Suárez Franco. Exp. 10.914. Actor: Fondo Vial Nacional..... 1094

7. Mediante acción de plena jurisdicción se solicitó se declare agotada la vía gubernativa por razón del silencio del Ministerio de Defensa y que como consecuencia de tal declaracion se decrete una pensión de invalidez así como la correspondiente indemnización por invalidez a cargo del Ministerio de Defensa Nacional. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de abril 22 de 1983. Consejera ponente: Dra. Aydée Anzola Linares. Con salvamento de voto de los doctores Joaquín Vanín Tello. Samuel Buitrago Hurtado. Exp. 10.912. Actor: Napoleón Acosta Gualtero..... 1109

8. Nulidad del Acuerdo No. 31 de 1978 del Consejo Municipal de Cali. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de mayo 10 de 1983. Consejero ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Con salvamento de voto de los doctores Bernardo Ortiz Amaya, Carmelo Martínez Conn, Jorge Valencia Arango y Jorge Dangond Flores. Exp. 10.911. Actor: Fenalco..... 1123

9. Nulidad de las Resoluciones Nos. 2538 y 3013 de 1976 expedidas por la Junta Distrital de Hacienda. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de mayo 24 de 1983. Consejero ponente: Dr. Bernardo Ortiz Amaya. Con salvamento de voto de los doctores Jorge Valencia Arango y Enrique Low Murtra. Exp. 10.906. Actor: Sociedad Molinos Doria Ltda..... 1141

Titulo XI

Acción de revisión de sentencias

1. Demanda de Revisión. Rechazo. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de febrero 28 de 1983. Consejero ponente: Dra. Aydée Anzola Linares. Exp. 7629. Actor: Enrique Castillo Forero. 1156

2. Revisión de la sentencia dictada por el Consejo de Estado con fecha 18 de junio de 1981. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 8 de marzo de 1983. Consejero ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez. Exp. 7155. Actor: María Teresa Barreto Torres. 1157

Título XII

Cuestiones procesales

1. Recurso de queja. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de 14 de enero de 1983. Consejero ponente: Dr. Joaquín Vanín Tello. Exp. 7654. Actor: Miguel Eduardo Zuluaga Hoyos. 1161

2. Notificación por Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 20 de enero de 1983. Consejero ponente: Dr. Eduardo Suescún. Exp. 906. Actor: Nayibe Fernández de Aldana.. 1162

3. Prueba testimonial. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 27 de enero de 1983. Consejero ponente: Dr. Eduardo Suescún Monroy. Exp. 3567. Actor: Pachón Larrota e Hijos Ltda. 1166

4. Impedimentos y recusaciones. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de enero 27 de 1983. Consejero ponente: Dr. Jorge Dangond Flores. Exp. 2678. Actor: Jesús María Murgueitio. Con salvamento de voto del Dr. Carlos Betancur Jaramillo.. 1167

5. Acción de plena jurisdicción. Caducidad. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de 29 de enero de 1983. Consejero ponente: Dr. Joaquín Vanín Tello. Exp. 7591. Actor: Ciro Antonio Márquez. 1171

6. Notificación. Art. 315 C.P.C. y 69 inciso 2o. del mismo Código. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de 1o. de febrero de 1983. Consejero ponente: Dr. Jacobo Pérez Escobar. Exp. 3545. Actor: Rafael Bernal Salamanca.. 1174

7. Incidente de regulación de perjuicios. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 7 de 1983. Consejero ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 2415. Actor: Misael Ruiz. 1177

8. Perención del Proceso. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de 18 de febrero de 1983. Consejero ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez. Exp. 0594. 1181

9. Acto administrativo no demandado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de 28 de febrero de 1983. Consejero ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez. Exp. 7630. Actor: Justo Pastor Giraldo Castaño. 1183

10. Vía Gubernativa. Agotamiento. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de febrero 9 de 1983. Consejera ponente: Dra. Aydée Anzola Linares. Exp. 8159. Actor: Esteban Arango Lemus.. 1185

11. Demanda. Impuestos. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de 11 de marzo de 1983. Consejero ponente: Dr. Carmelo Martínez Conn. Exp. 9895. Actor: Mazuera Villegas y Cía. S.A. 1187

12. Pruebas. Certificación. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 17 de marzo de 1983. Consejero ponente: Dr. Eduardo Suescún Monroy. Exp. 3668. Actor: Jesús Antonio Meneses Tamayo. 1189

13. Responsabilidad extracontractual. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de marzo 17/83. Ponente: Dr. Betancur Jaramillo. Exp. 2725. Actor: Guillermo Salas Narváez 1191

14. Copia auténtica del original. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de 21 de marzo de 1983. Consejero ponente: Dr. Joaquín Vanín Tello. Exp. 7716. Actor: Juan Antonio Campos. 1196

15. Demanda. Personería Adjetiva. Prueba. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de marzo 23 de 1983. Consejero ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 3410. Actor: Aconín Ltda. 1198

16. Poder. Renuncia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de marzo 25 de 1983. Consejero ponente: Dr. Roberto Suárez Franco. Exp. 3360. Actor: Alfonso Copete Lizarralde. 1201

17. Auto de admisión o inadmisión. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de 25 de marzo de 1983. Consejero ponente: Dr. Exp. 9982. Actor: Tomás de la Rue. 1202

18. Demanda contra la nación y por la Nación. Lugar de presentación. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de 4 de abril de 1983. Consejero ponente: Dr. Ignacio Reyes Posada. Exp. 8585. Actor: José Natividad Wilches Durán. 1204

19. Acumulación de Pretensiones. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de 5 de abril de 1983. Consejero ponente: Dr. Jacobo Pérez Escobar. Exp. 4267. Actor: José Vicente Velasco Angulo y otro. 1206

20. Perención del proceso. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de abril 8 de 1983. Consejero ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Exp. 3831. Actor: Alvaro Salcedo Luna. 1211

21. Concejos Municipales. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de 22 de abril de 1983. Consejero ponente: Dr. Jacobo Pérez Escobar. Exp. 4315. Actor: Gentil Quintero. 1212

22. Demanda. Presentación. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 5 de mayo de 1983. Consejero ponente: Dr. Samuel Buitrago Hurtado. Exp. 4055. Actor: Hermanos Agudelo Ochoa. 1215

23. La Administración como demandante. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de 9 de mayo de 1983. Consejero ponente: Dr. Carmelo Martínez Conn. Exp. 10. 426. Actor: Fiscal Tercero del Consejo de Estado. 1218

24. Recurso de queja. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de 26 de mayo de 1973. Consejero ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez. Exp. 8415. Actor: Cecilia Cuéllar Bernal. 1220